

62 Regap

Revista Galega de Administración Pública

Núm. 62 (xullo-decembro 2021)

_ESTUDIOS [01] RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio. Prácticas anticompetitivas e contratación pública: a visión dunha autoridade de competencia **[02]** ANTELO MARTÍNEZ, Alejandro Ramón. Entidades de certificación, entidades de colaboración e simplificación administrativa en Galicia **[03]** ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. De que falamos cando falamos de constitucionalismo feminista? **[04]** CASAL OUBIÑA, Daniel. Control escrito e asembleas lexislativas autonómicas. Unha mellora da función parlamentaria? **[05]** HEREDERO DEL CAMPO, Carlos. O periplo accidentado da contratación de emerxencia **[06]** FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. Finalización do estado de alarma: a desorganización xurídico-administrativa continúa

_COMENTARIOS E CRÓNICAS [07] SARMIENTO MÉNDEZ, Xosé Antón. A centralidade parlamentaria nas decisións en tempos de pandemia: Comentario sobre a competencia autonómica na aprobación da Lei 8/2021, do 25 de febreiro, de modificación da Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia **[08]** DE NUCCIO, Alice. Políticas de impulso demográfico na Comunidade Autónoma de Galicia: a Lei 5/2021, do 2 de febreiro **[09]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Xurisprudencia contencioso-administrativa

_RECENSIÓNS [10] ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria. La innovación pública en las Administraciones locales

_ESTUDIOS [01] RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio. Prácticas anticompetitivas y contratación pública: la visión de una autoridad de competencia **[02]** ANTELO MARTÍNEZ, Alejandro Ramón. Entidades de certificación, entidades de colaboración y simplificación administrativa en Galicia **[03]** ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. ¿De qué hablamos cuando hablamos de constitucionalismo feminista? **[04]** CASAL OUBIÑA, Daniel. Control escrito y asembleas lexislativas autonómicas. ¿Una mejora de la función parlamentaria? **[05]** HEREDERO DEL CAMPO, Carlos. El periplo accidentado de la contratación de emergencia **[06]** FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. Finalización del estado de alarma: la desorganización jurídico-administrativa continúa

_COMENTARIOS Y CRÓNICAS [07] SARMIENTO MÉNDEZ, Xosé Antón. La centralidad parlamentaria en las decisiones en tiempos de pandemia: Comentario sobre la competencia autonómica en la aprobación de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia **[08]** DE NUCCIO, Alice. Políticas de impulso demográfico en la Comunidad Autónoma de Galicia: la Ley 5/2021, de 2 de febrero **[09]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Jurisprudencia contencioso-administrativa

_RECENSIÓNS [10] ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria. La innovación pública en las Administraciones locales



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

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

CONSELLO DE REDACCIÓN:

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

COMITÉ CIENTÍFICO:

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

Entidade editora:

ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Rúa de Madrid 2-4 – As Fontiñas
15707 Santiago de Compostela (Galicia, España)
Tel. +34 981 546 040 - Fax +34 981 546 249
Web: <http://egap.xunta.es/publicacions> | correo-e: regap@xunta.gal

Periodicidade: semestral (xuño e decembro)

Formato: en liña | papel

ISSN-L: 1132-8371

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i62>

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. 62, xullo-decembro 2021 \ Number 62, July-December 2021

Sumario/Summary

1 ESTUDOS / STUDIES

José Antonio Rodríguez Miguez

Prácticas anticompetitivas e contratación pública: a visión dunha autoridade de competencia 5
Anti-competitive practices and public procurement: the perspective of a competition authority

Alejandro Ramón Antelo Martínez

Entidades de certificación, entidades de colaboración e simplificación administrativa en Galicia 47
Certification entities, collaboration entities and administrative simplification in Galicia

Ignacio Álvarez Rodríguez

De que falamos cando falamos de constitucionalismo feminista? 69
What are we talking about when we talk about feminist constitutionalism?

Daniel Casal Oubiña

Control escrito e asembleas lexislativas autonómicas. Unha mellora da función parlamentaria? 87
Written control and regional legislative assemblies. An improvement of the parliamentary function?

Carlos Heredero del Campo

O periplo accidentado da contratación de emerxencia 119
The troubled journey of emergency public procurement

Dionisio Fernández de Gatta Sánchez

Finalización do estado de alarma: a desorganización xurídico-administrativa continúa 141
End of the state of alarm: the legal-administrative disorganization continues

2 COMENTARIOS E CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

Xosé Antón Sarmiento Méndez

A centralidade parlamentaria nas decisións en tempos de pandemia: Comentario sobre a competencia autonómica na aprobación da Lei 8/2021, do 25 de febreiro, de modificación da Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia..... 177
Parliamentary centrality in decisions in times of pandemic: Commentary on regional competence when passing Law 8/2021 of 25 February, amending Law 8/2008 of 10 July, on health in Galicia

Alice de Nuccio

Políticas de impulso demográfico na Comunidade Autónoma de Galicia: a Lei 5/2021, do 2 de febreiro 203
Policies of demographic impulse in the Autonomous Community of Galicia: Law of 2 February 2021, n. 5

Francisco de Cominges Cáceres

Xurisprudencia contencioso-administrativa 215
Contentious-administrative jurisprudence

3 RECENSIÓNS / REVIEWS

María Victoria Álvarez Buján

La innovación pública en las Administraciones locales. 247

Regap

Estudios

1



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_xullo-decembro 2021 | pp. 5-46
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4782>
© José Antonio Rodríguez Miguez
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

Prácticas anticompetitivas e contratación pública: a visión dunha autoridade de competencia

Prácticas anticompetitivas y contratación pública: la visión de una autoridad de competencia

Anti-competitive practices and public procurement: the perspective of a competition authority

62 Regap

Regap

ESTUDIOS

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ¹

Responsable de Investigación (Subdirector de Investigación)
Comisión Galega da Competencia

jarmiguez@gmail.com

Resumo: A importancia que adquiriu a contratación pública veu unida á súa maior complexidade técnica e á súa vinculación á libre competencia, que son dúas das características máis evidentes da súa actual regulación, polo que, aínda que se trate de ámbitos normativos claramente diferenciados, están intimamente entrelazados entre si, como proba o feito de que un importante número de casos que resolven as autoridades de competencia se susciten en expedientes de contratación pública.

Este traballo pretende achegar ambas as dúas normativas ofrecéndolles tanto aos técnicos que se ocupan da contratación pública como aos potenciais licitadores a visión singular e igualmente especializada da normativa de competencia para facilitar unha aplicación coherente e harmonizada das dúas disciplinas xurídicas.

¹ Ao meu fillo Jacobo, no seu 18 aniversario. As opinións expresadas neste traballo son estritamente persoais do autor e non reflicten, necesariamente, a opinión do organismo no que presta os seus servizos.

Palabras clave: Prácticas anticompetitivas, contratación pública, colusión, restricción da competencia, colusión na contratación pública, abuso de posición dominante, competencia desleal.

Resumen: La importancia que ha adquirido la contratación pública ha venido unida a su mayor complejidad técnica y a su vinculación a la libre competencia, que son dos de las características más evidentes de su actual regulación, por lo que, aunque se trate de ámbitos normativos claramente diferenciados, están íntimamente entrelazados entre sí, como prueba el hecho de que un importante número de casos que resuelven las autoridades de competencia se suscitan en expedientes de contratación pública. Este trabajo pretende acercar ambas normativas ofreciendo tanto a los técnicos que se ocupan de la contratación pública como a los potenciales licitadores la visión singular e igualmente especializada de la normativa de competencia para facilitar una aplicación coherente y armonizada de las dos disciplinas jurídicas.

Palabras clave: Prácticas anticompetitivas, contratación pública, colusión, restricción de la competencia, colusión en la contratación pública, abuso de posición dominante, competencia desleal.

Abstract: The importance that public procurement has acquired has been linked to its greater technical complexity and its link to competition law, which are two of the most obvious characteristics of its current regulation, so that, although they are clearly differentiated regulatory areas, they are intimately intertwined with each other as evidence that a significant number of cases resolved by Competition Authorities arise in public procurement files.

This paper aims to bring both regulations closer together by offering both the technicians who deal with public procurements and the potential bidders the singular and equally specialized vision of the competition regulations to facilitate a coherent and harmonized application of both legal disciplines.

Key words: Anti-competitive practices, public procurement, collusion, restriction of competition Bid-Rigging, abuse of dominant position, unfair competition.

SUMARIO: 1 Presentación: dúas regulaci3ns e unha finalidade com3n. 2 As “pontes” ou “pasarelas” entre contrataci3n p3blica e competencia. 2.1 As pasarelas de e contrataci3n a competencia (arts. 1, 33, 64, 69, 70, 71-73, 99, 132, 139, 150, 285 e 321 LCSP). 2.2 De competencia a contrataci3n p3blica (disp. adic. 2.^a e art. 65.3 LDC). 2.3 De libre competencia a competencia desleal (art. 3 LDC). 3 Algunhas ideas b3sicas sobre os ilícitos antitrust na contrataci3n p3blica. 3.1 Cárteles e clemencia. 3.2 O abuso de posici3n de dominio na contrataci3n p3blica. 3.3 O falseamento da competencia por actos desleais na contrataci3n p3blica. 4 Consideraci3ns finais e perspectivas de futuro.

1 Presentaci3n: dúas regulaci3ns e unha finalidade com3n

A importancia que adquiriu a contrataci3n p3blica² veu unida á súa cada vez maior complexidade técnica e á súa vinculaci3n cada vez máis intensa á libre competencia, que son dúas das características máis evidentes da súa actual regulaci3n, contida basicamente na actualidade na Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector

² Como afirmou recentemente a CNMC, a contrataci3n p3blica ten unha relevancia indubidable en Espa3a e, en xeral, no conxunto dos pa3ses da nosa contorna; segundo diferentes estimaci3ns, representa entre o 10% e o 20% do PIB nacional e o 14% do PIB da UE, engadindo que, segundo a OCDE, representou o 9,6% do PIB e o 23,4% do gasto total das administraci3ns p3blicas espa3olas en 2017 (OCDE, *Government at a glance 2019*, 2019). A CNMC cifrou no pasado o peso da contrataci3n p3blica no 18,5% do PIB [COMISI3N NACIONAL DOS MERCADOS E A COMPETENCIA (CNMC)], *Documento de an3lisis de la contrataci3n p3blica en Espa3a: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*, 2015). O Observatorio da Contrataci3n P3blica cifrao no 20% do PIB. Por dar un dato da comunidade internacional, representa máis do 14% do PIB da UE, segundo o marcador de contrataci3n p3blica da CE. *Vid.* COMISION NACIONAL DOS MERCADOS E A COMPETENCIA (CNMC), *G-2019-02 Gu3a sobre contrataci3n p3blica y competencia fase 1: la planificaci3n de la contrataci3n p3blica*, 16 de decembro de 2020, en concreto, p. 23 e nota 1. Acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3334635_3.pdf.

público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014 (en diante, LCSP)³.

Tal vinculación, que responde tanto á propia natureza da contratación pública como á vontade expresa e explícita do lexislador europeo⁴, ten como misión esencial garantir a maior eficiencia posible na xestión dos recursos públicos empregados na satisfacción das necesidades públicas⁵.

Por iso, pode afirmarse que, aínda que libre competencia e contratación pública son dous ámbitos do noso ordenamento xurídico claramente diferenciados entre si, están non obstante intimamente entrelazados⁶, como proba o feito de que un importante número de casos que resolven as autoridades de competencia se susciten en expedientes de contratación pública⁷.

A este respecto, coincidimos co manifestado polo Tribunal Catalán de Defensa da Competencia (TCDC), no fundamento xurídico terceiro da súa Resolución do 23

³ A versión consolidada da LCSP no BOE pode consultarse en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902>. Téñase en conta a estimación parcial polo Tribunal Constitucional do recurso de inconstitucionalidade interposto polo Goberno da Comunidade Autónoma de Aragón contra diversos preceptos da LCSP (vid. NOTA INFORMATIVA N. 26/2021, do 22 de marzo de 2021, acceso web: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_026/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2026-2021.pdf). Resulta de especial utilidade a publicación do BOE *Código de Contratos del Sector Público*, dispoñible en formato electrónico actualizado e gratuito en: <https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=31&modo=2¬a=0&tab=2>. Resulta de interese, malia o seu actual carácter retrospectivo, a lectura do Informe relativo á contratación pública en España - 2017, de abril de 2019, recentemente feito público pola Comisión Europea e do que nos dá conta, co correspondente enlace, Guillermo Saiz Ruiz en https://www.linkedin.com/posts/guillermo-saiz-ruiz-abogado_sugeridas-por-la-comisi%C3%B3n-europea-a-partir-activity-6805229814832758785-wlUr/.

⁴ Esta afirmación fíxose máis evidente e explícita na nosa lexislación positiva de contratación pública a medida que esta veu estando infiltrada polo contido que deriva das directivas europeas en materia de contratación pública, a través das que se trata de garantir unhas regras comúns básicas na contratación pública nos Estados membros, no sobreentendido que a libre competencia é, desde a mesma fundación da actual Unión Europea, non só un dos seus principios fundamentais e unha das políticas europeas básicas, senón a garantía da efectividade do mercado interior, que é o instrumento esencial da propia construción europea e base esencial da economía de mercado, sobre a que se asenta a economía europea e, en xeral, a dos países máis desenvolvidos. Véxase tamén a recente Comunicación da Comisión Europea relativa ás ferramentas para combater a colusión na contratación pública e ás orientacións acerca de como aplicar o motivo de exclusión conexo (DOUE, C 91, do 18 de marzo de 2021, p. 1) e VÁZQUEZ, J., "La comunicación sobre prácticas colusorias en contratación pública", *Guías Prácticas con Recursos y consejos para luchar contra la colusión en contratación pública*, 26 de maio de 2021. Acceso web: <https://www.javiervazquezmatilla.com/la-comunicacion-sobre-practicas-colusorias-en-contratacion-publica/>.

⁵ Sobre os beneficios da competencia, véxase a recentemente publicada pola CNMC *Guía sobre los beneficios de la competencia para los consumidores: preguntas y respuestas*, presentada o 21 de abril de 2021. Acceso web: <https://www.cnmc.es/guia-competencia-para-consumidores>.

⁶ Un estudo amplo sobre este tema abórdase en MIÑO LÓPEZ, A.M., *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019. Esta monografía recolle só unha parte da tese de doutoramento do autor, que á súa condición de experto en contratación pública une a súa experiencia como letrado da Xunta de Galicia e como primeiro responsable da Subdirección de Investigación do, por aquel entón, Consello Galego da Competencia.

⁷ Como recolleu a prensa, no período 2015-2019, só a CNMC resolveu 16 expedientes relacionados con cárteles en licitacións públicas con multas que, sen contar as exencións para as empresas que delataron a existencia desas prácticas acolléndose ao denominado Programa de Clemencia, suman máis de 628 millóns de euros, e en sectores como o da subministración de material sanitario, electrificación ferroviaria, tratamento de residuos urbanos, montaxe e mantemento industrial, mensaxaría ou seguridade privada (VÉLEZ, A.M., "Competencia advierte de que los cárteles para repartirse contratos públicos copan la mitad de las multas que impone", *eldiario.es*, do 28 de abril de 2021. Acceso web: https://www.eldiario.es/economia/competencia-advierte-carteles-repartirse-contratos-publicos-copan-mitad-multas-impone_1_7879944.html). A título de exemplo, vid. a recente Resolución da CNMC, do 11 de maio de 2021, no Expediente S/DC/0627/18, CONSULTORAS (acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3493822_57.pdf), na que a CNMC sancionou 22 firmas de consultoría e varios dos seus directivos, con multas que ascenden a un total de 6,3 millóns de euros, ao considerar acreditado que as empresas sancionadas intercambiarían información comercial sensible e se serviron de estratexias comúns para non competir cando participaban nas licitacións para ofrecer servizos de consultoría solicitados por distintas administracións públicas.

de decembro de 2019⁸, no Expediente 94/2018, Licitacións Servizo Meteorolóxico de Cataluña, cando sinala que garantir a concorrncia e a competencia nos procesos de compra pública, e en xeral nas licitacións públicas, constitúe unha das principais preocupacións de toda autoridade de competencia, tanto desde unha vertente xurídica-formal para dar cumprimento ás exixencias legais que imponen o artigo 119 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE), os artigos 31 e 38 da Constitución española e o artigo 1 da Lei 9/2017, como desde unha vertente económica, pois a competencia favorece a eficiencia e a racionalidade económica na provisión pública de bens e servizos.

Así, e como se recolle de xeito expreso na citada resolución do TCDC:

“A alteración da competencia por parte dos operadores económicos que toman parte nas licitacións públicas é unha conduta obxectivamente contraria á competencia, pois anula o comportamento autónomo e independente das empresas e reduce a incerteza en relación co comportamento do resto de licitadores. Este tipo de actuación restritiva da competencia, como a que se analiza no caso que nos ocupa, elimina os beneficios que achega a libre competencia en detrimento do interese xeral e favorece exclusivamente as empresas que forman parte do acordo. Son consecuencias directas da falta dunha auténtica competencia na contratación pública tanto sobre os custos no aprovisionamento público (prezo non competitivo, escasa calidade nos bens e servizos adquiridos, falta de innovación, etc.) como a fraude e a corrupción”.

Sentada como premisa básica a íntima conexión entre materias, cómpre afirmar igualmente a necesidade de que os que xestionan a contratación pública deben coñecer e aplicar xunto á LCSP a normativa en materia de competencia, mesmo en circunstancias tan excepcionais como as que vivimos a causa da crise sanitaria e económica⁹ provocada pola actual situación de pandemia xerada pola COVID-19¹⁰.

⁸ Esta resolución do TCDC pode consultarse en http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20200121_Resolucion-exp.-94.18-PUB.pdf.

⁹ Resulta especialmente ilustrativo do papel que a competencia debe desempeñar para superar unha situación de crise o breve e claro pronunciamento da EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN), adoptado ao comezo da presente crise, *Anti-trust: Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis*, do 23 de marzo de 2020. Acceso web: https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf, y junto a pronunciamientos posteriores en https://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html.

¹⁰ Mesmo nestas circunstancias de pandemia, as autoridades non deixaron de estar vixiantes adoptando medidas singulares, do mesmo modo que a lexislación ordinaria en materia de contratación pública foi adaptada á excepcionalidade do momento. A este respecto, *vid. COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E A COMPETENCIA (CNMC), COVID-19 Competencia. La CNMC crea un buzón de consultas y denuncias relacionadas exclusivamente con las normas de competencia en el contexto actual de la pandemia*, 2020. Acceso web: <https://www.cnmc.es/covid-19/competencia>. A propósito das adaptacións excepcionais da nosa normativa de contratación pública, *vid. ICCP. Contratación pública y COVID-19: Normativa estatal y autonómica, Informes y Dictámenes*. Acceso web: <https://www.crisisycontratacionpublica.org>. No que se refire á Comisión Europea, podemos destacar: Marco temporal para avaliar cuestións de defensa da competencia relacionadas coa cooperación empresarial en resposta ás situacións de urxencia ocasionadas polo actual brote de COVID-19 (DOUE C 116 I, do 8.4.2020, p. 7) e marco temporal relativo ás medidas de axuda estatal destinadas a avalar a economía no contexto do actual brote de COVID-19, cuxa inicial versión foi obxecto de, polo menos, cinco revisións. A este respecto, *vid. https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html*, e RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Pandemia, ayudas de Estado y ayudas a los estados: el reto de la eficiente asignación de recursos públicos en tiempos de crisis”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 60, xullo-dicembro 2020, pp. 369 a 400. Acceso web: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/issue/view/289/PDF%20Galego>.

Este traballo pretende, en consecuencia, achegar ambas as dúas normativas ofrecéndolles tanto aos técnicos que se ocupan desta (no sector público ou privado) como aos potenciais licitadores a visión singular e igualmente especializada da normativa de competencia para facilitar unha aplicación coherente e harmonizada das dúas disciplinas xurídicas¹¹.

Entendemos que para lograr este obxectivo é esencial a colaboración entre os órganos de contratación, as autoridades de competencia e os licitadores para que a contratación pública cumpra os seus obxectivos, considerando o papel das autoridades de competencia tan relevante como o que nos seus respectivos ámbitos desempeñan as mesas de contratación, as xuntas consultivas de contratacións administrativas, os órganos que resolven recursos especiais ou os tribunais e consellos de contas. Sen esquecer o papel que desempeñan os xuíces e tribunais no exercicio das súas respectivas xurisdicións.

Con esta finalidade, analizaremos as “pontes” ou “pasarelas”¹² existentes entre contratación e competencia, expondo da forma máis clara posible o alcance das respectivas remisións, así como os conceptos básicos que son propios da lexislación de competencia cuxo coñecemento polos que xestionan ou concorren a contratos públicos son esenciais para a boa fin destes¹³.

2 As “pontes” ou “pasarelas” entre contratación pública e competencia

Debemos comezar a nosa exposición resaltando como unha práctica habitual e case imprescindible a de que unhas normas se remitan a outras, pois iso responde á propia integridade do ordenamento xurídico que impide crear compartimentos estancos entre realidades que están materialmente interconectadas entre si dun ou doutro xeito. O que non sempre se consegue é que as remisións entre normas sexan o suficientemente claras, completas e coherentes para que faciliten unha aplicación coherente

¹¹ A finalidade declarada deste traballo lévanos a omitir numerosas referencias sen dúbida interesantes tanto á doutrina xeral acerca da normativa de contratación pública como ás numerosas resolucións adoptadas polos órganos administrativos especializados no seu control, principalmente xuntas consultivas de contratación administrativa e tribunais especializados nos recursos especiais, cuxo labor está a ser esencial para aplicar correctamente a LCSP. Optamos, por iso, en centrarnos nas referencias básicas, achegando, pola nosa parte, a experiencia no ámbito específico da defensa e promoción da competencia no ámbito específico da contratación pública alí onde as dúas disciplinas converxen.

¹² También se podría usar la de “puntos de encuentro”, empleada por SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. y ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, n. 47, 2017, pp. 106-110, p. 109. Acceso web: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5663/documento/esp05.pdf?id=7553>. Optamos pola de “pasarelas” ou “pontes”, habitualmente empregada para referirse ás remisións entre as leis de defensa da competencia e a de competencia desleal, que eran máis evidentes e intensas durante a vixencia da hoxe derogada Lei 16/1989, do 17 de xullo, de defensa da competencia, coas pasarelas do seu artigo 6, que incluía como suposto de abuso de posición dominante o que se denomina “abuso de dependencia económica” (suprimido da actual Lei de defensa da competencia e reconducido en exclusiva, polo menos en principio, ao ámbito da competencia desleal), e o seu artigo 7, que regulaba xa o “falseamento da competencia por actos desleais”, que se recolle no actual artigo 3 da vixente Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC).

¹³ Para unha visión resumida destas relacións, con referencia a instrumentos de promoción da competencia e de detección de cárteles con técnicas económicas, *vid.* REALP i CAMPALANS, M., “La lucha contra la colusión en la contratación pública”, *Economía Industrial*, n. 415, 2020, pp. 1-9. Acceso web: <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/415/REALP%20i%20CAMPALANS.pdf>. Aconsellamos a consulta deste monográfico.

e equilibrada de todas as normas que se relacionan explícita ou implicitamente entre si, especialmente cando se trata de aplicar normas que proceden de ámbitos e concepcións diferentes e sometidos a regras propias e singulares, como sen dúbida acontece coas regulacións en materia de contratación pública e de competencia.

En efecto, a LCSP remítese de forma expresa ou implícita en numerosas ocasións á regulación de competencia; isto é, á Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (en diante, LDC)¹⁴, e, se é o caso, cando pode existir afectación do mercado intracomunitario (hoxe Mercado Interior Europeo), o seu equivalente no marco da Unión Europea, que son os artigos 101 e 102 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE) e as súas normas e regras de desenvolvemento e aplicación¹⁵.

Pola súa parte, a LDC, aínda que efectivamente incorpora tamén algunha referencia puntual á contratación pública, o que si contén e desenvolve son os conceptos propios cuxa aplicación van ter que realizar os que accedan a ela por remisión da LCSP.

Antes de expor as claves das remisións respectivas contidas na LCSP e na LDC, que tamén se remite no seu artigo 3 LDC (“falseamento da competencia por actos desleais”) á regulación de competencia desleal contida basicamente na Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de competencia desleal (en diante, LCD), debemos destacar unha consideración básica relativa ás diferenzas na técnica normativa empregada na redacción da LCSP e a LDC.

En efecto, mentres a LCSP é unha norma especialmente prolixa, minuciosa e detallada, case con pretensión regulamentaria, a LDC distínguese, pola contra, polo carácter aberto co que se redactan as súas normas substantivas, como as que describen as condutas prohibidas¹⁶ (arts. 1 a 3 LDC), as que definen conceptos propios ou tomados da normativa da Unión Europea como “concentración económica” (art. 7 LDC) ou “cártel” (disposición adicional cuarta. Definicións. 2.ª), danos por suposto, como o de “axuda pública” (art. 11 LDC), ou de conceptos comúns que adquiren un significado propio nesta disciplina, como o de “empresa” (disposición adicional cuarta. Definicións. 1.ª).

¹⁴ Téñanse en conta as últimas modificacións introducidas na LDC e o seu regulamento de desenvolvemento, así como na Lei 3/2013, do 4 de xuño, de creación da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia polo 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 medioambientais, desprazamento de traballadores na prestación de servizos transnacionais e defensa dos consumidores.

¹⁵ Para unha visión básica pero completa do dereito e política da competencia da Unión Europea, resulta de grande utilidade a consulta da web oficial da Dirección Xeral de Competencia da Unión Europea (DXCOMP) en https://ec.europa.eu/info/departments/competition_es

¹⁶ Neste sentido, como se subliña no fundamento xurídico da STS n. 1497/2018, do 10 de outubro de 2018 (ROX: STS 3631/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3631): “Como establece a Sentenza da Sala Terceira (Sección 3.ª) do 2 de novembro de 2015 (rec. 1523/2013), «fronte a esta técnica penalista da tipicidade ou de deslinde preciso do que está prohibido (e, por exclusión, o non penado), o dereito da competencia (nacional e comparado) utiliza a técnica da cláusula xeral prohibitiva, precisamente porque a utilización da técnica da tipicidade penal, nun ámbito como o mercado, atentaría ao principio de seguridade xurídica, atendida a dificultade ou imposibilidade de tipificar coa precisión exixida no dereito penal a multiplicidade de formas que pode adoptar o comportamento restritivo dos operadores económicos no mercado. Unha cláusula xeral prohibitiva da colusión (art. 1.1 LDC e 101.1 TFUE) que se define por relación aos destinatarios (todo operador económico), ao medio polo cal a conduta se establece (toda forma de concertación: acordos, decisións ou recomendacións colectivas, prácticas concertadas ou conscientemente paralelas) e, en particular, pola finalidade perseguida e prohibida (a causación actual ou potencial dun dano á competencia efectiva nos mercados). Polo tanto, unha cláusula xeral ou tipo aberto deliberadamente impreciso que constitúe, en certa forma, un mandato implícito do lexislador ás autoridades administrativas e xurisdiccionais encargadas da súa aplicación para elaborar de forma progresiva o dereito da competencia”.

Este trazo singular da LDC acentuouse ao sumarse a el unha sensible deterioración na calidade normativa que presidiu a redacción da versión orixinal da LDC (Lei 15/2007, do 2 de xullo), froito inequívoco do amplo e minucioso proceso de maduración, reflexión e consenso que presidiu a súa aprobación en 2007 e que desapareceu, en boa medida, ao noso xuízo, na tramitación da Lei 3/2013, do 4 de xuño, de creación da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia, e que xa non foi posible nas posteriores reformas da LDC levadas a cabo por medio do instrumento necesariamente excepcional do real decreto-lei en que se regulaban diversas e heteroxéneas materias, ao expirar os respectivos prazos de transposición das correspondentes directivas aprobadas pola Unión Europea e que debían incorporarse á nosa lexislación¹⁷ e, no caso da última reforma, a situación de pandemia creada pola COVID-19¹⁸.

Feitas estas necesarias consideracións iniciais, examinaremos a continuación as citadas remisións ou “pasarelas” existentes entre a LCSP e a LDC, así como esta última e a LCD, inclusive o contido e alcance das previsións substantivas básicas da lexislación de competencia que consideramos igualmente básicas para a correcta aplicación no ámbito da contratación pública da normativa da competencia, tomando como referencia a mellor doutrina e xurisprudencia¹⁹ desenvolvida a partir da práctica das autoridades administrativas españolas e europeas de competencia (*public enforcement*); isto é, a CNMC e as autoridades autonómicas de competencia, como a Comisión Galega da Competencia²⁰ e a Comisión Europea aplicando os ar-

Regap

ESTUDIOS

¹⁷ A primeira reforma foi a levada a cabo a través do Real decreto-lei 9/2017, do 26 de maio, polo que se traspoñen directivas da Unión Europea nos ámbitos financeiro, mercantil e sanitario, e sobre o desprazamento de traballadores, e 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. A reforma, no que se refire a competencia, traspuña ao noso dereito interno a denominada “Directiva de danos”, a Directiva 2014/104/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de novembro de 2014, que establece determinadas normas polas que se rexen, en virtude do dereito nacional, as accións de danos resultantes das infraccións do dereito da competencia dos Estados membros e da Unión Europea.

¹⁸ Referímonos ao 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. No que se refire á LDC, o seu obxectivo era a 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, coñecida como “Directiva ECN plus”. Neste caso, a diferenza da anterior reforma da LDC (véxase nota anterior), coa súa validación (Resolución do 13 de maio de 2021, do Congreso dos Deputados) aprobouse tamén a súa tramitación como proxecto de lei. Esta tramitación pode seguirse en: https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=130%2F000047. No número anterior desta mesma revista publicouse unha nota que resulta moi interesante para coñecer o alcance potencial desta directiva, véxase NEIRA BARRAL, D., “Los efectos de la Directiva ECN+ en el sistema de competencia español”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 61, febreiro/xuño 2021, pp. 467 a 472.

¹⁹ Resultaría evidentemente presuntuoso, e desde logo inverosímil, pensar que nun traballo como este se poida expor algo máis que unha visión xeral da disciplina e mencionar a amplísima doutrina e xurisprudencia na materia. Por iso, e sen prexuízo das mencións que ás dúas fontes poidamos facer ao longo deste traballo, citaremos como obras de referencia pola súa vocación xeral e estar redactadas en español: BENEYTO PÉREZ, J.M. e MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, 2 vols., Bosch, Barcelona, 2017; e SALA ARQUER J.M., GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, A., MASSAGUER FUENTES, J. e FOLGUERA CRESPO, J. (dirs.), *Comentario a la ley de defensa de la competencia (Dúa)*, 2 vols., 6.ª ed., Civitas, Madrid 2020.

²⁰ Cómpre advertir que, aínda que unha lectura inicial da LDC puidese facer pensar que a súa aplicación corresponde só á CNMC, o no seu día denominado con acerto, ao noso xuízo, “Sistema español de defensa da competencia” configúrase mediante un sistema de competencias exclusivas e excluíntes entre a CNMC e as autoridades autonómicas de competencia (que non

tigos 1, 2 e 3 LDC e, se é o caso, os artigos 101 e 102 TFUE, así como a cada vez máis importante aplicación privada das ditas normas polos xuíces e tribunais nacionais (*private enforcement*), aos cales, en todo caso, corresponde en exclusiva a demanda de danos por infraccións antitrust.

2.1 As pasarelas de e contratación a competencia (arts. 1, 33, 64, 69, 70, 71-73, 99, 132, 139, 150, 285 e 321 LCSP)

Un exame detido da LCSP evidencia que, ademais dalgunha mención puntual na exposición de motivos²¹, a Lei 9/2017 contén numerosas e diversas remisións directas á LDC, cuxo contido non sempre é o suficientemente claro para facilitar a súa correcta interpretación e, con iso, unha coherente e homoxénea aplicación tanto por parte dos que o fan a partir da LCSP como desde a LDC (e o seu equivalente europeo xa citado)²².

Seguindo a orde e a propia sistemática da LCSP, a primeira mención á libre competencia no articulado da LCSP recóllese xa no seu artigo 1 LCSP cando, ao delimitar o seu obxecto, enumera os principios aos que a contratación pública debe someterse. Así, o artigo 1 LCSP dispón:

“1. Esta lei ten por obxecto regular a contratación do sector público, co fin de garantir que esta se axusta aos principios de liberdade de acceso ás licitacións, publicidade e transparencia dos procedementos, e non discriminación e igualdade de trato entre os licitadores; e de asegurar, en conexión co obxectivo de estabilidade orzamentaria e control do gasto, e o principio de integridade, unha eficiente utilización dos fondos destinados á realización de obras, a adquisición de bens e a contratación de servizos mediante a exixencia da definición previa das necesidades a satisfacer, a salvagarda da libre competencia e a selección da oferta economicamente máis vantaxosa”.

O primeiro que hai que sinalar é que o da libre competencia é un principio máis entre os que enuncia como reitores desta a LCSP; nin máis nin menos importante que os demais enunciados, pero cuxa incorporación expresa resulta, non obstante, ao noso xuízo, especialmente relevante e que por iso debe tomarse en consideración

deixou de suscitar certas críticas ao considerarse máis operativo o modelo europeo de “autoridade mellor situada”, recoñecendo a potestade de avocación da Comisión Europea), que se recolle na Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de coordinación das competencias do Estado e as comunidades autónomas en materia de defensa da competencia.

²¹ Na exposición de motivos, explícase e xustifícase, aludindo á competencia, a modificación que na propia LCSP se fai do número 8.º do artigo 7 da Lei do IVE (Lei 28/2014, do 27 de novembro, pola que se modifican a Lei 37/1992, do 28 de decembro, do imposto sobre o valor engadido; a Lei 20/1991, do 7 de xuño, de modificación dos aspectos fiscais do Réxime Económico Fiscal de Canarias; a Lei 38/1992, do 28 de decembro, de impostos especiais; e a Lei 16/2013, do 29 de outubro, pola que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidade ambiental e se adoptan outras medidas tributarias e financeiras), destacándose nela que “(...) se fai necesario excluír, desde a entrada en vigor desta modificación normativa, da consideración de subvencións vinculadas ao prezo das operacións que constitúen a base imponible das operacións suxeitas ao IVE aquelas achegas financeiras que as administracións públicas realizan ao operador de determinados servizos de competencia pública cando non existe distorsión da competencia, xeralmente porque, ao tratarse de actividades financiadas total ou parcialmente pola Administración, non se prestan en réxime de libre concorrència, por exemplo os servizos de transporte municipal ou determinadas actividades culturais financiadas con estas achegas”.

²² A título de exemplo, *vid.* a recente Resolución da CNMC do 11 de maio de 2021, no Expediente S/DC/0627/18, CONSULTORAS. Acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3493822_57.pdf.

de forma específica á hora de interpretar e aplicar o texto da LCSP no seu conxunto. Por outra banda, a exigencia de salvagardar a libre competencia na contratación pública ao definir o propio obxecto da Lei 9/2017 revela claramente a vontade do lexislador europeo e, polo tanto, nacional, de que a contratación pública sexa, dentro das posibilidades que cada caso e circunstancia permitan, o máis aberta e competitiva posible, pois só así se satisfaría axeitadamente o interese xeral que mediante a apelación ao mercado se fai na LCSP.

O alcance desta apelación, incluíndo as posibles exclusións da propia LCSP, son decisións básicas que con carácter previo debe tomar a Administración pública cando necesite proverse dos bens e servizos que precisa para cumprir as misións que se lle encomendaron. A competencia é unha premisa, pero non absoluta nin ineludible, senón que debe ser ponderada polo contratante motivando suficientemente todas e cada unha das súas concretas e sucesivas decisións, conscientes de que a regra debe ser a de salvagardar todo o posible o funcionamento competitivo do mercado.

Esta avaliación e toma de decisións motivada resultan esenciais para o deseño dun contrato público ou para optar por calquera outra posible alternativa e debe realizarse xa desde a fase previa ou preparatoria do eventual contrato público. Esta cuestión é analizada con atención pola LCSP e a ela dedícase de forma específica e especializada desde a perspectiva da competencia a recente *Guía sobre contratación pública y competencia; fase 1: La planificación de la contratación pública*, aprobada pola CNMC en plena pandemia, o 16 de decembro de 2020, coa que se actualiza seguindo as fases habituais da contratación pública a celebrada *Guía sobre contratación pública y competencia*²³, centrándose na que debe ser a primeira fase, a da planificación da contratación pública²⁴, aínda que sexa identificada pola propia CNMC como *Guía actualización 2021*²⁵.

Non debemos esquecer, como xa adiantamos, que é nesta fase previa cando se adoptan unha serie de decisións fundamentais, como a de se se decide acudir ao mercado mediante a celebración dun contrato público, un convenio ou acudir a medios propios, así como as condicións básicas de como facelo²⁶.

A primeira das remisións expresas que a LCSP fai á competencia e que, polo tanto, debe interpretarse tomando en consideración o seu recoñecemento expreso como principio no artigo 1 LCSP xa citado aparece no artigo 33 LCSP, dedicado aos “Encargos de entidades pertencentes ao sector público que non teñan a consideración de poder adxudicador a medios propios personificados”.

²³ A versión orixinal desta guía pódese consultar en: <https://www.cnmc.es/guia-contratacion-publica-competencia>.

²⁴ Nesta guía, a CNMC destaca a importancia da planificación como ferramenta para promover a competencia e a eficiencia, o seu contido e fases, e ofrece unha serie de recomendacións relevantes desde a perspectiva da competencia dirixidas aos entes públicos contratantes. Esta actualización da guía pódese descargar en https://www.cnmc.es/sites/default/files/3334635_3.pdf.

²⁵ Véxase: <https://www.cnmc.es/prensa/actualizacion-guia-contratacion-20210129>.

²⁶ No momento en que estabamos a facer a revisión final, a CNMC abría unha consulta pública sobre as alternativas á contratación pública: convenios e medios propios. Cfr. <https://www.cnmc.es/prensa/consulta-publica-contratacion-2021>.

Esta norma introdúcese a propósito das anteriormente denominadas “encomendas de xestión”²⁷, polo que debemos recordar novamente que acudir ao mercado, en sentido amplo, ou a proverse mediante esta posibilidade é lexítimo, pero debe decidirse con carácter inicial, ponderando as súas vantaxes e inconvenientes. Trátase, en consecuencia, da primeira decisión que debe tomar unha Administración pública que se queira prover dos bens ou servizos que precisa, onde xa ten relevancia para a competencia, pois debe resolver se acode ao mercado para iso sacándoa a licitación pública ou pode satisfacela acudindo a outras vías, como a do convenio, a encomenda de xestión ou os medios propios (art. 6 LCSP. “Convenios e encomendas de xestión”²⁸). Esta decisión debe tomarse atendendo a criterios de eficiencia económica, pero tamén sendo consciente de que a contratación pública xera unha loita polo mercado entre os licitadores que é positiva desde a perspectiva do desenvolvemento económico²⁹.

Conforme o artigo 33 LCSP:

²⁷ A esta singularidade da contratación pública fai xa referencia a propia exposición de motivos da LCSP cando sinala que: “No libro I, relativo á configuración xeral da contratación do sector público e elementos estruturais dos contratos, aparece en primeiro lugar unha nova regulación do chamado «medio propio» de Administración, encomendas de xestión ou aplicación práctica da técnica denominada «in house», que pasa agora a chamarse «encargos a medios propios». Así, atopámonos cos casos de encargos entre entidades do sector público, como supostos de execución directa de prestacións a través de medios propios personificados, distinguíndose entre o encargo feito por un poder adjudicador daquél que tivese sido realizado por outra entidade que non teña a consideración de poder adjudicador, manténdose os casos da execución directa de prestacións pola Administración pública coa colaboración de empresarios particulares ou a través de medios propios non personificados. Na lei, seguindo as directrices da nova Directiva de contratación, aumentaron as exigencias que deben cumprir estas entidades, co que se evitan adjudicacións directas que poden menoscar o principio de libre competencia. Atópanse aquí requisitos tales como que a entidade que teña o carácter de «medio propio» dispoña de medios persoais e materiais axeitados para cumprir o encargo que se lle faga, que solicítase autorización do poder adjudicador do que depende, que non teña participación dunha empresa privada e que non poida realizar libremente no mercado máis dun 20 por cento da súa actividade”. Este tema xa fora abordado pola extinta Comisión Nacional da Competencia (CNC), hoxe COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E A COMPETENCIA (CNMC), *Informe de 2013: Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*, 2013. Acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/1186066_1.pdf.

²⁸ Cfr. artigo 6. Convenios e encomendas de xestión. Para unha visión actualizada, véxase MIÑO LÓPEZ, A.M., “Prácticas anticompetitivas en el ámbito de los encargos a medios propios”, Díaz Bravo, E. e Moreno Molina, J.A. (dirs.), *Contratación pública global: Visiones comparadas*, Tirant lo Blanch, Universidad Santo Tomás (Chile), Chile, 2020, pp. 141-170.

1. Quedan excluídos do ámbito desta lei os convenios cuxo contido non estea comprendido no dos contratos regulados nesta lei ou en normas administrativas especiais celebrados entre si pola Administración xeral do Estado, as entidades xestoras e os servizos comúns da Seguridade Social, as universidades públicas, as comunidades autónomas e as cidades autónomas de Ceuta e Melilla, as entidades locais, as entidades con personalidade xurídica pública delas dependentes e as entidades con personalidade xurídica privada, sempre que, neste último caso, teñan a condición de poder adjudicador.

A súa exclusión queda condicionada ao cumprimento das seguintes condicións:

a) As entidades intervinientes non deben ter vocación de mercado, a cal se presumirá cando realicen no mercado aberto unha porcentaxe igual ou superior ao 20 por cento das actividades obxecto de colaboración. Para o cálculo desa porcentaxe, tomarase en consideración a media do volume de negocios total ou outro indicador alternativo de actividade apropiado, como os gastos soportados considerados en relación coa prestación que constituía o obxecto do convenio nos tres exercicios anteriores á adjudicación do contrato. Cando, debido á data de creación ou de inicio de actividade ou á reorganización das actividades, o volume de negocios ou outro indicador alternativo de actividade apropiado, como os gastos, non estivesen dispoñibles respecto dos tres exercicios anteriores ou tivesen perdido a súa vixencia, será suficiente con demostrar que o cálculo do nivel de actividade se corresponde coa realidade, en especial mediante proxeccións de negocio.

b) Que o convenio estableza ou desenvolva unha cooperación entre as entidades participantes coa finalidade de garantir que os servizos públicos que lles incumben se prestan de modo que se logren os obxectivos que teñen en común.

c) Que o desenvolvemento da cooperación se guíe unicamente por consideracións relacionadas co interese público.

2. Estarán tamén excluídos do ámbito desta lei os convenios que celebren as entidades do sector público con persoas físicas ou xurídicas suxeitas ao dereito privado, sempre que o seu contido non estea comprendido no dos contratos regulados nesta lei ou en normas administrativas especiais.

3. Así mesmo, quedan excluídas do ámbito desta lei as encomendas de xestión reguladas na lexislación vixente en materia de réxime xurídico do sector público.

²⁹ Neste sentido, RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Compliance y Defensa de la Competencia: La Promoción de la Cultura del Cumplimiento Antitrust «en el Sector Público»”, Campos Acuña, M.ªC. (dir.) *Guía Práctica del Compliance en el Sector Público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 357 a 383, onde destacamos que para poder celebrar

“1. As entidades do sector público que non teñan a consideración de poder adxudicador poderán executar de xeito directo prestacións propias dos contratos de obras, subministracións, servizos, concesión de obras e concesión de servizos a cambio dunha compensación valéndose doutra persoa xurídica distinta a eles, logo de encargo a esta, con suxeición ao disposto neste artigo, sempre e cando a persoa xurídica que utilicen mereza a cualificación xurídica de medio propio personificado respecto deles, de conformidade co disposto no apartado seguinte. O encargo que cumpra estes requisitos non terá a consideración de contrato.

2. Terán a consideración de medio propio personificado respecto dunha entidade pertencente ao sector público que non teña a consideración de poder adxudicador, aquelas persoas xurídicas, de dereito público ou de dereito privado, que cumpran todos e cada un dos requisitos seguintes:

a) Que o ente que fai o encargo posúa control, directo ou indirecto, no sentido do artigo 32.2.a), primeiro e segundo parágrafos desta lei, sobre o ente destinatario deste.

b) Que a totalidade do capital social ou patrimonio do ente destinatario do encargo sexa de titularidade pública.

c) Que máis do 80 por cento das actividades do ente destinatario do encargo se leven a cabo no exercicio dos labores que lle foron confiados pola entidade que realiza o encargo e que o controla ou por outras persoas xurídicas controladas do mesmo modo pola entidade que realiza o encargo.

3. O apartado 2 deste artigo tamén se aplicará nos casos en que unha entidade do sector público estatal realice un encargo a outra do mesmo sector, sempre que a entidade que realiza o encargo e a que o reciba estean controladas, directa ou indirectamente, pola mesma entidade do dito sector e, ademais, a totalidade do capital social ou patrimonio da entidade destinataria do encargo sexa de titularidade pública. Neste suposto, o requisito do apartado 2.c) anterior, cuxa acreditación deberá reflectirse na forma disposta nel, entenderase cumprido por referencia ao conxunto de actividades que se fagan no exercicio dos labores que lle fosen confiados pola entidade que realiza o encargo, pola entidade que controla directa ou indirectamente tanto á entidade que realiza o encargo como á que o recibe, así como por calquera outra entidade tamén controlada directa ou indirectamente pola anterior. Nestes casos, a compensación a percibir pola entidade que reciba o encargo deberá ser aprobada pola entidade pública que controla á entidade que realiza o encargo e á que o recibe, debendo adecuarse esa compensación e as demais condicións do encargo ás xerais do mercado de forma que non se distorsione a libre competencia”.

convenios ou encomendas de xestión deberán cumprirse os requisitos establecidos no artigo 6 LCSP, algo que debería recordar un programa de cumprimento.

Resulta evidente, ao noso xuízo, tras a lectura do artigo 33 LCSP, reproducido na súa integridade para facelo máis evidente, que, ademais de cumprir os requisitos que exigen os artigos 6 e 33 LCSP, a Administración contratante deberá valorar o efecto incentivador ou desincentivador que, para a competencia, nas concretas circunstancias do caso, teña optar ou non polo mercado, sendo posible optar por un enfoque procompetitivo se o efecto incentivador así o xustificase.

Pola súa banda, o artigo 64.1 LCSP, dedicado á loita contra a corrupción e prevención dos conflitos de intereses, está igualmente relacionado coa libre competencia. Así, impón aos órganos de contratación que “1. (...) deberán tomar as medidas axeitadas para loitar contra a fraude, o favoritismo e a corrupción, e previr, detectar e solucionar de modo efectivo os conflitos de intereses que poidan xurdir nos procedementos de licitación co fin de evitar calquera distorsión da competencia e garantir a transparencia no procedemento e a igualdade de trato a todos os candidatos e licitadores”.

A lectura deste precepto pon en evidencia a íntima conexión entre a distorsión da competencia e outras prácticas contra as que o lexislador europeo e español trata de loitar denodadamente³⁰, como é a fraude e a corrupción, sen que en ningún caso se deba identificar a colusión coa corrupción” aínda que en non poucas ocasións poidan ir unidas.

Outro dos preceptos importantes na relación entre LCSP e LDC é o artigo 69 LCSP³¹, dedicado ás unións temporais de empresas (UTE). Conforme ese precepto:

“Artigo 69. Unións de empresarios.

1. Poderán contratar co sector público as unións de empresarios que se constituán temporalmente para o efecto, sen que sexa necesaria a súa formalización en escritura pública ata que se efectúe a adxudicación do contrato ao seu favor.

2. Cando no exercicio das súas funcións a mesa de contratación ou, no seu defecto, o órgano de contratación apreciase posibles indicios de colusión entre empresas que concorran agrupadas nunha unión temporal, estes requirirán estas empresas para que, dándolles prazo suficiente, xustifiquen de forma expresa e motivada as razóns para concorreren agrupadas”.

³⁰ A este respecto, podemos citar o recente 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.

³¹ Como acertadamente destaca MIÑO, con quen coincidimos (agradecéndonlle que nos permitise consultar o seu traballo, aínda en imprenta, MIÑO LÓPEZ, A.M., “La comunicación de prácticas anticompetitivas a las autoridades de defensa de la competencia por los órganos de la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 212, 2021), “Os artigos 69 e 150 LCSP limitan o deber de notificación dos órganos e mesas de contratación ás prácticas restritivas («colusión», «condutas colusorias»). O teor literal de ambos os dous preceptos é moi preciso ao respecto. Pero os órganos de contratación e as mesas están sometidos tamén ao disposto no artigo 132.2 LCSP; por iso, están tamén obrigados a notificarlles ás autoridades de competencia calquera feito do que teñan coñecemento no exercicio das súas funcións que poidan constituír infracción á lexislación de defensa da competencia”.

As cautelas coas que se contemplan as UTE (criterio que entendemos que debe trasladarse igualmente ás agrupacións de interese económico ou figuras equivalentes³²) reside en que empresas que poderían presentar ofertas de forma individual optarían por asociarse sen outra finalidade real que a de non competir, repartíndose dese modo o mercado, o que contraviría a esencia mesma da contratación pública.

Sen prexuízo do que poidamos sinalar máis adiante, este potencial perigo da constitución de UTE (preconstitución realmente, pois a UTE só se constitúe se resulta adxudicataria) para concorrer a licitacións públicas pode apreciarse con claridade, por exemplo, na RCNMC do 12 de novembro de 2019, no Expdte. S/0010/19, ITV COMERCIAIS EN ESTRADA³³, onde a Sala de Competencia da CNMC resolveu non incoar procedemento sancionador e acordar o arquivo das actuacións seguidas como consecuencia da posta en coñecemento da DGT das circunstancias nas que se viñeron desenvolvendo os procedementos de contratación do servizo de inspección técnica en estrada para vehículos comerciais, por considerar que neste expediente non hai indicios de infracción do artigo 1 da LDC.

Esta resolución e o precepto que interpreta merece, polo menos, dúas reflexións básicas: a primeira é que a apreciación do carácter eventualmente colusorio da unión temporal debe apreciarse pola mesa de contratación *motu proprio* ou a instancia de calquera dos licitadores, e é sen dúbida esa mesa de contratación o órgano máis cualificado para esa avaliación, polo menos indiciaria, sen prexuízo de que se poida probar que a vontade única da UTE era precisamente falsear a competencia³⁴.

Desde un punto de vista máis xeral e procompetitivo, atrevémonos a suxerir desde unha perspectiva estrutural dos mercados a necesidade de determinados sectores de que moitos dos seus operadores adquiren maior dimensión, principalmente a través de procesos de integración horizontal (concentracións horizontais), de forma que se configuren mercados máis contestables, máis competitivos, pois tal situación incrementaría a tensión competitiva e evitaría situacións de poder de mercado excesivo

³² Respecto das AIE, *vid.* Lei 12/1991, do 29 de abril, de agrupacións de interese económico.

³³ Cfr. https://www.cnmc.es/sites/default/files/2750229_38.pdf.

³⁴ Acerca do tema das UTE e da proba por indicios da existencia dunha práctica concertada colusoria polo seu obxecto na constitución de UTE, véxanse as recentes sentenzas do Tribunal Supremo (STS), dos días 15 de marzo de 2021 (casación 3045/2020), 16 de marzo de 2021 (casación 2040/2020), 17 de marzo de 2021 (casación 1363/2021) e 4 de maio de 2021 (casación 3333/2020), nas que o alto tribunal desestima o recurso interposto contra a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña, n. 812/2019, do 15 de outubro, que anulou a Resolución do Tribunal Catalán de Defensa da Competencia (TCDC), da Autoridade Catalá da Competencia (ACCO), do 9 de febreiro de 2016 (Expediente n.º 57/2014, Fisioxestión). A citada sentenza do TSXC seguiría a senda marcada polas sentenzas da Audiencia Nacional que en 2018 anuláran os recursos interpostos contra a Resolución da CNMC do 8 de xaneiro de 2015, no Expdte. S/0429/12 RESIDUOS (entre outras, SAN 22/02/2018 no recurso 115/2015). Con iso, consolidaríase a evolución da análise da capacidade das empresas para ir individualmente ás licitacións e a ilegalidade implícita da UTE na que participasen (denominada "test de capacidade" ou "indispensabilidade", que sería a utilizada pola CNMC e a ACCO) cara a unha baseada na "razoabilidade empresarial" da decisión (test da razoabilidade empresarial). Esta interesantísima e relevante cuestión é abordada por GONZÁLEZ DE ZÁRATE, P., "Los tribunales vuelven a cuestionar el «test de capacidad» utilizado por la CNMC y la ACCO a la hora de analizar la compatibilidad de las UTEs con el derecho de la competencia", *Blog Ramón y Cajal Abogados*, 17 de xuño de 2021. Acceso web: <https://www.ramonycajalabogados.com/es/noticias/los-tribunales-vuelven-cuestionar-el-test-de-capacidad-utilizado-por-la-cnmc-y-la-acco-la>.

froito da presenza simultánea de grandes operadores e dun número moi amplo de medianos e pequenos operadores³⁵.

Outra interesantísima previsión desde a perspectiva da competencia –malia que non sexa citada pola LDC– é a contida no artigo 70.1 LCSP, dedicado ás “*condicións especiais de compatibilidade*”, expresión ambigua e imprecisa respecto do seu contido. Conforme este precepto:

“1. O órgano de contratación tomará as medidas axeitadas para garantir que a participación na licitación das empresas que tivesen participado previamente na elaboración das especificacións técnicas ou dos documentos preparatorios do contrato ou tivesen asesorado o órgano de contratación durante a preparación do procedemento de contratación non falsee a competencia. Entre esas medidas poderá chegar a establecerse que as citadas empresas, e as empresas a elas vinculadas, enténdendose por tales as que se atopen nalgún dos supostos previstos no artigo 42 do Código de comercio, poidan ser excluídas das ditas licitacións cando non haxa outro medio de garantir o cumprimento do principio de igualdade de trato. (...)

Entre as medidas ás que se refire o primeiro parágrafo deste apartado, atoparanse a comunicación aos demais candidatos ou licitadores da información intercambiada no marco da participación na preparación do procedemento de contratación ou como resultado dela, e o establecemento de prazos axeitados para a presentación de ofertas.

As medidas adoptadas consignaranse nos informes específicos previstos no artigo 336”.

Este precepto enmárcase no contexto das denominadas “*consultas preliminares de mercado*” (art. 115 LCSP), que lles permiten aos órganos de contratación solicitar información adicional para preparar o contrato, aínda que non debe desdeñarse o perigo de que o órgano de contratación se poida ver influenciado en exceso polos operadores consultados, os cales poderían aproveitar a súa participación nesta fase preliminar do procedemento de contratación para influír no deseño dos pregos, de maneira que lles resulten máis favorables a estes. Esta posibilidade débeo levar a tomar certas cautelas, como ampliar as súas fontes de información, acudir, se fose preciso, a informes independentes ou mesmo á experiencia doutras autoridades, incluídas as de competencia, por exemplo, en expedientes de concentracións económicas recentes, pois neles analízase en detalle o mercado ou mercados afectados.

A relevancia do artigo 70.1 LCSP deriva do seu carácter cautelar, pois diríxese a evitar que os que colaboraron na preparación dun contrato o fixeran no seu exclusivo interese e non no da Administración contratante. Debemos mencionar neste punto a importancia da “*neutralidade tecnolóxica*” e o perigo de que unha opción inicial peche o mercado a futuras tecnoloxías alternativas ou configure exclusividades

³⁵ Son exemplos clásicos do que sinalamos o sector primario en xeral en España, onde o poder de mercado da distribución pode distorsionar a competencia ou o sector do transporte de viaxeiros por estrada.

perigosas desde a perspectiva da competencia e os valores que esta implica respecto do estímulo da innovación.

Outro dos ámbitos nos que a conexión entre a LCSP e LDC é intensa e que, ao noso xuízo, exemplifica perfectamente as dificultades que anticipamos para coonestar os dous ámbitos normativos (libre competencia e contratación pública, LDC e LCSP) é o das denominadas “*prohibicións de contratar*”³⁶, reguladas nos artigos 71 a 73 LCSP, cuxa aplicación suscita aínda hoxe numerosas interrogantes, algunhas das cales están na actualidade pendentes de pronunciamentos xudiciais³⁷.

Conforme o artigo 71 LCSP:

“1. Non poderán contratar coas entidades previstas no artigo 3 desta lei, cos efectos establecidos no artigo 73, as persoas nas cales concorra algunha das seguintes circunstancias:

(...)

b) Ter sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia (...) de falseamento da competencia (...).”

Pola súa banda, o artigo 72 LCSP, ao regular a apreciación da “competencia e procedemento” en relación con estas prohibicións de contratar, sinala que:

“5. Cando, conforme o sinalado neste artigo, sexa necesaria unha declaración previa sobre a concorrencia da prohibición, o alcance e duración desta determinaranse seguindo o procedemento que nas normas de desenvolvemento desta lei se estableza.

Non procederá, non obstante, declarar a prohibición de contratar cando, en sede do trámite de audiencia do procedemento correspondente, a persoa incurso na causa de prohibición acredite o pagamento ou compromiso de pagamento das multas e indemnizacións fixadas por sentenza ou resolución administrativa das que derive a causa de prohibición de contratar, sempre e cando as citadas persoas fosen declaradas responsables do pagamento desta na citada sentenza ou resolución, e a adopción de medidas técnicas, organizativas e de persoal apropiadas para evitar a comisión de futuras infraccións administrativas, entre as que quedará incluído acollerse ao programa de clemencia³⁸ en materia de falseamento da competencia. Este parágrafo non resultará de aplicación cando resulte aplicable a causa de prohibición de contratar a que se refire o artigo 71.1, letra a). A prohibición de contratar, así declarada, poderá ser revisada en calquera momento da súa

³⁶ As prohibicións de contratar recóllanse xa nos artigos 60 a 61 bis do Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de contratos do sector público (TRLRSP), incluíndose xa como causa no seu artigo 60.1.b) “ter sido sancionadas con carácter firme por infracción grave (...) de falseamento da competencia (...)”.

³⁷ Neste sentido, resulta elocuente BACHES OPI, S., “La prohibición de contratar con las administraciones públicas por infracciones del Derecho de la competencia: «*Setung a sale on a sea of doubts*»”, Canedo Arrillada, M.P. (dir.), *La competencia como motor de desarrollo económico*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 167-211.

³⁸ Ao denominado Programa de Clemencia faremos unha breve mención máis adiante.

vixencia, cando a persoa que fose declarada en situación de prohibición de contratar acredite o cumprimento dos extremos a que se refire o parágrafo anterior. O órgano competente para coñecer da citada revisión será o mesmo que ditou a resolución de declaración de prohibición de contratar (...)”.

Como xa tivemos ocasión de sinalar recentemente³⁹, cómpre destacar, con SANZ DE LA ASUNCIÓN e ARECES LÓPEZ⁴⁰, que a maior novidade da súa nova regulación sería a transposición das denominadas “*medidas de autocorrección*” ou *self-cleaning*, que permite a dispensa da prohibición de contratar mediante a adopción polo empresario de medidas correctivas. Trátase dos coñecidos programas de cumprimento (*compliance programmes*)⁴¹, malia que, a diferenza do previsto na Directiva 2014/24/UE, que condicionaba a dispensa a que a empresa presentase probas suficientes para demostrar a súa fiabilidade, consideran que tal apreciación é discrecional, aínda que queda sometida a tres requisitos: (i) demostrar que pagou ou se comprometeu a pagar a indemnización correspondente por calquera dano causado pola infracción penal ou a falta, (ii) que aclarou os feitos e circunstancias de xeito exhaustivo colaborando activamente coas autoridades investigadoras e (iii) que adoptou medidas técnicas, organizativas e de persoal concretas, apropiadas para evitar novas infraccións penais ou novas faltas. Non obstante, a LCSP, na súa transposición unicamente inclúe dous deses tres requisitos que consideran que se configurarían como automáticos para o outorgamento da dispensa en sede de trámite de audiencia do procedemento correspondente: (i) acreditar o pagamento da multa ou compromiso de pagamento da multa imposta; e (ii) a adopción de medidas técnicas, organizativas e de persoal apropiadas para evitar a comisión de futuras infraccións administrativas⁴².

Sen esquecer a importancia dos dous requisitos, o último dos cales se remite a un programa de cumprimento, queremos chamar a atención sobre a omisión do requisito relativo ao pagamento da indemnización correspondente por calquera dano causado pola infracción penal ou a falta. Entendemos que o seu mantemento, estendéndoo aos ilícitos anticompetitivos, tería sido fundamental para previr novas condutas infractoras.

³⁹ Neste sentido, *vid.* RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., PÉREZ FERNÁNDEZ, P. e SUDEROW, J., “Una visión integral de la prevención de los cárteles: análisis desde la perspectiva de las empresas, las Administraciones Públicas y las autoridades de competencia”, Beneyto Pérez, J.M. e Mailló González-Orús, J. (dirs.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 109-156; e MIÑO LÓPEZ, A.M., “Programas de cumplimiento y defensa de la competencia en la contratación pública: principios y modalidades”, *Diario La Ley*, n. 9813, 2021.

⁴⁰ Cfr. SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. e ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, *cit.*, p. 109.

⁴¹ Para unha visión xeral dos programas de cumprimento en materia antitrust, véxanse, entre outros, RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Capítulo 21: Prevención de cárteles, promoción de la competencia y programas de cumplimiento”, Beneyto Pérez, J.M. e Mailló González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 845-876; e RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “El reto de la implantación de los PDC en materia antitrust en España”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n. 17, 2015, p. 6.

⁴² SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. e ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, *cit.*, p. 109.

Tamén se subliñou⁴³ a novidade relativa de que a LCSP se refire á posibilidade da empresa de acollerse ao “programa de clemencia”, como medida equivalente ao segundo dos aludidos requisitos (adoptar medidas técnicas, organizativas e de persoal concretas, apropiadas para evitar novas infraccións penais ou faltas)⁴⁴.

A LCSP⁴⁵ introduce a previsión de que a decisión da compañía de acollerse ao programa de clemencia (exención do pagamento da multa *ex* artigo 65 LDC) permitirá tamén eludir a prohibición para contratar sen necesidade de acreditar ningún outro extremo. Pola contra, como subliñan SANZ DE LA ASUNCIÓN e ARECES LÓPEZ, *no caso de que á empresa incurso na prohibición se lle tivese concedido a dita redución conforme o artigo 66 LDC, será necesario que acredite o pagamento da multa reducida para que non se declare a prohibición ou para que sexa revisada se xa foi declarada*⁴⁶.

En relación coas medidas de autocorrección (*self-cleaning*) e o deber de cooperación na aclaración dos feitos, debemos resaltar que a cooperación non se limita só á cooperación coas autoridades de competencia, senón que as empresas deben cooperar tamén co poder adxudicador para esclarecer de forma exhaustiva un posible falseamento da competencia. En efecto, o TXUE na Sentenza C124/17, do 24 de outubro de 2018, no asunto *Vossloh-Laeis vs. Stadtwerke München GmbH*, en contra do proposto polo avogado xeral nas súas conclusións do 16 de maio de 2018, conclúe que o operador económico non só debe colaborar coa autoridade de competencia, senón que tamén debe colaborar co poder adxudicador na aclaración exhaustiva dos feitos e circunstancias que garden relación coa infracción cometida⁴⁷. O risco de que a transmisión do documento poida facilitar a acción de responsabilidade civil por

⁴³ Cfr. SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. e ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, cit., pp. 109 e 110. Para estes autores, a asimilación da adopción de medidas organizativas á decisión da compañía de acollerse ao Programa de Clemencia supón que, naqueles supostos en que se solicitase (e outorgase) a exención do pagamento da multa conforme o artigo 65 LDC, non se aplicará a prohibición para contratar sen necesidade de acreditar ningún outro extremo. Pola contra, no caso de que á empresa incurso na prohibición se lle concedese a redución do pagamento da multa de conformidade co artigo 66 da LDC, será necesario que acredite o pagamento da multa reducida para que non se declare a prohibición ou para que sexa revisada se xa foi declarada.

⁴⁴ Esta apelación directa a unha figura propia do dereito da competencia reafirmamos na idea de que as indemnizacións aludidas serían incluír tamén as derivadas de ilícitos antitrust. O anterior lévanos a pensar que sería positivo incluír nos pregos que a empresa dispoña dun programa de cumprimento que previse especificamente os ilícitos antitrust e tamén, se é o caso, un compromiso de asumir o pagamento dunha indemnización, que podería estar fixada de antemán, para reparar posibles prexuízos derivados de infraccións antitrust ou o compromiso de renuncia ao contrato en caso de infracción antitrust. Non obstante, a exixencia lóxica de que recaía sentenza firme podería facer esta última previsión.

⁴⁵ Cfr. artigo 72.5 (“Apreciación da prohibición de contratar. Competencia e procedemento”).

⁴⁶ A razón da inclusión do Programa de Clemencia como medida correctora residiría, a xuízo de SANZ DE LA ASUNCIÓN e ARECES LÓPEZ, en que, sen unha mención expresa, parecería difícil integrar a participación nun Programa de Clemencia no suposto de adopción de medidas técnicas, organizativas e de persoal (denominado, comunmente, como programa de *compliance*). En segundo lugar, a súa alusión fúndase no temor expresado pola CNMC no seu Informe ao Anteproxecto da Lei de que a non introdución dunha mención expresa a este respecto puidese afectar negativamente (no sentido de desincentivar) o Programa de Clemencia previsto na LDC. Asumen, en consecuencia, que resulta razoable pensar que a efectividade deste programa quedaría posto en dúbida se os solicitantes, malia lograr unha exención ou redución do pagamento da multa que se puidese impor e tras achegar probas da existencia dun acordo secreto entre competidores, se lles aplicase a prohibición de contratar co sector público. Debe terse en conta que, para moitas empresas, o sector público é o seu principal ou único cliente, de maneira que esta prohibición podería supor un dano ou prexuízo maior que o derivado da multa que a CNMC lle puidese impor á empresa en cuestión (SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. e ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, cit., p. 109).

⁴⁷ Véxase ao respecto SUDEROW, J., “Europa: STJUE 24.10.18, C 124/17, Vossloh laeis GmbH y Stadtwerke München GmbH Contratación pública, compliance y acciones de daños”, *osservatorioantitrust.eu*, 7 de novembro de 2018. Acceso web: <https://www.osservatorioantitrust.eu/es/europa-stjue-24-10-18-c-124-17-vossloh-laeis-gmbh-y-stadtwerke-munchen-gmbh-contratacion-publica-compliance-y-acciones-de-danos>.

parte do propio poder adxudicador non debe servir para eludir a obriga de colaborar. O propio TXUE recorda que a empresa, para demostrar a súa fiabilidade, debe achegar proba de que pagou ou se comprometeu a pagar a indemnización correspondente por calquera dano causado pola infracción.

Así mesmo, a entrega ao poder adxudicador da resolución sancionadora na que se constata a infracción cometida pola empresa licitadora basta para demostrarlle ao poder adxudicador que ese operador económico aclarou de xeito exhaustivo os feitos e circunstancias colaborando co poder adxudicador.

Debemos distinguir entre as dúas cuestións tratadas neste caso: a obriga de esclarecer os feitos pasados relacionados coa infracción e o alcance da información suficiente a achegar para restablecer a fiabilidade do operador económico.

Grazas a esta sentenza, queda claro que a exclusión é un mecanismo que pode resultar efectivo e facilitar, se é o caso, non só a selección do mellor licitador e a adopción de programas de *compliance* serios e efectivos, senón que tamén facilita a reparación do dano causado polo cártel á Administración pública.

A limitación do deber de cooperación e de esclarecemento fronte á autoridade de competencia tería suposto unha importante erosión do principio de cooperación e do alcance das medidas de autocorrección recollido na Directiva 2014/24, xa que, grazas ao programa de clemencia, a posición do solicitante e infractor tería quedado blindada fronte ao poder adxudicador. Por iso, esta sentenza debe ser benvinda e, en opinión dos autores, contén importantes avances tanto en relación coa exclusión como en relación coas accións de danos que formula a Administración pública. Así as cousas, debemos recordar que a protección do programa de clemencia se limita ao procedemento sancionador fronte á autoridade de competencia e non se debe estender a outros procedementos como poden ser a exclusión por falta de fiabilidade ou calquera acción de danos *follow on*. Esta última cuestión pode provocar, en boa medida, que o éxito que ata a data tiveron os programas de clemencia se poida ver resentido, pero iso non debe impedir que os danos antitrust sexan axeitadamente reparados.

A figura da prohibición de contratar é, en consecuencia e sen lugar a dúbidas, unha figura de singular relevancia práctica, posto que, aínda que se adoita descartar o carácter de “*sanción*” en sentido estrito desta prohibición, a súa relevancia e consecuencias fan dela un instrumento en mans das autoridades de competencia, cuxo temor supera, con frecuencia, as potenciais multas.

Entendemos que as cuestións que esta regulación non deixa de todo claras serán resoltas pola práctica e confirmadas polos tribunais. Nesta liña, debemos apuntar, por exemplo, o seu carácter automático, menciónese ou non na correspondente resolución sancionadora; que sexa aplicable en caso non só de infracción grave, senón coherentemente no caso de infracción moi grave; que a súa determinación pode facela directamente a autoridade de competencia (con ou sen proposta do órgano instructor) ou ser determinada pola xunta consultiva de contratación administrativa competente, así como as cuestións relativas ao denominado, seguindo a terminoloxía anglosaxoa, como *self-cleaning*, isto é, a posible enervación da prohibición mediante a

implantación de programas de cumprimento. Na actualidade, a CNMC⁴⁸, a Autoridade Vasca da Competencia (AVC)⁴⁹ ou a Axencia de Defensa da Competencia de Andalucía⁵⁰ optaron por non proceder á dita determinación (a pesar dalgún voto particular no caso da CNMC⁵¹), mentres que autoridades autonómicas de competencia como a Autoridade Catalá da Competencia (ACCO)⁵² e a Comisión Galega da Competencia⁵³ as fixaron nas súas resolucións. Entendemos que ambas as dúas vías son válidas.

En todo caso e no que respecta ao órgano de contratación e ao labor da mesa de contratación, deberán estar debidamente informados da vixencia da prohibición e das condicións na súa determinación para a súa efectividade en licitacións concretas.

Do que si temos constancia, que xa admitiu a trámite o Tribunal Supremo, polo seu interese casacional, é da eventual suspensión cautelar da prohibición de contratar, tomando especialmente en consideración se a súa previsión na resolución sancionadora ditada pola CNMC implica a súa execución inmediata (mesmo cando non estea determinada a duración e o alcance desa prohibición), ou se a executividade do acto resulta do procedemento administrativo posterior ante a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, así como a incidencia que iso poida ter na peza separada de medidas cautelares, precisando que *“se trata de interpretar o artigo 130 LXCA en relación cos artigos 71.1.b) e 72 (apartados 2, 3, 5 e 7) LCSP, co fin de aclarar se a prohibición de contratar que inclúe a resolución sancionadora ditada pola CNMC debe entenderse inmediatamente executiva para os efectos da súa eventual suspensión cautelar ou, pola contra, a executividade da dita medida se produce nun momento posterior tras a tramitación do procedemento correspondente ante a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa”*⁵⁴.

⁴⁸ No caso da CNMC, ademais das súas notas de prensa e o buscador, poden consultarse as súas memorias anuais, dispoñibles en <https://www.cnmc.es/sobre-a-cnmc/memorias>. Téñase en conta que non todas as comunidades autónomas dispoñen de órgano de resolución dos expedientes sancionadores, polo que, aínda que a instrución se desenvolva nestas, a resolución corresponde á Sala de Competencia da CNMC. A título de exemplo en materia de licitación pública, véxanse as resolucións do Consello da CNMC do 9 de marzo de 2017, no Expdte. S/DC/0512/14, Transporte Balear de Viaxeiros (acceso web: <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc051214>), ou de 20 de xuño de 2019, Expdte. SAMUR/02/18, Transporte Escolar Murcia (acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2811227_92.pdf) ou 9 de setembro de 2020, no Expdte. SANAV/02/19, Transporte Escolar de Viaxeiros Navarra (acceso web: <https://www.cnmc.es/sites/default/files/3136435.pdf>).

⁴⁹ Cfr. Resolución do 27 de decembro de 2017, no Expediente 130-SAN-2016, Transporte de Viaxeiros de Guipúscoa. Acceso web: https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/adjuntos/130_RESOLUCION_TRANSPORTE_GIPUZKOA_web_es.pdf.

⁵⁰ Cfr. Resolución do 16 de decembro de 2019, ditada no Expediente S/11/2019, Contratación Pública Vivenda. Acceso web: <http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/Resolucion-S-11-2019.pdf>.

⁵¹ Cfr. voto particular da conselleira María Pilar Canedo (apartado C. Sobre a prohibición de contratar, pp. 222 e ss.), á Resolución do 1 de outubro de 2019, no Expdte. S/DC/0612/17, Montaxe e Mantemento Industrial. Acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3408914_2.pdf.

⁵² Cfr. Resolución do 23 de decembro de 2019, ditada no Expediente 94/2018, Licitacións Servizo Meteorolóxico de Cataluña. Cfr. http://accogencat.cat/web/.content/80_accogencat/documents/arxius/actuacions/20200121_Resolucion-exp.-94.18-PUB.pdf.

⁵³ Cfr. Resolución 3/2020 - ARRIVA NOROESTE, S.L. (na actualidade, ARRIVA GALICIA, S.L.). Dispoñible na web oficial CGC no enderezo https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/RES_3_2020_cast_0.pdf.

⁵⁴ Cfr. ROX: ATS 29/04/2021 - ECLI:ES:TS: 2021:2904A, do 18 de marzo de 2021. Durante a última revisión deste traballo, publicouse a Sentenza 1115/2021, do 14 de setembro de 2021 (recurso de casación 6372/2020), na que o Tribunal Supremo (TS) se pronuncia por vez primeira sobre a posibilidade de que a Audiencia Nacional (AN) suspenda a execución de resolucións sancionadoras da Sala de Competencia do Consello da CNMC non só no relativo ao pagamento da sanción económica imposta, senón tamén no atinente á prohibición para contratar. Para un comentario desta sentenza, véxase a nota do despacho

Outro ámbito no que se aprecia a interrelación entre as dúas normas é a regulación dos “lotes”, modificada na actual LCSP. Deste modo, o artigo 99 LCSP (“*Obxecto do contrato*”) dispón na actualidade:

“3. Sempre que a natureza ou o obxecto do contrato o permitan, deberá preverse a realización independente de cada unha das súas partes mediante a súa división en lotes, podéndose reservar lotes de conformidade co disposto na disposición adicional cuarta”⁵⁵.

Esta previsión está pensada para a fase de preparación do contrato e está dirixida aos que preparan a licitación. Son eles os que deben decidir se procede definir lotes e cales se establecen. A idea é que, a maior número de lotes, máis opcións de que se presenten licitadores e que estes poidan ser peme. O poder adxudicador deberá valorar, non obstante, as súas necesidades, evitando caer no perigo de que o excesivo fraccionamento do contrato poña en perigo a finalidade deste ou poida considerarse un intento de fraccionar o contrato, malia que en última hipótese non se falaría, en puridade, de “lotes”.

É máis explícita, porén, a mención que á libre competencia fai o artigo 285 LCSP ao regular os “*pregos e anteproxecto de obra e explotación*”, citando expresamente o artigo 99.3 LCSP:

“1. Os pregos de cláusulas administrativas particulares e de prescricións técnicas deberán facer referencia, polo menos, aos seguintes aspectos:

a) Definirán o obxecto do contrato, debendo prever a realización independente de cada unha das súas partes mediante a súa división en lotes, sen mingua da eficacia da prestación, de acordo co disposto no artigo 99.3, coa finalidade de promover a libre concorrència”.

Non obstante, constatando a importancia do xa exposto ata agora no repaso lineal da LCSP, o certo é que as dúas pontes ou pasarelas máis explícitas e directas que se

Clifford Chance en España: ALMENAR, J., ALCARAZ, C. e IRISSARRY, B., “El Supremo invita a pedir la suspensión cautelar de las prohibiciones para contratar, aunque no sean inmediatamente ejecutivas”, *Boletín Clifford Chance*, outubro, 2021. Acceso web: <https://www.cliffordchance.com/briefings/2021/10/el-supremo-invita-a-pedir-la-suspension-cautelar-de-las-prohibic.html>.

⁵⁵ A disposición adicional cuarta ten por obxecto os “contratos reservados” a favor de “1. (...) Centros Especiais de Emprego de iniciativa social e a empresas de inserción reguladas, respectivamente, no Texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social, aprobada mediante o Real decreto lexislativo 1/2013, do 29 de novembro, e na Lei 44/2007, do 13 de decembro, para a regulación do réxime das empresas de inserción, que cumpran cos requisitos establecidos nesa normativa para ter esta consideración, ou unha porcentaxe mínima de reserva da execución destes contratos no marco de programas de emprego protexido, a condición de que a porcentaxe de traballadores con discapacidade ou en situación de exclusión social dos centros especiais de emprego, das empresas de inserción ou dos programas sexa a prevista na súa normativa de referencia e, en todo caso, polo menos do 30 por 100”. Sobre esta DA cuarta, véxase o Informe Función Consultiva FC 3/2020, CONSULTA SOBRE CENTROS ESPECIAIS DE EMPREGO, dispoñible na web da Comisión Galega da Competencia, www.competencia.gal, concretamente no enderezo: https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/03/INFORME%20FUNCION%20C3%93N%20CONSULTIVA%20FC%203-2020%20CENTROS%20ESPECIALES%20DE%20EMPLEO_g%20_0.pdf. Nesta mesma liña, véxanse as conclusións do avogado xeral, o señor EVGENI TANCHEV, presentadas o 29 de abril de 2021, no Asunto C-598/19, cuestión prexudicial formulada polo Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco no caso Confederación Nacional de Centros Especiais de Emprego (CONACEE) contra a Deputación Foral de Guipúscoa e Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo (FEACEM). Acceso web: <https://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2021/05/CONCLUSIONES-AG-29-04-2021.-Contratos-reservados.Centros-especiales-de-empleo.-Pais-Vasco.pdf>.

lanzan á LDC son as contidas nos artigos 132 e 150 LCSP⁵⁶. Por seguir a orde da propia LCSP, referirémonos agora ao primeiro destes preceptos, o artigo 132 LCSP, abordando o segundo deles tras examinar o artigo 139 que se intercala entre ambos os dous.

O artigo 132 LCSP ocúpase do principio de igualdade, transparencia e libre competencia, dedicando a esta última o seu apartado 3.º, conforme o cal:

“3. Os órganos de contratación velarán en todo o procedemento de adjudicación pola salvagarda da libre competencia. Así, tanto eles como a Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado ou, se é o caso, os órganos consultivos ou equivalentes en materia de contratación pública das comunidades autónomas, e os órganos competentes para resolver o recurso especial a que se refire o artigo 44 desta lei, notificaránlle á Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia ou, se é o caso, ás autoridades autonómicas de competencia, calquera feito do que teñan coñecemento no exercicio das súas funcións que poidan constituír infracción á lexislación de defensa da competencia. En particular, comunicarán calquera indicio de acordo, decisión ou recomendación colectiva, ou práctica concertada ou conscientemente paralela entre os licitadores, que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia no proceso de contratación.”

Este precepto, que en termos similares se recollía xa no TRLCSP de 2011⁵⁷ e nunha Lei de Galicia de 2013⁵⁸, é un dos preceptos claves para a relación entre contratación pública e competencia. A súa redacción segue sendo ambigua e incompleta, pois parece centrarse unicamente nos acordos anticompetitivos de carácter colusorio, cando cabe que a conduta anticompetitiva poida encaixar, ademais de nos artigos 1 LDC/101 TFUE, cuxa redacción transcribe de forma case literal a LCSP, nos artigos 2 LDC/102 TFUE e, no caso de España, no singular artigo 3 LDC. Hai que recoñecer, no entanto, que os acordos colusorios son a práctica máis habitual das detectadas ata a data.

É preciso sinalar, respecto do seu contido, que a expresión “órganos de contratación” é, ao noso xuízo, deliberadamente ampla para incluír todos os que desde a Administración poidan detectar indicios dunha eventual práctica anticompetitiva

⁵⁶ Como acertadamente destaca MIÑO LÓPEZ, engadindo a estes dous preceptos o artigo 69 LCSP xa analizado: “Os tres artigos estudados imponen a obriga de notificación sexa cal sexa o procedemento de licitación e a forma de adjudicación empregado polo órgano de contratación. A actuación da autoridade de competencia non entra a considerar as eventuais infraccións da normativa de contratación pública e desenvólvese á marxe e de forma paralela á licitación e ao recurso administrativo especial en materia de contratación pública, salvo que os órganos competentes suspendan a tramitación dos ditos procedementos” (MIÑO LÓPEZ, A.M., “La comunicación de prácticas anticompetitivas a las autoridades de defensa de la competencia por los órganos de la contratación pública”, cit.).

⁵⁷ Cfr. a disposición adicional vixésimo terceira (Prácticas contrarias á libre competencia), do Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de contratos do sector público (TRLCSP).

⁵⁸ Cfr. o artigo 23.2 da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico (de Galicia), conforme o cal: “2. Os órganos de contratación, a Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia, a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia e os órganos competentes para resolver o recurso especial referido no artigo 40 do Texto refundido da Lei de contratos do sector público lle notificarán á Comisión Galega da Competencia calquera feito, do que teñan coñecemento no exercicio das súas funcións, que poida constituír infracción da lexislación de defensa da competencia. En particular, comunicarán calquera indicio de acordo, decisión ou recomendación colectiva, práctica concertada ou conscientemente paralela entre os licitadores que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia no proceso de contratación”.

(mesa de contratación, órgano de resolución de recursos especiais...⁵⁹), aínda que, sen dúbida, adoita ser a mesa de contratación a que dispón de maior información. Así mesmo, o uso do plural “indicios”, a pesar de que non exclúe que un único indicio poida levar a apreciar a posible existencia da práctica, todo parece apuntar a que deban ser varios⁶⁰, e o máis evidentes posible, posto que en moitos casos non vai poder dispor de probas directas (*smoking gun*)⁶¹, mesmo aínda que se verifique por parte da autoridade de competencia unha inspección domiciliaria cos poderes que se acaban de reforzar agora do seu órgano de inspección⁶².

Debe sinalarse, non obstante, que, sen prexuízo do que se dirá respecto do artigo 150 LCSP, a comunicación do órgano de contratación non afecta directamente ao expediente de licitación, salvo que este tome medidas de acordo coa propia LCSP⁶³ “CASO LACERA”, pois a eventual sanción só sería posible, se é o caso, tras finalizar o correspondente expediente sancionador incoado pola autoridade de competencia, que dispón para iso, unha vez incoado, de polo menos 18 meses. A vía do expediente de contratación e de competencia correrían vidas paralelas e a sanción tería unicamente carácter represivo e, se é o caso, disuasorio, pero non reparador. Os efectos anticompetitivos que se puidesen ter producido e probado deberían reclamarse en sede xudicial (aplicación privada), que, tratándose dunha Administración a que o sufriu, debería ser a que instase a esa reclamación⁶⁴.

Outra norma relevante da LCSP para os efectos deste traballo, malia que non inclúa unha mención directa á lexislación de defensa da competencia, é a que consagra o denominado “*principio de proposición única*” (tamén coñecido como “*principio*

⁵⁹ No caso de Galicia, o Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia (TACGal) enviou diversas comunicacións ao abeiro do artigo 132.3 LCSP que deron lugar a expedientes sancionadores. A título de exemplo, Resolución 3/2019 - Licitación servizo salvamento e socorrismo nas praias da Coruña, do Pleno da Comisión Galega da Competencia, do 27 de xuño de 2019. Acceso web: https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Res3_2019_licitacion_salvamento_cast.pdf.

⁶⁰ A CNMC publicou en 2017 nun sinxelo e útil folleto unha *Guía sobre la lucha contra el fraude en la contratación pública* que expón unha serie de indicios relevantes de colusión. Acceso web: <https://www.dipucuenca.es/documents/34525/36926/D.+SANT IAGO+P%C3%89REZ+OSMA.+Gu%C3%ADa+contra+el+fraude+CNMC.pdf/c94fea11-fc77-451e-eae3-79688f7f0690>.

⁶¹ Na Resolución R 2/2017 - Contrato público de subministración de caldeiras, do PCGC, do 24 de xullo de 2017 (acceso web: https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/R2_calderas2017_cast.pdf), as empresas sancionadas revelaran ao órgano de contratación a súa vontade de intercambiar entre si os contratos en que resultaran adjudicatarios, concorrendo os representantes das dúas empresas. Ao advertírselles que non era posible, as dúas renunciaron ao contrato que gañaran, deixando paso ao segundo clasificado, que eran elas mesmas pero intercambiada a súa posición, pois cada unha resultara segunda no lote no que a outra quedara primeira. A sanción foi confirmada polo TSXG na súa Sentenza 00470/2018, do 7 de novembro de 2018 (acceso web: https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Sentencia_TSJG_00470_2018_Calderas.pdf).

⁶² Téñanse en conta as modificacións da LDC introducidas polo Real decreto-lei 7/2021, en especial, na nova redacción do artigo 40 LDC.

⁶³ A título ilustrativo, podemos destacar, por exemplo, como nun caso o órgano de contratación acordou, ao considerar que existira, ao seu xuízo, unha infracción non emendable das normas de contratación pública, en virtude do disposto no artigo 152.4 LCSP, a desistencia do procedemento de adjudicación do servizo en cuestión, así como, entre outros extremos, ordenar o inicio inmediato da tramitación dun novo procedemento de licitación para a contratación deste, ademais de trasladar os feitos, en virtude do artigo 132.3 LCSP, á autoridade de competencia correspondente.

⁶⁴ Así o afirmamos xa en RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., PÉREZ FERNÁNDEZ, P. e SUDEROW, J., “Una visión integral de la prevención de los cárteles: análisis desde la perspectiva de las empresas, las Administraciones Públicas y las autoridades de competencia”, cit., pp. 109-156.

independente”)⁶⁵, que recolle na actualidade o artigo 139 LCSP. Así, conforme o artigo 139 LCSP:

“Artigo 139. *Proposicións dos interesados.*

(...)

3. *Cada licitador non poderá presentar máis dunha proposición, sen prexuízo do disposto no artigo 142 sobre admisibilidade de variantes e no artigo 143 sobre presentación de novos prezos ou valores no seo dunha poxa electrónica. Tampouco poderá subscribir ningunha proposta en unión temporal con outros se o fixo individualmente ou figurar en máis dunha unión temporal. A infracción destas normas dará lugar á non admisión de todas as propostas por el subscritas.*

4. *Na proposición deberá indicarse, como partida independente, o importe do imposto sobre o valor engadido que deba ser repercutido”.*

De novo atopámonos ante unha irregularidade propia da contratación pública que, se é o caso e baixo certas premisas, infrinxe a lexislación de competencia. Deste xeito, a exclusión dos licitadores, que é unha das medidas que pode tomar o órgano de contratación, pode dar lugar, como a Comisión Galega da Competencia evidenciou, a unha sanción por vulneración do artigo 1 LDC, mesmo con sanción persoal ao directivo no que concorran as condicións previstas no artigo 63.2 LDC⁶⁶.

Un exemplo claro do indicado témolos na Resolución 3/2019 - Licitación servizo salvamento e socorrismo nas praias da Coruña, do Pleno da Comisión Galega da Competencia (PCCG), do 27 de xuño de 2019⁶⁷, na que o TACGal remitiu unha resolución na que confirmaba a exclusión de dous licitadores que infrinxiran o principio de proposición única e, ao mesmo tempo, actuaran como un cártel, tal e como na citada resolución apreciou atendendo aos múltiples indicios concorrentes a citada CGC e confirmou o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia⁶⁸.

A mesma situación deuse na Resolución 4/2020 - Licitación transporte escolar, do PCGC, do 15 de decembro de 2020⁶⁹, na que, tras a remisión polo TACGal da súa resolución nun recurso especial, o PCGC chegou á conclusión de que as tres empresas,

⁶⁵ Acerca deste principio, *vid.* FERNÁNDEZ ESTUDILLO, J.M., “El principio de proposición única, la presentación de proposiciones por empresas vinculadas y los acuerdos colusorios”, *Observatorio de la Contratación Pública*, 7 de abril de 2014. Acceso web: <http://obcp.es/opiniones/el-principio-de-proposicion-unica-la-presentacion-de-proposiciones-por-empresas>. Moi interesante tamén INFONALIA, “Presentación de ofertas por empresas pertencentes al mismo grupo”, *INFONALIA. Consultoría de Licitación Pública*, 18 de decembro de 2020. Acceso web: <https://www.infonalia.es/presentacion-de-ofertas-por-empresas-pertencientes-al-mismo-grupo/>.

⁶⁶ Conforme o artigo 63.1 LDC, “2. Ademais da sanción prevista no apartado anterior, cando o infractor sexa unha persoa xurídica, poderase impor unha multa de ata 60.000 euros a cada un dos seus representantes legais ou ás persoas que integran os órganos directivos que interviñesen na conduta”.

⁶⁷ Acceso web: https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Res3_2019_licitacion_salvamento_cast.pdf.

⁶⁸ STSXG do 26 de marzo de 2021, N.I.G.: 15030 33 3 2019 0001140.

⁶⁹ Esta resolución pódese consultar tamén na web oficial da CGC (www.competencia.gal). Acceso web: https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/03/Resolucion%204-2020%20Licitacion%20transporte%20escolar%20%20PAX%20WEB%20_0.pdf.

que eran independentes entre si ao non constituír grupo ningún, decidiran coludir para presentarse á licitación controvertida.

O que debe quedar claro á vista destes e doutros numerosos exemplos é que a vulneración dese principio, que desde a perspectiva da contratación pública pode dar lugar a diversas consecuencias, como a aludida exclusión dos licitadores⁷⁰ afectados ou mesmo á anulación da adxudicación, pode, non obstante, desde a perspectiva estritamente antitrust, revelar a existencia dunha conduta prohibida polo artigo 1 LDC (ou mesmo 3 LDC) cando as empresas respecto das que se aprecie a vulneración de principio de proposición única non forman parte do mesmo grupo, pois no dito caso non podería falarse de colusión ao estar amparada a súa conduta polo coñecido como “*privilexio de grupo*”⁷¹, conforme o cal, ao non se tratar de empresas independentes entre si, senón vinculadas, de modo que non se pode falar de “*acordo*”, tal e como prevé o artigo 1 LDC (e o 101 TFUE), que sanciona condutas de cooperación entre competidores.

Como xa anticipamos, uns dos preceptos máis relevantes na relación LCSP e LDC é o artigo 150 LCSP⁷², que, non obstante, ten o pouco expresivo título de “*clasificación das ofertas e adxudicación do contrato*”.

A este respecto e anticipando o que advertiremos máis adiante, debemos destacar que a LCSP ten unha marcada tendencia a identificar práctica anticompetitiva con práctica ou conduta colusoria, o que non é de todo correcto e deberemos matizar máis adiante, posto que nunha licitación pública cabe tamén a eventual infracción do artigo 2 LDC (102 TFUE) ou do artigo 3 LDC.

A ampla casuística de acordos colusorios en materia de contratación pública permitiu extraer xa unha primeira serie de indicios desta, servindo como pauta de investigación e, ao mesmo tempo, para delimitar certos indicadores que revelarían a súa existencia⁷³. Por iso, considerouse axeitado introducir cambios na LCSP na pre-visión contida xa no TRLCSP⁷⁴ respecto da comunicación de indicios ás autoridades

⁷⁰ Cfr. PÉREZ DELGADO, M. e RODRÍGUEZ PÉREZ, R.P., “Exclusión del licitador por prácticas colusorias”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 173, Sección: La administración opina, maio-xuño 2021, pp. 105-107; e a Lei 5256/2021.

⁷¹ Como expón de forma breve e clara ALONSO SOTO, “[d]o denominado «privilexio do grupo», que consiste en que, ao ser considerado o grupo de empresas como un único suxeito, non existirá unha pluralidade de vontades independentes entre as sociedades ou empresas que forman parte do grupo, de modo que, desde un punto de vista técnico, non terán a consideración de acordos ou prácticas concertadas os pactos que se celebren entre a matriz e as súas filiais ou entre as distintas sociedades que forman parte do grupo”. (ALONSO SOTO, E., “La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales (1)”, *Noticias de Competencia*, Gómez-Acebo & Pombo, Madrid, 2012, pp. 18 a 23, p. 19. Acceso web: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/LA-RESPONSABILIDAD-DE-LA-SOCIEDAD-MATRIZ-POR-LAS-PRACTICAS-ANTICOMPETITIVAS-DE-SUS-FILIALES.pdf>).

⁷² Resulta de interese a lectura do Informe da CNMC, INF/CNMC/085/2018 sobre o artigo 150 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 22 de novembro de 2018. Acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2216888_0.pdf.

⁷³ Resultan especialmente útiles os recollidos na *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, publicada en 2010 (acceso web: <https://www.cnmc.es/file/123708/download>), e de forma máis sintética e específica no tríptico publicado pola CNMC en 2017, titulado *Guía contra a fraude na licitación pública* (acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/2017/20170118_CNMC_licitaciones_01_2017.pdf).

⁷⁴ Cfr. a disposición adicional vixésimo terceira (“Prácticas contrarias á libre competencia”), do Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de contratos do sector público, e o artigo 23.3, da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico.

de competencia que, ademais de no actual artigo 1322.3 LCSP, xa citado, se engade a do artigo 150 LCSP.

En efecto, o artigo 150.1, parágrafo terceiro LCSP, dispón agora que:

“Se no exercicio das súas funcións a mesa de contratación ou, no seu defecto, o órgano de contratación, tivese indicios fundados de condutas colusorias no procedemento de contratación no sentido definido no artigo 1 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, trasladaraos con carácter previo á adxudicación do contrato á Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia ou, se é o caso, á autoridade de competencia autonómica correspondente, para os efectos de que a través dun procedemento sumarísimo se pronuncie sobre aqueles. A remisión deses indicios terá efectos suspensivos no procedemento de contratación. Se a remisión a realiza a mesa de contratación, dará conta diso ao órgano de contratación. Regulamentariamente regularase o procedemento ao que se refire este parágrafo”.

A norma está, en realidade, aínda pendente de desenvolvemento regulamentario, e resulta, desde a perspectiva da competencia, un tanto pretenciosa, posto que parece inducir que nun prazo sumario o órgano de competencia (obsérvase que cita, ademais da CNMC, as autoridades autonómicas de competencia) deberá anticipar o que na práctica adoita facerse tras unha información reservada (art. 49 LDC), se é o caso con inspección e, en todo caso, tras instruír un procedemento sancionador que pode durar ata 18 meses.

Con este precepto, preténdese dar un paso máis na imbricación entre contratación pública e competencia, ao abrir a posibilidade de que a autoridade de competencia se pronuncie de forma sumaria sobre os indicios que se lle trasladan. No entanto, permitiu que os órganos de contratación vexan nas autoridades de competencia unha posible axuda ante irregularidades que percibían pero que non sabían como xestionar axeitadamente.

Seguindo a orde da propia LCSP, a última remisión que esta fai á LDC é o artigo 321 LCSP, dedicado á adxudicación de contratos das entidades do sector público que non teñan o carácter de poderes adxudicadores.

“2. Malia o indicado no apartado anterior, os órganos competentes das entidades a que se refire este artigo poderán adxudicar contratos sen aplicar as instrucións aprobadas por eles con suxeición ás seguintes regras:

a) Os contratos de valor considerado inferior a 40.000 euros, cando se trate de contratos de obras, ou a 15.000 euros, cando se trate de contratos de servizos e subministracións, poderán adxudicarse directamente a calquera empresario con capacidade de obrar e que conte coa habilitación que, se é o caso, sexa necesaria para realizar a prestación obxecto do contrato.

b) Os contratos ou acordos de valor considerado igual ou superior aos indicados na letra anterior ou os que se concerten para a selección de provedores suxeitaranse,

Regap

ESTUDIOS

como mínimo, ás seguintes regras, respectándose en todo caso os principios de igualdade, non discriminación, transparencia, publicidade e libre concorrència:

1. O anuncio de licitación publicarase no perfil de contratante da entidade, sen prexuízo de que poidan utilizarse outros medios adicionais de publicidade. Toda a documentación necesaria para a presentación das ofertas deberá estar dispoñible por medios electrónicos desde a publicación do anuncio de licitación.

2. O prazo de presentación de ofertas será fixado pola entidade contratante tendo en conta o tempo razoablemente necesario para a preparación daquelas, sen que en ningún caso ese prazo poida ser inferior a dez días contados desde a publicación do anuncio de licitación no perfil de contratante.

3. A adxudicación do contrato deberá recaer na mellor oferta, de conformidade co disposto no artigo 145. Excepcionalmente a adxudicación poderá efectuarse atendendo a outros criterios obxectivos que deberán determinarse na documentación contractual.

4. A selección do contratista, que deberá motivarse en todo caso, publicarase no perfil de contratante da entidade (...)⁷⁵.

2.2 De competencia a contratación pública (disp. adic. 2.^a e art. 65.3 LDC)

Como sinalamos, ademais das remisións que a LCSP fai ás normas de competencia, a propia LDC fai algunha mención á contratación pública.

Ata datas moi recentes, a única mención atopábase na definición de cártel, cuxa redacción inicial foi modificada polo Real decreto-lei 9/2017, do 26 de maio, polo que se traspoñen directivas da Unión Europea nos ámbitos financeiro, mercantil e sanitario, e sobre o desprazamento de traballadores, ofrezca hoxe unha nova definición de cártel dando nova redacción á disposición adicional cuarta. 2.^a (Definicións), da vixente LDC. Concretamente no seu apartado 2:

⁷⁵ A disposición derradeira 40.5 da Lei 11/2020, do 30 de decembro, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2021, engade a este artigo 321 LCSP un apartado 6 co seguinte teor:

“6. Estarán excluídos da aplicación desta lei os contratos entre dúas sociedades mercantís pertencentes ao sector público que non posúan o carácter de poder adxudicador, sempre e cando se cumpran todas e cada unha das seguintes condicións:

a) Que a sociedade contratante posúa de xeito directo ou indirecto a totalidade do capital social da contratista ou viceversa, ou que unha terceira sociedade, tamén do sector público, que tampouco teña o carácter de poder adxudicador posúa de xeito directo ou indirecto a titularidade do 100 por 100 do capital social das dúas primeiras.

b) Que os contratos teñan por obxecto a adquisición de bens ou a prestación de servizos que sexan necesarios para a realización da actividade mercantil propia do obxecto social da entidade contratante.

c) Que os contratos non distorsionen a libre competencia no mercado.

Para os efectos do establecido no parágrafo anterior o Departamento ministerial ou organismo ao que corresponda a tutela da sociedade contratante solicitará un informe previo da Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia ou, se é o caso, da autoridade de competencia autonómica correspondente que analice os contratos concretos ou categorías xerais de contratos de similares características que as sociedades prevexan subscribir. O informe será tramitado no prazo máximo de vinte días hábiles”.

“2. Para os efectos do disposto nesta lei enténdese por cártel todo acordo ou práctica concertada entre dous ou máis competidores cuxo obxectivo consista en coordinar o seu comportamento competitivo no mercado ou influír nos parámetros da competencia mediante prácticas tales como, entre outras, a fixación ou a coordinación de prezos de compra ou de venda ou outras condicións comerciais, mesmo en relación cos dereitos da propiedade intelectual e industrial; a asignación de cotas de produción ou de venda; a repartición de mercados e clientes, incluídas as colusións en licitacións⁷⁶, as restricións das importacións ou exportacións ou as medidas contra outros competidores contrarias á competencia”⁷⁷.

Para os efectos deste traballo, podemos anticipar que o cártel é o acordo, práctica concertada ou conscientemente paralela de carácter colusorio que, de forma máis ou menos expresa ou, máis comunmente, intercambiando entre si información sensible, lles permite coordinar as súas ofertas falseando a competencia na licitación ou licitacións afectadas eludindo deste xeito concorrer entre si ao obxecto de repartir entre si o mercado, fixar prezos ou calquera outra circunstancia esencial da licitación.

A esta única e xenérica referencia directa, aínda que sen dúbida importante, engadiu a recente modificación da LDC levada a cabo para adaptala á coñecida como “Directiva ECN Plus”⁷⁸, ao dar unha nova redacción ao artigo 65 LDC, que regula a “exención do pagamento da multa”, denominación técnica elixida no seu día por esta lei para regular na nosa disciplina o que se coñece como “política de clemencia”. En efecto, a nova redacción deste precepto incorpora a este unha previsión específica para as prohibicións de contratar reguladas na LCSP, ao afirmar no seu apartado 4 que queda agora do seguinte teor:

“4. A exención prevista no apartado 1 comprenderá tamén a da prohibición de contratar prevista no artigo 71 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público”.

⁷⁶ A redacción deste apartado 2 foi modificada polo Real decreto-lei 9/2017, do 26 de maio, polo que se traspoñen directivas da Unión Europea nos ámbitos financeiro, mercantil e sanitario, e sobre o desprazamento de traballadores (art. terceiro. Modificación da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, en materia de exercicio das accións de danos e perdas por infraccións do dereito da competencia), que engadiu tamén o apartado 3 a esta DA. A redacción da versión orixinal da LDC era máis lacónica e imprecisa, aínda que xa aludía a “poxas fraudulentas”: “2. Para os efectos do disposto nesta lei enténdese por cártel todo acordo secreto entre dous ou máis competidores cuxo obxecto sexa a fixación de prezos, de cotas de produción ou de venda, a repartición de mercados, incluídas as poxas fraudulentas, ou a restrición das importacións ou as exportacións”.

⁷⁷ A redacción orixinal da Lei 15/2007 era: “2. Para os efectos do disposto nesta lei enténdese por cártel todo acordo secreto entre dous ou máis competidores cuxo obxecto sexa a fixación de prezos, de cotas de produción ou de venda, a repartición de mercados, incluídas as poxas fraudulentas, ou a restrición das importacións ou as exportacións”. Acerca do concepto de cártel e desta primeira definición, *vid.* RINCÓN GARCÍA DE LOIGORRI, A., “¿Qué es un cártel para la CNMC?”, Beneyto Pérez, J.M. e Mailló González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 69-105.

⁷⁸ Trátase do xa citado 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.

Deste xeito, complétase unha lagoa que a LCSP non alcanzara a cubrir satisfactoriamente respecto a un dos instrumentos da política da competencia, a clemencia⁷⁹, que máis eficaces viñeron sendo, pero cuxa aplicación práctica pode resultar en ocasións comprometida pola falta de coordinación con outras previsións, mesmo da propia LDC (*péñese, por exemplo, nas reclamacións de danos antitrust causados aos beneficiarios da clemencia*).

2.3 De libre competencia a competencia desleal (art. 3 LDC)

A vixente LDC contén aínda hoxe, “*contra vento e marea*”⁸⁰, unha interesante ponte entre a LDC e a LCD, isto é, entre a lexislación de defensa da competencia e a de competencia desleal, regulada na Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de competencia desleal, á que implicitamente se remite o artigo 3 LDC ao regular o “*falseamento da competencia por actos desleais*”. Conforme o dito precepto:

“Artigo 3. Falseamento da libre competencia por actos desleais.

A Comisión Nacional da Competencia ou os órganos competentes das comunidades autónomas coñecerán nos termos que esta lei establece para as condutas prohibidas dos actos de competencia desleal que por falsear a libre competencia afecten o interese público”.

Como xa afirmou a Comisión Galega da Competencia, na súa Resolución 3/2020 –ARRIVA NOROESTE, S.L. (na actualidade, ARRIVA GALICIA, S.L.⁸¹):

“O artigo 3 da LDC establece a prohibición de actos de competencia desleal que por falsear a libre competencia afecten o interese público. Do teor literal do precepto dedúcese que incorren nesa prohibición as condutas que cumpren, acumulativamente, os tres requisitos seguintes: a) constitúan un acto de competencia desleal; b) que

⁷⁹ Esta figura recóllese nos artigos 65 e 66 LDC, baixo os títulos de “Exención do pagamento da multa” e “Redución do importe da multa”, respectivamente afectados pola reforma introducida polo Real decreto-lei 7/2021, xa mencionado.

Neste sentido, na nota de Uría/Menéndez, “O Consello de Ministros reforma a Lei de defensa da competencia para traspor a Directiva ECN+”, do 30 de abril de 2021, p. 3 (acceso web: <https://www.uria.com/documentos/circulares/1401/documento/12284/UM-nota.pdf?id=12284>), sinalábase que “(...) no caso das empresas que soliciten clemencia e obteñan unha exención completa da multa (normalmente, as empresas que proporcionan en primeiro lugar información sobre un cártel non coñecido pola CNMC), a lei aclara agora –en liña coa práctica previa á reforma– que estas tamén obteñen unha exención da prohibición de contratar coa Administración que podería derivar da resolución sancionadora da CNMC. No caso de empresas que obteñan só unha redución da multa (xa sexa porque non foron as primeiras en solicitar clemencia ou porque a CNMC xa contaba con información sobre o cártel con anterioridade), a lei indica que nestes casos o beneficio da clemencia «poderá comprender» a exclusión da prohibición de contratar coa Administración, sen indicar en que casos o fará e en que casos non”.

⁸⁰ Durante a tramitación da vixente LDC, cuestionouse a necesidade de manter unha norma como o que é agora o artigo 3 LDC e era o artigo 7 da Lei 16/1989, do 17 de xullo, de defensa da competencia. Acerca deste debate que, finalmente, mantivo esta previsión, véxase, DÍAZ ESTELLA, F., “¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 5, 2005, pp. 1284-1296. Acceso web: [http://www.fernandodiezes-tella.com/otras_publicaciones/el_art_7_idc_\(2005\).pdf](http://www.fernandodiezes-tella.com/otras_publicaciones/el_art_7_idc_(2005).pdf); DÍAZ ESTELLA, F., “Las complicadas relaciones entre la Ley de defensa de la competencia y la Ley de competencia desleal”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n. 213, 2001, pp. 11-28: e, menos crítico con ese precepto, en DÍAZ ESTELLA, F., “El artículo 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 330, 2012 (exemplar dedicado a dereito da competencia), pp. 83-94; e en DÍAZ ESTELLA, F., “El art. 3 LDC falseamiento de la competencia por actos desleales”, Beneyto Pérez, J.M. e Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, tomo 1, Bosch, Barcelona, 2017 (tomo I), pp. 505-553.

⁸¹ Cfr. o punto 6.3. Falseamento da competencia por actos desleais, desta resolución, dispoñible na web oficial CGC no enderezo https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/RES_3_2020_cast_0.pdf.

falsee a libre competencia; e c) afecte ao interese público. A doutrina maioritaria considera que, desde un punto de vista substantivo, é necesaria a presenza de dúas condicións: a) un acto de competencia desleal, b) afecte ao interese público por falsear significativamente a competencia no mercado. En definitiva, este artigo non tutela outro interese público que a competencia efectiva nos mercados”.

Engadindo máis adiante que:

“En moitas ocasións considerábase que para apreciar a concorrencia do ilícito do artigo 3 da LDC se debería cualificar en primeiro lugar se se trataba dun acto de competencia desleal, para a continuación pasar a ver se afectaba ao interese público, de tal maneira que non concorrendo o primeiro xa non se analizaba o segundo. Emporiso, desde hai anos tanto as resolucións da autoridade da competencia estatal (Resolución do TDC do 4 de decembro de 1998, Expdte. R 332/98 Porvasal; Resolución da CNC do 13 de marzo de 2008, Expdte. R 718/07 Portos de Andalucía; Resolución da CNC do 11 de marzo de 2008, Expdte. S/0041/08 O Teu billete; Resolución da CNC do 15 de decembro de 2011, Expdte. S/0350/11 Asistencia en estrada, entre outras) como sectores da doutrina científica consideran que se debe analizar en primeiro lugar se a conduta investigada é apta para afectar o interese público por falsear significativamente a competencia para despois analizar se é un acto de competencia desleal, sistemática que utilizaremos nesta resolución”.

Esta mesma resolución fai unha exhaustiva análise da concorrencia da afectación do interese xeral que resulta, na maioría dos casos, unha das cuestións máis difíciles de apreciar dado o carácter restritivo co que debe interpretarse⁸².

3 Algunhas ideas básicas sobre os ilícitos antitrust na contratación pública

A finalidade deste traballo é facilitarlles, na medida do posible, aos que deben aplicar a LCSP a interpretación dos preceptos dos que se infiren os conceptos básicos do dereito da competencia aos que se remite a LCSP. Por iso, e tras expor os enlaces e pontes que o lexislador estableceu entre as dúas normativas, imos expor, aínda que de forma breve, os conceptos esenciais que permitirán interpretar os citados preceptos da forma máis homoxénea e harmonizada posible.

Así, empezaremos por enmarcar os cárteles no seu contexto na LDC, que non é outro que a prohibición das “*condutas colusorias*” que tipifican o artigo 1 LDC, que deberá aplicar de forma conxunta co artigo 101 TFUE cando se aprecie a posible afectación do mercado interior europeo ou unha parte significativa deste. O mesmo faremos respecto do abuso de posición de dominio, recollido nos artigos 2 LDC e, se é o caso, 102 TFUE; ou un caso no que se aprecie un posible falseamento da competencia por acto desleal, que é o que tipifica o artigo 3 LDC e que non ten equivalente no TFUE.

⁸² Remitímonos expresamente á lectura do extenso e minucioso apartado 38 da citada resolución ARRIVA.

Antes de expor as liñas básicas da vixente interpretación dos ditos preceptos, obra en gran medida da xurisprudencia europea e española, debemos anticipar dúas cuestións esenciais.

A primeira é que a aplicación dos artigos da LDC e, se é o caso, do TFUE é unha cuestión que unicamente afecta ao órgano de contratación para os efectos da remisión das comunicacións que no seu caso efectúe ao órgano que considere competente para coñecer da posible conduta anticompetitiva, o que non fai máis que abrir o trámite interno de asignación para determinar a efectiva atribución de competencia para coñecer os feitos⁸³.

Así mesmo, é tamén preciso sentar con carácter preliminar, como xa recoñeceu no seu día o noso Tribunal Supremo, a singularidade destas prohibicións, pois, como estableceu a Sentenza da Sala Terceira (Sección 3.^a) do 2 de novembro de 2015 (rec. 1523/2013), *“fronte a esta técnica penalista da tipicidade ou de deslinde preciso do que está prohibido (e, por exclusión, o non penado), o dereito da competencia (nacional e comparado) utiliza a técnica da cláusula xeral prohibitiva, precisamente porque a utilización da técnica da tipicidade penal, nun ámbito como o mercado, atentaría ao principio de seguridade xurídica, atendida a dificultade ou imposibilidade de tipificar coa precisión exigida no dereito penal a multiplicidade de formas que pode adoptar o comportamento restritivo dos operadores económicos no mercado. Unha cláusula xeral prohibitiva da colusión (art. 1.1 LDC e 101.1 TFUE) que se define por relación cos destinatarios (todo operador económico), ao medio polo cal a conduta se establece (toda forma de concertación: acordos, decisións ou recomendacións colectivas, prácticas concertadas ou conscientemente paralelas) e, en particular, pola finalidade perseguida e prohibida (a causación actual ou potencial dun dano á competencia efectiva nos mercados). Xa que logo, unha cláusula xeral ou tipo aberto deliberadamente impreciso que constitúe, en certa forma, un mandato implícito do lexislador ás autoridades administrativas e xurisdicionais encargadas da súa aplicación para elaborar de forma progresiva o dereito da competencia”*⁸⁴.

A que entendemos “singularidade” das normas de competencia determina igualmente como trazo propio que se admita en maior medida que noutros ámbitos normativos a proba indiciaria ou de presuncións⁸⁵ como medio para dar como probada a comisión do ilícito anticompetitivo.

⁸³ Vid. Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de coordinación das competencias do Estado e as comunidades autónomas en materia de defensa da competencia, respecto da aplicación da LDC e 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 CE (hoxe artigo 101 e 102 TFUE), publicado no DOUE L 1, do 4 de xaneiro de 2003, p. 1. A este respecto, entre outras moitas publicacións, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Capítulo 4. Autoridades responsables de la lucha contra los cárteles en España y la Unión Europea”, Beneyto Pérez, J.M. e Mailló González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 131 a 171.

⁸⁴ Cfr. FX 4.º da STS 3631/2018, do 10/10/2018 (ECLI: ES:TS:2018:3631)

⁸⁵ Como lembra o Pleno da Comisión Galega da Competencia (en diante PCGC), na súa recente Resolución 4/2020 - Licitación transporte escolar, do 15 de decembro de 2020, con ampla cita xurisprudencial, a aplicación desta proba de presuncións no ámbito do procedemento sancionador non é algo estraño e está admitida pola doutrina do Tribunal Constitucional, como a STC 76/1985, do 26 de xuño (BOE n. 170, do 17 de xullo de 1985) e a STC 174/1985, do 17 de decembro (BOE n. 13, do 15 de xaneiro de 1986), sendo igualmente admitida polo Tribunal Supremo en materia sancionadora por infraccións das normas de defensa da competencia (STS do 6 de marzo de 2000, recurso 373/1993, na que afirma que “hai que resaltar que estas probas teñen unha maior operatividade no campo de defensa da competencia, pois dificilmente os autores de actos colusorios deixarán pegada documental da súa conduta restritiva ou prohibitiva, que unicamente poderá extraerse de indicios ou

3.1 Cárteles e clemencia

Conforme o artigo 1.1 LDC (e en termos equivalentes, que non idénticos, o artigo 101.1 TFUE), a prohibición das condutas ou prácticas colutorias esténdese a todo acordo, decisión ou recomendación colectiva, ou práctica concertada ou conscientemente paralela, que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restringir ou falsear a competencia, sendo o modelo da Unión Europea ou en todo ou en parte do territorio nacional⁸⁶.

Os dous preceptos ofrecen unha lista exemplificativa dos supostos máis graves de acordos colutorios, tanto entre competidores (acordos horizontais) como entre operadores que actúan en fases diferentes da cadea produtiva (acordos verticais).

Cítanse así, entre os primeiros, os que teñan por obxecto ou efecto (mesmo potencial):

a) A fixación, de forma directa ou indirecta, de prezos ou doutras condicións comerciais ou de servizo.

b) A limitación ou o control da produción, a distribución, o desenvolvemento técnico ou os investimentos.

c) A repartición do mercado ou das fontes de aprovisionamento.

E entre os segundos (restricións verticais).

d) A aplicación, nas relacións comerciais ou de servizo, de condicións desiguais para prestacións equivalentes que coloquen uns competidores en situación desvantaxosa fronte a outros.

e) A subordinación da celebración de contratos á aceptación de prestacións suplementarias que, pola súa natureza ou conforme os usos de comercio, non garden relación co obxecto de tales contratos.

Esta enumeración carece por completo de carácter exhaustivo, malia que identifica as condutas que tradicionalmente foron consideradas máis graves, o que se predicou, polo xeral, dos acordos horizontais fronte aos verticais. Os acordos, entendido en sentido amplo que son relevantes desde a perspectiva da aplicación da LCSP, son, sen dúbida, os horizontais, entre os que se sitúan os cárteles.

A interpretación duns preceptos redactados en termos tan abertos suscita indubidables problemas prácticos, só en parte solucionados pola xurisprudencia e pola adopción de regulamentos de exención que exclúen da prohibición xeral determinados tipos ou categorías de acordos (art. 103 TFUE e 1. 4.º e 5.º LDC), baixo determinadas

presuncións. Negar validez a estas probas indirectas conduciría case á absoluta impunidade de actos derivados de acordos ou concertos para restringir o libre funcionamento da oferta e a demanda”.

⁸⁶ Nunha moi recente comunicación (Comunicación relativa ás ferramentas para combater a colusión na contratación pública..., cit., apartado 1.1.), a Comisión Europea afirma: “O concepto de colusión na contratación pública (tamén denominado licitación colutoria) fai referencia aos acordos ilegais entre operadores económicos destinados a falsear a competencia nos procedementos de adjudicación. Estes acordos entre operadores económicos con fins de colusión poden adoptar diversas formas; por exemplo, poden consistir en fixar previamente o contido das súas ofertas (especialmente o prezo) co obxecto de influir no resultado do procedemento, absterse de presentar unha oferta, asignar o mercado baseándose na localización xeográfica, o poder adjudicador ou o obxecto da contratación pública ou establecer sistemas de rotación para unha serie de procedementos. O obxectivo de todas estas prácticas é permitir que un licitador predeterminado obteña un contrato mentres se crea a impresión de que o procedemento é realmente competitivo”.

condicións, estendendo a posible excepción individual que consagran os artigos 101.3 TFUE e 1.3 LDC.

A clarificación dos conceptos esténdese non só ao alcance da conduta (acordo, decisión/recomendación, práctica concertada, ou “conscientemente paralela”), senón tamén, de forma especialmente relevante, á cuestión das denominadas infraccións “por obxecto” ou “por efecto” (teñan como obxecto restrinxir a competencia ou cuxos efectos sexan efectivamente restritivos da competencia), distinción clave, xa que cando unha conduta se cualifica como anticompetitiva polo seu obxecto, non se fai preciso un exame exhaustivo dos seus efectos, aínda potenciais, sobre a competencia⁸⁷.

Esta distinción adquire así un valor crucial, posto que o excesivo formalismo priva os operadores da posibilidade de acudir a novas fórmulas cuxo efecto restritivo se vexa compensado cos seus efectos procompetitivos, posibilidade que recolle de forma individual o artigo 101.3 TFUE e o seu equivalente, o artigo 1.3 LDC.

A prohibición non se aplicará aos acordos, decisións, recomendacións e prácticas que contribúan a mellorar a produción ou a comercialización e distribución de bens e servizos ou a promover o progreso técnico ou económico, sen que sexa necesaria decisión previa ningunha para tal efecto, sempre que: a) Permitan aos consumidores ou usuarios participar de forma equitativa das súas vantaxes; b) Non lles impongan ás empresas interesadas restricións que non sexan indispensables para a consecución daqueles obxectivos, e c) No lles consintan ás empresas partícipes a posibilidade de eliminar a competencia respecto dunha parte substancial dos produtos ou servizos contemplados.

Esta excepcionalidade individualizada *case-by-case* viuse axiña completada coas xa aludidas exencións por categorías das regras dos acordos de importancia menor.

Non obstante, determinar cando estamos ou non ante unha práctica prohibida converteuse nunha tarefa especialmente complexa que recae agora sobre as empresas ao transformarse, desde a aprobación do Regulamento (CE) n. 1/2003 do Consello, do 16 de decembro de 2002, relativo á aplicación das normas sobre competencia previstas nos actuais artigos 101 e 102 TFUE⁸⁸, o inicial sistema de notificación previa e autorización, se é o caso, por parte da Comisión Europea ou a autoridade de competencia correspondente, polo de autoavaliación, que exige que a empresa valore a licitude da súa práctica ou a súa eventual posibilidade de exención se se cuestiona a súa corrección⁸⁹.

⁸⁷ Acerca desta fundamental cuestión na xurisprudencia española e europea, véxase o fundamento xurídico terceiro da recente STS 356/2021, de 15/03/2021 (ROX: STS 1011/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1011). Acceso web: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/47c54a4d73e1a196a95bb5076f88477c49a319365802d218>. Consideramos igualmente de interese a lectura de IBÁÑEZ COLOMO, P., “Persistent myths in competition law (II): «the analysis of the counterfactual is not relevant when a practice is restrictive by object»”, *Chilling Competition*. Acceso web: <https://chillingcompetition.com/2019/05/30/persistent-myths-in-competition-law-ii-the-analysis-of-the-counterfactual-is-not-relevant-when-a-practice-is-restrictive-by-object/>.

⁸⁸ DOUE L 1 do 4 de xaneiro de 2003, p. 1.

⁸⁹ Na actualidade existen exencións por categorías en materia de acordos de cooperación horizontal no eido da investigación e desenvolvemento e de especialización e respecto dos acordos verticais, que amparan, entre outros, a figura das franquías, a distribución exclusiva ou a selectiva, aínda que a xurisprudencia considerara ilícita, con carácter xeral, a restrición da limitación das vendas por Internet. Acerca desta cuestión, véxase, entre outros moitos, pola súa visión xeral e didáctica o noso

Aínda que en sede de competencia a proba por presuncións adquiriu un valor substancial, pois, mesmo tras unha inspección na sede das empresas, analizando a súa documentación e material informático, é infrecuente atopar unha proba directa e incuestionable do acordo, a xurisprudencia non dubida en rexeitar a evidencia de colusión recoñecida polas autoridades de competencia. Resulta ilustrativa desta situación a recente Sentenza da Audiencia Nacional, do 18 de decembro de 2020⁹⁰, que anula a Decisión da CNMC do 5 de setembro de 2016, no Expediente S/DC/0525/14, CEMENTOS⁹¹. Sen prexuízo do que poida resolver no seu día o Tribunal Supremo nun eventual recurso de casación, para a Sección 6.^a, da Sala do Contencioso da Audiencia Nacional:

“OITAVO.- (...) A xuízo da Sala, algúns dos correos analizados, aínda que sexan de referencia, reflicten, efectivamente, a existencia de contactos indebidos entre empresas desde o punto de vista da necesidade de manter unha conduta independente entre elas, pero a mera referencia de terceiros a condutas realizadas pola actora sen datos obxectivos que o avalen non permite telas por acreditadas.

Debe terse en conta, ademais que, como recorda a Sentenza do Tribunal Xeral do 6 de febreiro de 2014, no asunto T-27/10, AC-Treuhand AG: o concepto de infracción única refírese a unha situación na que varias empresas participan nunha infracción constituída por un comportamento continuado que ten unha única finalidade económica, dirixida a falsear a competencia, ou tamén por infraccións individuais relacionadas entre elas por unha identidade de obxecto (a mesma finalidade de todos os elementos) e de suxeitos (a identidade das empresas de que se trata, conscientes de participar no obxectivo común) (sentenzas do Tribunal do 8 de xullo de 2008, BPB/Comisión, T-53/03, Rec. p. II-1333, apartado 257, e Amann & Söhne e Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 89)”.

Agora ben, CEMEX é sancionada por participar nunha infracción única e continuada respecto da que non se acreditou, polas razóns expostas, que aquela coñecese o obxectivo ilícito anticompetitivo e que contribuíse á súa realización. Procede, en consecuencia, *“a estimación do recurso e a anulación da resolución impugnada”*.

Noutras ocasións, non obstante, os indicios obtidos do propio expediente resultan tan evidentes que a presunción de inocencia cede ante estes. Tal é o caso da confirmación polo Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG), na súa Sentenza 00131/2021, do 26 de marzo de 2021⁹², a Resolución 3/2019 - Licitación servizo salvamento e socorrismo nas praias da Coruña do Pleno da Comisión Galega da Competencia, do

traballo: RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A. "Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias", *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 12, n. 18, xaneiro-xuño 2020, pp. 155 a 182.

⁹⁰ ROX: SAN 4177/2020 - ECLI:ES:AN:2020:4177.

⁹¹ Esta resolución pódese consultar na web oficial da CNMC no enderezo https://www.cnmc.es/sites/default/files/960603_351.pdf.

⁹² Cfr. N.I.G.: 15030 33 3 2019 000114.

27 de xuño de 2019⁹³, na que a Sección 3 da Sala do Contencioso do dito TSXG rexeita a indefensión alegada por non se ter practicado a proba solicitada polas sancionadas en vía administrativa ante os múltiples indicios existentes, afirmando no seu fundamento xurídico quinto que:

“QUINTO.- (...) en efecto, a práctica daquelas probas segundo o artigo 51.1 da Lei 15/2017, non obstante, ese precepto deixa claras varias consideracións esenciais para resolver a cuestión formulada no caso que nos ocupa, como que a práctica da proba é potestativa e non obrigatoria e que esas probas deben referirse a probas distintas das xa practicadas ante a Dirección de Investigación na fase de instrución (efectivamente eses documentos xa foron tidos en conta) e precisamente os documentos pretendidos pola Federación refírense ao expediente de contratación do Concello da Coruña e ao expediente relativo ao recurso n. 34/2018, tidos en conta pola subdirección de investigación para elaborar o prego de concreción de feitos (así se recolle no EA no folio 908).

(...)

Non toda denegación, pois, ou silencio sobre as probas propostas pode dar lugar á nulidade da resolución, senón só aqueles casos cuxa súa omisión produza indefensión, cousa que no caso presente non ocorreu e, por outra parte, o artigo 24.2 CE non establece un dereito hipotético de poderse realizar unha actividade de proba ilimitada, e, como anticipamos, neste caso o artigo 51 da Lei 15/2007 sinala que a súa práctica será potestativa e sempre que se trate de probas que non fosen xa practicadas en fase de instrución, como o caso que nos ocupa.

Por último, sinalar como a xurisprudencia destaca que a denegación dunha proba en vía administrativa non causa indefensión, mesmo nos casos en que a denegación sexa tácita, por exemplo, cando resultase inútil e impertinente”.

Aínda nunha exposición tan sintética como esta debemos facer referencia á denominada “política de clemencia”⁹⁴, que lles permite aos que participaron nun cártel eludir a sanción que lles correspondería ou unha boa parte dela ou a terminación convencional⁹⁵ se a práctica non chegou a producir danos significativos, en espera

⁹³ Esta resolución pódese consultar na web oficial da Comisión Galega da Competencia, no enderezo https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Res_3_2019_CGC_gal.pdf.

⁹⁴ Para unha visión básica da clemencia, ademais da lectura dos artigos 65 e 66 LDC, dedicados respectivamente á “exención do pagamento da multa” e á “redución do importe da multa”, véxase MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., “Capítulo 7. Prohibición de prácticas colusorias (II): cárteles, clemencia y daños”, Beneyto Pérez, J.M. e Maíllo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 285 a 329.

⁹⁵ Cfr. o artigo 52 LDC. OLMEDO PERALTA, E., *Las decisiones de compromisos (commitment decisions) y la terminación convencional de los procedimientos en el Derecho de la competencia europeo y español*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2020.

de que a tramitación como proxecto de lei⁹⁶ do Real decreto–lei 7/2021 incorpore a LDC, ademais doutras reformas necesarias, a figura da transacción⁹⁷.

3.2 O abuso de posición de dominio na contratación pública

Pero a LDC e o TFUE consideran, ademais das condutas colusorias, igualmente prohibidas outras prácticas restritivas da competencia que poden darse tamén, aínda que en menor frecuencia, na contratación pública. Referímonos ao abuso de posición de dominio (art. 2 LDC e 102 TFUE) e ao falseamento da competencia por actos desleais que recolle o artigo 3 LDC.

O “*abuso de posición dominante*” (art. 102 TFUE e o seu correspondente nacional, o artigo 2 LDC) esténdese á explotación abusiva por unha ou varias empresas da súa posición de dominio en todo ou en parte do mercado europeo ou nacional.

Igual que en materia de acordos, a norma, tanto europea como nacional, ofrece exemplos de condutas abusivas, pero non define nin que é posición de dominio nin cando se pode afirmar que se abusa dela. Porén, ambos os dous preceptos ofrecen unha lista exemplificativa e non exhaustiva de supostos de abuso de posición dominante, tanto de exclusión ou de expulsión de competidores como explotativas, nas que o abuso pretende maximizar o poder de mercado á custa de provedores, clientes, etc.

Cítanse, así, como supostos de abuso de posición dominante:

a) A imposición, de forma directa ou indirecta, de prezos ou outras condicións comerciais ou de servizos non equitativos; b) a limitación da produción, a distribución ou o desenvolvemento técnico en prexuízo inxustificable das empresas ou dos consumidores; c) a negativa inxustificada a satisfacer as demandas de compra de produtos ou de prestación de servizos; d) a aplicación, nas relacións comerciais ou de servizos, de condicións desiguais para prestacións equivalentes que coloque uns competidores en situación desvantaxosa fronte a outros; ou e) a subordinación da celebración de contratos á aceptación de prestacións suplementarias que, pola súa natureza ou conforme os usos de comercio, non garden relación co obxecto deses contratos.

A prohibición aplicarase tamén nos casos en que a posición de dominio no mercado dunha ou varias empresas fose establecida por disposición legal.

O concepto de “*abuso*” dunha “*posición dominante*”⁹⁸ en dereito da competencia non se define na norma, que usa os conceptos de “*abuso*” e de “*posición dominante*” sen definilos en ningún momento. Por iso, como en xeral nos conceptos básicos do dereito da competencia, foi a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión

⁹⁶ Para máis información: https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=130%2F000047.

⁹⁷ A transacción, que xa existe no marco da UE, era unha das novidades que con motivo da transposición da Directiva ECN Plus incorporaba o malgrado que aparecía no anteproxecto de lei, do 31 de xullo de 2020. Cfr. https://www.mineco.gob.es/stffs/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/ECO_Pol_AP_20200731_MAIN_APL_ECN.pdf.

⁹⁸ Seguimos neste punto a BAENA, R., “Capítulo 10. Prohibición del abuso de posición dominante (I): aspectos generales y análisis de la posición de dominio individual y colectiva”, Beneyto Pérez, J.M. e Mailló González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 429-456.

Europea (TXUE) e do noso Tribunal Supremo as que o configuraron como unha noción “obxectiva”.

En concreto, para a xurisprudencia do TXUE, o concepto de “*abuso*” é “*un concepto obxectivo*” que se refire ás actividades dunha empresa en posición dominante que poden influír na estrutura dun mercado no que, debido xustamente á presenza da empresa de que se trate, a intensidade da competencia se atopa xa debilitada, e que producen o efecto de obstaculizar, por medios diferentes dos que rexen unha competencia normal de produtos ou servizos conforme as prestacións dos axentes económicos, o mantemento do nivel de competencia que aínda exista no mercado ou o desenvolvemento desa competencia⁹⁹.

Deste xeito, un abuso será calquera comportamento inxustificado dunha empresa dominante no mercado consistente en aproveitar esa posición de dominio para acadar vantaxes que serían inaccesibles en condicións de maior competencia.

Cómpre puntualizar que o prohibido non é a posición de dominio, senón que desde esa posición se realicen comportamentos que poidan reputarse abusivos. En consecuencia, a apreciación deste suposto exige determinar dúas cuestións básicas:

1) Delimitar un mercado relevante (de produto ou servizo, territorial e, se é o caso, temporal), dentro do que a empresa ou empresas concretas (“*posición de dominio conxunta ou colectiva*”) posúan un poder económico ou poder de mercado, entendido como aquel que lle permite impedir o mantemento dunha competencia efectiva no mercado relevante, facéndolle posible actuar, en boa medida, de xeito independente con respecto aos seus competidores, aos seus clientes e, en definitiva, aos consumidores (poder de mercado).

Fixada a posición dominante no mercado ou mercados de referencia porque se acredite ese poder no mercado ou mercados de referencia, a prohibición só se estende a aqueles comportamentos que, como confirmou a xurisprudencia, ademais de realizarse desde unha posición de poder de mercado: 1) poidan afectar a estrutura de mercado; 2) se fagan empregando métodos distintos da competencia baseada nos méritos que non serían posibles ou efectivos de non existir a posición dominante, 3) impidan ou dificulten o mantemento do nivel de competencia existente ou o seu incremento, e 4) provoquen un prexuízo a consumidores, clientes, provedores ou competidores.

A práctica recente recolle un interesante exemplo dos que poderían, se é o caso, reputarse un abuso de natureza explotativa (“*prezos excesión*”) nunha investigación acabada de iniciar pola CNMC, no mercado da fabricación e subministración en España do medicamento CDCA-Leadiant®.

Como informa a CNMC¹⁰⁰, este fármaco utilízase para o tratamento dunha anomalía metabólica que produce danos irreparables no organismo. Trataríase dun

⁹⁹ Por todas, STXUE do 13 de febreiro de 1979 no caso Hoffmann-La Roche (ECLI:EU:C:1979:36), punto 91.

¹⁰⁰ Vid. CNMC (nota de prensa) “A CNMC inicia un expediente sancionador contra Leadiant Biosciences Spa e Leadiant Biosciences Ltd por presuntas prácticas prohibidas pola Lei de defensa da competencia”, 22 de decembro de 2020. Acceso web: <https://www.cnmc.es/prensa/inocacion-leadiant-20201222>.

medicamento dos coñecidos como “orfos” xa que, como explica a CNMC, carece de alternativa terapéutica equivalente. Este expediente, aínda en curso, foi ampliado pola CNMC¹⁰¹.

A CNMC ampliou ese expediente en curso para incluír a Leadiant GmbH e Sigma Tau Arzneimittel GmbH no expediente sancionador do mercado do medicamento “orfo” CDCA-Leadiant®.

3.3 O falseamento da competencia por actos desleais na contratación pública

A nosa lexislación interna (LDC) inclúe tamén, como xa anticipamos, unha conduta prohibida singular; isto é, que non recolle nin o dereito europeo da competencia (o Tratado de Funcionamento da Unión Europea ou TFUE) nin a Sherman Act norteamericana. Referímonos ao falseamento da competencia por actos desleais, cuxa aplicación ao campo da contratación pública foi evidenciada no seu día polo Consello Galego da Competencia e hoxe pola Comisión Galega da Competencia, que en diversas resolucións sancionou a ilicitude competitiva do incumprimento por parte dun licitador incumbente; é dicir, titular da concesión que sae novamente a licitación, da información que o órgano de contratación lle require (pois é ese operador quen a coñece), respecto do persoal adscrito á concesión que, se é o caso, debería subrogarse.

Referímonos ao cumprimento efectivo do actual artigo 130 LCSP, relativo á “*información sobre as condicións de subrogación en contratos de traballo*”. Conforme o primeiro dos seus apartados:

“1. Cando unha norma legal, un convenio colectivo ou un acordo de negociación colectiva de eficacia xeral lle impoñan ao adxudicatario a obriga de subrogarse como empregador en determinadas relacións laborais, os servizos dependentes do órgano de contratación deberán facilitarlle aos licitadores, no propio prego, a información sobre as condicións dos contratos dos traballadores aos que afecte a subrogación que resulte necesaria para permitir unha exacta avaliación dos custos laborais que implicará tal medida, debendo facer constar igualmente que tal información se facilita en cumprimento do previsto neste artigo.

Para estes efectos, a empresa que viñese efectuando a prestación obxecto do contrato a adxudicar e que teña a condición de empregadora dos traballadores afectados estará obrigada a proporcionarlle a referida información ao órgano de contratación por requirimento deste. Como parte desta información, en todo caso deberanse achegar as listaxes do persoal obxecto de subrogación, indicándose: o convenio colectivo de aplicación e os detalles de categoría, tipo de contrato, xornada, data de antigüidade, vencemento do contrato, salario bruto anual de cada traballador, así como todos os pactos en vigor aplicables aos traballadores aos

¹⁰¹ Cfr. CNMC (nota de prensa), “A CNMC inclúe Leadiant GmbH e Sigma Tau Arzneimittel GmbH no expediente sancionador do mercado do medicamento “orfo” CDCA-Leadiant®”, 11 de febreiro de 2021. Acceso web: <https://www.cnmc.es/novedad/ampliacion-incoacion-leadiant-medicamento-huerfano-cnmc-20210211>.

que afecte a subrogación. A Administración comunicaralle ao novo empresario a información que lle fose facilitada polo anterior contratista”.

Primeiro o Pleno do Consello Galego da Competencia (antecesor da actual Comisión Galega da Competencia), no Expdte. S 10/2014, que foi a súa Resolución do 6 de xuño de 2016, Licitación pública seguridade Concello de Lugo, que, aínda que foi anulada polo Tribunal Superior de Xustiza de Galicia na súa Sentenza 128/2018, do 28 de marzo de 2018, na que o tribunal considerou que a información achegada pola sancionada non incorrera na exixencia legal, sen cuestionar en ningún caso a posible aplicación do artigo 3 LDC.

Posteriormente, o PCGC aplicou igualmente o artigo 3 LDC ao apreciar que ao incumprir o deber de achegar a información solicitada se afectaba deslealmente a competencia, no sentido do artigo 15 LDC. Referímonos ao xa citado caso Arriva, e á súa Resolución 3/2020 - ARRIVA NOROESTE, S.L. (na actualidade, ARRIVA GALICIA, S.L.¹⁰²).

4 Consideracións finais e perspectivas de futuro

Chegados a este punto, son plenamente consciente das cousas que me quedan por explicar. Non obstante, creo ter ofrecido unha panorámica xeral das relacións entre contratación pública e competencia que, lonxe de diminuír, se incrementarán en breve.

A razón non vai estar no desenvolvemento futuro do artigo 150 LCSP, que tarde ou cedo se producirá, senón na cada vez mellor formación que no ámbito da competencia están a adquirir os xa expertos en contratación pública e na percepción que estes teñan de que os obxectivos que perseguen as autoridades de competencia son, en gran medida, coincidentes e, en todo caso, complementarios dos seus.

As sancións de competencia tratan de disuadir os que tratan de sacar vantaxe ilegalmente da contratación pública á custa do erario e dos seus rivais honestos. Os técnicos de competencia e as autoridades de competencia formamos parte do mesmo equipo, como a sempre leal infantaría e a non menos nobre artillaría pesada. Usar unhas ou outras armas dependerá do caso e o éxito do resultado, da habilidade para combinar os dous instrumentos, a LCSP e a LDC. Ás autoridades de competencia correspóndelles ademais un labor que non abordamos neste traballo e talvez fagamos no futuro, a promoción da competencia ou “*advocacy*”, non menos relevante que a defensa da competencia, pero, a diferenza desta, máis cargada de futuro.

Ánimo a todos.

¹⁰² Cfr. o punto 6.3. - Falseamento da competencia por actos desleais, desta resolución, dispoñible na web oficial CGC no enderezo https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/RES_3_2020_cast_0.pdf.

Bibliografía

- ALMENAR, J., ALCARAZ, C. e IRISSARRY, B., “El Supremo invita a pedir la suspensión cautelar de las prohibiciones para contratar aunque no sean inmediatamente ejecutivas”, *Boletín Clifford Chance*, octubre, 2021. Acceso web: <https://www.cliffordchance.com/briefings/2021/10/el-supremo-invita-a-pedir-la-suspension-cautelar-de-las-prohibic.html>.
- ALONSO SOTO, E., “La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales (1)”, *Noticias de Competencia*, Gómez-Acebo & Pombo, Madrid, 2012. Acceso web: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/LA-RESPONSABILIDAD-DE-LA-SOCIEDAD-MATRIZ-POR-LAS-PRACTICAS-ANTICOMPETITIVAS-DE-SUS-FILIALES.pdf>.
- BACHES OPI, S., “La prohibición de contratar con las administraciones públicas por infracciones del Derecho de la competencia: «Setung a sale on a sea of doubts»”, Canedo Arrillada, M.P. (dir.), *La competencia como motor de desarrollo económico*, Aranzadi, Pamplona, 2018.
- BAENA, R., “Capítulo 10. Prohibición del abuso de posición dominante (I): aspectos generales y análisis de la posición de dominio individual y colectiva”, Beneyto Pérez, J.M. e Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2017.
- BENEYTO PÉREZ, J.M. e MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, 2 vols., Bosch, Barcelona, 2017.
- DÍAZ ESTELLA, F., “Las complicadas relaciones entre la Ley de defensa de la competencia y la Ley de competencia desleal”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n. 213, 2001.
- DÍAZ ESTELLA, F., “¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 5, 2005.
- DÍAZ ESTELLA, F., “El artículo 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales”, *Noticias de la Unión Europea*, n 330, 2012 (exemplar dedicado a: derecho da competencia).
- DÍAZ ESTELLA, F., “El art. 3 LDC falseamiento de la competencia por actos desleales”, Beneyto Pérez, J.M. e Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, tomo 1, Bosch, Barcelona, 2017 (tomo I).
- FERNÁNDEZ ESTUDILLO, J.M., “El principio de proposición única, la presentación de proposiciones por empresas vinculadas y los acuerdos colusorios”, *Observatorio de la Contratación Pública*, 7 de abril de 2014. Acceso web: <http://obcp.es/opiniones/el-principio-de-proposicion-unica-la-presentacion-de-proposiciones-por-empresas>.
- GONZÁLEZ DE ZÁRATE, P., “Los tribunales vuelven a cuestionar el «test de capacidad» utilizado por la CNMC y la ACCO a la hora de analizar la compatibilidad de las UTEs con el derecho de la competencia”, *Blog Ramón y Cajal Abogados*,

Regap

ESTUDIOS

- 17 de xuño de 2021. Acceso web: <https://www.ramonycajalabogados.com/es/noticias/los-tribunales-vuelven-cuestionar-el-test-de-capacidad-utilizado-por-la-cnmc-y-la-acco-la>.
- IBÁÑEZ COLOMO, P., “Persistent myths in competition law (II): «the analysis of the counterfactual is not relevant when a practice is restrictive by object»“, *Chilling Competition*. Acceso web: <https://chillingcompetition.com/2019/05/30/persistent-myths-in-competition-law-ii-the-analysis-of-the-counterfactual-is-not-relevant-when-a-practice-is-restrictive-by-object/>.
- INFONALIA, “Presentación de ofertas por empresas pertenecientes al mismo grupo”, *INFONALIA. Consultoría de Licitación Pública*, 18 de decembro de 2020. Acceso web: <https://www.infonalia.es/presentacion-de-ofertas-por-empresas-pertenecientes-al-mismo-grupo/>.
- MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., “Capítulo 7. Prohibición de prácticas colusorias (II): cárteles, clemencia y daños”, Beneyto Pérez, J.M. e Mailló González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2017.
- MIÑO LÓPEZ, A.M., *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019.
- MIÑO LÓPEZ, A.M., “Prácticas anticompetitivas en el ámbito de los encargos a medios propios”, Díaz Bravo, E. e Moreno Molina, J.A. (dirs.), *Contratación pública global: Visiones comparadas*, Tirant lo Blanch, Universidad Santo Tomás (Chile), Chile, 2020.
- MIÑO LÓPEZ, A.M., “La comunicación de prácticas anticompetitivas a las autoridades de defensa de la competencia por los órganos de la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 212, 2021.
- MIÑO LÓPEZ, A.M., “Programas de cumplimiento y defensa de la competencia en la contratación pública: principios y modalidades”, *Diario La Ley*, n. 9813, 2021.
- NEIRA BARRAL, D., “Los efectos de la Directiva ECN+ en el sistema de competencia español”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 61, febreiro/xuño 2021.
- OLMEDO PERALTA, E., *Las decisiones de compromisos (commitment decisions) y la terminación convencional de los procedimientos en el Derecho de la competencia europeo y español*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2020.
- PÉREZ DELGADO, M. e RODRÍGUEZ PÉREZ, R.P., “Exclusión del licitador por prácticas colusorias”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 173, Sección: La administración opina, maio-xuño 2021.
- REALP i CAMPALANS, M., “La lucha contra la colusión en la contratación pública”, *Economía Industrial*, n. 415, 2020. Acceso web: <https://www.minetur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/415/REALP%20i%20CAMPALANS.pdf>.
- RINCÓN GARCÍA DE LOIGORRI, A., “¿Qué es un cártel para la CNMC?”, Beneyto Pérez, J.M. e Mailló González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Pandemia, ayudas de Estado y ayudas a los estados: el reto de la eficiente asignación de recursos públicos en tiempos de crisis”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 60, xullo–decembro 2020. Acceso web: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/issue/view/289/PDF%20Galego>.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “El reto de la implantación de los PDC en materia antitrust en España”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n. 17, 2015.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Capítulo 4. Autoridades responsables de la lucha contra los cárteles en España y la Unión Europea”, Beneyto Pérez, J.M. e Maillo González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Capítulo 21: Prevención de cárteles, promoción de la competencia y programas de cumplimiento”, Beneyto Pérez, J.M. e Maillo González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 12, n. 18, xaneiro–xuño 2020.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Compliance y Defensa de la Competencia: La Promoción de la Cultura del Cumplimiento Antitrust «en el Sector Público»”, Campos Acuña, M.^ªC. (dir.), *Guía Práctica del Compliance en el Sector Público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., PÉREZ FERNÁNDEZ, P. e SUDEROW, J., “Una visión integral de la prevención de los cárteles: análisis desde la perspectiva de las empresas, las Administraciones Públicas y las autoridades de competencia”, Beneyto Pérez, J.M. e Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- SALA ARQUER J.M., GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, A., MASSAGUER FUENTES, J. e FOLGUERA CRESPO, J. (dirs.), *Comentario a la Ley de defensa de la competencia (Dúo)*, 2 vols., 6.^ª ed., Civitas, Madrid 2020.
- SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. e ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 47, 2017. Acceso web: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5663/documento/esp05.pdf?id=7553>.
- SUDEROW, J., “Europa: STJUE 24.10.18, C 124/17, Vossloh laeis GMBH y Stadtwerke münchen GMBH Contratación pública, compliance y acciones de daños”, *os-servatorioantitrust.eu*, 7 de novembro de 2018. Acceso web: <https://www.os-servatorioantitrust.eu/es/europa-stjue-24-10-18-c-124-17-vossloh-laeis-gmbh-y-stadtwerke-munchen-gmbh-contratacion-publica-compliance-y-acciones-de-danos>.
- VÁZQUEZ, J., “La comunicación sobre prácticas colusorias en contratación pública”, *Guías Prácticas con Recursos y consejos para luchar contra la colusión en contratación*

pública, 26 de maio de 2021. Acceso web: <https://www.javiervazquezmatilla.com/la-comunicacion-sobre-practicas-colusorias-en-contratacion-publica/>.
VÉLEZ, A.M., “Competencia advierte de que los cárteles para repartirse contratos públicos copan la mitad de las multas que impone”, *eldiario.es*, 28 de abril de 2021. Acceso web: https://www.eldiario.es/economia/competencia-advierte-carteles-repartirse-contratos-publicos-copan-mitad-multas-impone_1_7879944.html.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_xullo-decembro 2021 | pp. 47-67
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4859>
© Alejandro Ramón Antelo Martínez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 02/11/2021 | Aceptado: 16/12/2021

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Entidades de certificación, entidades de colaboración e simplificación administrativa en Galicia

Entidades de certificación,
entidades de colaboración
y simplificación
administrativa en Galicia

Certification entities,
collaboration entities
and administrative
simplification in Galicia

62 Regap

Regap

ESTUDIOS

ALEJANDRO RAMÓN ANTELO MARTÍNEZ

Doutor en Dereito

Secretario de Administración Local. Categoría superior
Concello de Neda (Galicia, España)

alejandro.antelo@neda.gal

Resumo: As entidades de certificación de conformidade municipal, creadas pola Lei 9/2013, do 19 de decembro, do emprendemento e da competitividade económica de Galicia, a prol do mandato de simplificación de procedementos contido na Directiva de servizos da Unión Europea, experimentaron cambios substanciais a partir da aprobación da Lei 9/2021, do 25 de febreiro, de simplificación administrativa e de apoio á reactivación económica de Galicia, a cal, pola súa vez, crea as entidades de colaboración ambiental. A ambas as dúas entidades dedica o seu obxecto este estudo, con atención aos seus antecedentes e á situación actual.

Palabras clave: Simplificación de procedementos, actividades empresariais, entidades certificadoras, entidades colaboradoras.

Resumen: Las entidades de certificación de conformidad municipal, creadas por la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia, en aras del mandato de simplificación de procedimientos contenido en la Directiva de servicios de la Unión Europea, han experimen-

tado cambios substanciales a partir de la aprobación de la Ley 9/2021, de 25 de febrero, de simplificación administrativa y de apoyo a la reactivación económica de Galicia, la cual, a su vez, crea las entidades de colaboración ambiental. A ambas entidades dedica su objeto este estudio, con atención a sus antecedentes y a la situación actual.

Palabras clave: Simplificación de procedimientos, actividades empresariales, entidades certificadoras, entidades colaboradoras.

Abstract: The municipal compliance certification entities, created by Law 9/2013, of December 19, on entrepreneurship and the economic competitiveness of Galicia, for the sake of the mandate to simplify procedures contained in the Services Directive of the European Union, has undergone substantial changes since the approval of Law 9/2021, of February 25, on administrative simplification and support for the economic reactivation of Galicia, which, in turn, creates environmental collaboration entities. This study dedicates its object to both entities, with attention to their antecedents and the current situation.

Key words: Simplification of procedures, business activities, certifying entities, collaboration entities.

SUMARIO: 1 Preliminar: a Directiva de servizos na orixe. 2 As entidades de certificación de conformidade municipal. 2.1 A Lei 9/2013, do 19 de decembro, do emprendemento e da competitividade económica de Galicia. 2.2 O Decreto 144/2016, do 22 de setembro, que aproba o Regulamento único de regulación integrada de actividades económicas e apertura de establecementos en Galicia. 2.3 A Lei 10/2017, do 27 de decembro, de espectáculos públicos e actividades recreativas de Galicia. 3 A Lei 9/2021, do 25 de febreiro, de simplificación administrativa e de apoio á reactivación económica de Galicia. 3.1 Entidades de colaboración ambiental. 3.2 Novas funcionalidades das entidades de certificación de conformidade municipal. 4 Reflexións conclusivas.

1 Preliminar: a Directiva de servizos na orixe

É posible afirmar que ningunha norma comunitaria incidiu tanto, nos últimos tempos, no dereito administrativo económico dos Estados membros da Unión Europea como a Directiva de servizos¹ (Directiva 2006/123/CE, do 12 de decembro, do Parlamento Europeo e do Consello, relativa á libre prestación de servizos no mercado interior –frecuentemente aludida como Directiva Bolkestein–), pois non soamente “desde as súas orixes, a Unión Europea constitúe unha comunidade de dereito², senón que autores como OTTO BACHOF ou JÜRGEN SCHWARZE chegaron a afirmar que “o dereito da Comunidade Europea está composto por regras de dereito administrativo e, sobre todo, de dereito administrativo económico”³.

A Directiva de servizos apróbase coa finalidade de dar cumprimento aos principios de “liberdade de establecemento” e de “liberdade de prestación”, formulados

¹ Afirma, ao respecto, MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 21, 2009, p. 3, que “nunca unha directiva comunitaria tivera tanta ambición regulatoria, nin afectara de xeito tan xeral ás prácticas administrativas enraizadas nos Estados membros”.

² Cfr. CALONGE VELÁZQUEZ, A., “El artículo 7 del Tratado de la Unión Europea: un mecanismo de protección del Estado de Derecho. Análisis crítico de su contenido”, Guayo Castiella, Í. del e Fernández Carballal, A. (coords.), *Los desafíos del Derecho Público en el Siglo XXI. Libro conmemorativo del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2019, p. 129.

³ Cítase estes autores a través de CALONGE VELÁZQUEZ, A., “El artículo 7 del Tratado de la Unión Europea: un mecanismo de protección del Estado de Derecho. Análisis crítico de su contenido”, cit., p. 129; e de CALONGE VELÁZQUEZ, A., “El concepto de Administración Pública en la Unión Europea: Administración pública nacional y Administración pública comunitaria”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 19, 2010, p. 11.

respectivamente nos artigos 49 e 56 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE): e, para a consecución deste ambicioso obxectivo, o principal instrumento que prevé consiste na substitución xeneralizada da autorización como réxime prevalente de intervención nas actividades de servizos (art. 9.1.º).

Agora ben, sendo este o núcleo central da Directiva Bolkestein, a propia norma comunitaria arbitra outras medidas para acadar os seus obxectivos, de entre as cales é agora relevante para a finalidade do noso estudo a relativa á “simplificación dos procedementos”, respecto da cal di o artigo 5.1.º: “Os Estados membros verificarán os procedementos e trámites aplicables ao acceso a unha actividade de servizos e ao seu exercicio. Cando os procedementos e formalidades estudados de conformidade con este apartado non sexan o suficientemente simples, os Estados membros simplificaranos”.

É certo que o ámbito de aplicación da Directiva de servizos é amplo⁴, como se pon de manifesto no seu considerando 33⁵, pero non ilimitado⁶, e tamén é contrastable que rápida e progresivamente os seus postulados se estenderon a outros ámbitos competenciais das administracións públicas que inicialmente non entraban dentro do seu obxecto.

O método elixido pola Administración xeral do Estado para traspor a Directiva de servizos⁷ consistiu no que o Consello de Estado⁸ chamou transposición en dous niveis: en primeiro lugar, procedeuse a aprobar unha lei horizontal (“Lei paraugas” –Lei 17/2009, do 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio–) para incorporar ao ordenamento xurídico estatal os principios reitores da norma europea; e con posterioridade, aínda que, practicamente de xeito simultáneo,

⁴ Vid. ao respecto PARICIO RALLO, E., “Cuestiones jurídicas sobre la aplicación de la Directiva de Servicios”, *Cuadernos de Derecho Local QDL*, n. 21, 2009, p. 140.

⁵ “Nesta directiva, o concepto de servizo inclúe actividades enormemente variadas e en constante evolución; entre elas cóntanse as seguintes: servizos destinados ás empresas, como os servizos de asesoramento sobre xestión, servizos de certificación e de ensaio, de mantemento, de mantemento de oficinas, servizos de publicidade ou relacionados coa contratación de persoal ou os servizos de axentes comerciais. O concepto de servizo inclúe tamén os servizos destinados tanto ás empresas como aos consumidores, como os servizos de asesoramento xurídico ou fiscal, os servizos relacionados cos inmobles, como as axencias inmobiliarias, ou coa construción, incluídos os servizos de arquitectos, a distribución, a organización de feiras ou o aluguer de vehículos e as axencias de viaxes. Os servizos destinados aos consumidores quedan tamén incluídos, como os relacionados co turismo, incluídos os guías turísticos, os servizos recreativos, os centros deportivos e os parques de atraccións, e, na medida en que non estean excluídos do ámbito de aplicación da Directiva, os servizos a domicilio, como a axuda ás persoas de idade. Estas actividades poden constituír ao mesmo tempo servizos que requiren unha proximidade entre prestador e destinatario, servizos que implican un desprazamento do destinatario ou do prestador e servizos que se poden prestar a distancia, mesmo a través de Internet”.

⁶ Así, o artigo 2.2.º da directiva establece que non se aplicará ás actividades seguintes: os servizos non económicos de interese xeral; os servizos financeiros; os servizos sanitarios; os servizos de seguridade privados; etc.

⁷ Obxecto de certas críticas doutrinais, como a realizada por PAREJO ALFONSO, L., “La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 6, 2009, pp. 39-41, que considerou a Lei paraugas como unha lei redundante e innecesaria, pois supón unha reiteración dos mandatos e principios recollidos na Directiva de servizos; ou a exposta por URRUTIA LIBARONA, I. “Cuestiones competenciales derivadas del proceso de incorporación de la Directiva de Servicios”, Nogueira López, A. (dir.), *La Termita Bolkestein, Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 55, que se chega a preguntar se resultaba necesaria a Lei paraugas, para concluír que “o efecto principal que se buscaba coa súa aprobación radica non tanto na plena incorporación da Directiva de servizos, senón na vontade do lexislador de dirixir e condicionar o ulterior proceso de revisión normativa”.

⁸ Ditame 99/2009, do 18 de marzo.

aproboouse unha “Lei ómnibus” (Lei 25/2009, do 22 de decembro, de modificación de diversas leis para a súa adaptación á Lei 17/2009).

Esta Lei ómnibus xa adianta, no sentido exposto, en que medida os principios da Directiva de servizos se poden estender, desde os inicios de incorporación desta norma europea ao dereito interno, a ámbitos distintos daqueles que constitúen o seu propio obxecto. É paradigma diso a modificación que fai, no ámbito local, do artigo 84 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local (LRBRL), para dispor (entre outras novidades) que “as entidades locais poderán intervir a actividade dos cidadáns a través dos seguintes medios: c) sometemento a comunicación previa ou a declaración responsable, de conformidade co establecido no artigo 71 bis da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común”; precepto este último da Lei 30/1992 que, introducido igualmente pola “Lei ómnibus”, definía e determinaba, con carácter xeral para todas as administracións públicas, o alcance das declaracións responsables e das comunicacións previas (regulación hoxe contida na Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, que derroga á anterior Lei 30/1992).

A partir destas dúas leis “paraugas” e “ómnibus”, prodúcese unha transposición “en fervenza” da Directiva de servizos, nos numerosos ámbitos sectoriais influídos pola norma europea⁹, tanto por parte do Estado como por parte das comunidades autónomas. Xa que, aínda que desde algún sector doutrinal “se tratou de xustificar o práctico monopolio estatal na transposición de directivas recorrendo á vinculación das materias reguladas vía directiva con aspectos económicos e a conseguinte existencia, sinalada polo Consello de Estado, de amplos títulos en materia económica”¹⁰, como son sinaladamente bases e coordinación da planificación xeral da actividade económica *ex* artigo 149.1.13.^a CE, lexislación mercantil *ex* artigo 149.1.6.^a CE, lexislación civil *ex* artigo 149.1.8.^a, *et alt.*, non por iso deixa de ser efectivo o “principio de non alteración competencial” na incorporación do dereito da Unión Europea aos ordenamentos internos dos Estados membros. Así, o Tribunal Constitucional, en Sentenza do 28 de maio de 1992¹¹, dixo que “o Estado non pode ampararse por principio na súa competencia exclusiva sobre as relacións internacionais (art. 149.1.3.^a CE) para estender o seu ámbito competencial a toda actividade que constituía desenvolvemento, execución ou aplicación dos convenios e tratados internacionais e, en particular, do dereito derivado europeo. Se así fose, dada a progresiva ampliación da esfera material de intervención da Comunidade Europea, debería producirse un

⁹ Sobre as dificultades da transposición da Directiva de servizos nun “Estado multidescentralizado” como o noso, xa alertou RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios: panorámica general y balance de su transposición en España”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 317, 2011, p. 8.

¹⁰ *Vid.* DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “La transposición de las Directivas que inciden en la regulación económica: la utilización del título competencial del artículo 149.1.13 CE”, Arzo Santisteban, X. (dir.), *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*, Generalitat de Cataluña, Institut de Estudis Autonòmics, Barcelona, 2013, p. 245.

¹¹ Conflictos positivos de competencia acumulados números 1.081/1986 134/1987, 168/1987, 805/1987, 1.111/1987, 1.113/1987, 1.329/1987, 333/1988, 967/1988, 1.171/1988, 1.759/1988, 1.760/1988, 1.891/1988, 125/1989 y 1.692/1989.

baleirado notable da área de competencias que a Constitución e os estatutos lles atribúen ás comunidades autónomas”.

A Comunidade Autónoma de Galicia tamén aproba a súa lei “ómnibus”, a Lei 1/2010, do 11 de febreiro, de modificación de diversas leis para a súa adaptación á Directiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 12 de decembro de 2006, e a partir desta transposición de primeiro nivel¹² sucesivamente vai aprobando diversas leis e regulamentos tendentes a incorporar os mandatos da Directiva de servizos ao ordenamento xurídico autonómico, co obxectivo, polo tanto, de dar entrada, alí onde sexa posible, aos réximes de comunicación previa ou declaración responsable (como substitutivos da tradicional licenza ou autorización¹³), e, en definitiva, de simplificar os procedementos, posto que estes títulos habilitantes alternativos á licenza ou autorización supoñen tamén unha simplificación dos procedementos administrativos¹⁴.

Ao mandato de simplificación contido na Directiva de servizos, oriéntase a regulación das entidades de certificación de conformidade municipal e as entidades de colaboración, dentro do proceso de transición dunha “Administración autorizadora a unha Administración comprobadora”¹⁵, que implica a norma comunitaria, e ao seu marco normativo, alcance e evolución dedicaremos as seguintes liñas.

2 As entidades de certificación de conformidade municipal

Con carácter xeral, a doutrina defende que a habilitación para o exercicio de potestades públicas de control, inspección e certificación por parte de entidades privadas soamente pode ser acordada polo lexislador, xa que supoñen unha translación de funcións públicas cara a entes privados¹⁶, sen que polo tanto resulte suficiente unha mera delegación contractual.

¹² Cómpre destacar un precedente, a Lei 7/2009, do 22 de decembro, de modificación da Lei 10/1988, do 20 de xullo, de ordenación do comercio interior de Galicia, que, en todo caso, supuxo unha tímida adaptación á Directiva de servizos, xa que segue establecendo unha xeneralizada suxeición a licenza municipal para a apertura de todo establecemento comercial. Pode verse ao respecto PÉREZ GONZÁLEZ, C., “Comentarios sobre la transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Galicia, en la apertura de establecimientos comerciales”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 6, 14 de abril de 2010, p. 875.

¹³ Máis alá dos intentos académicos por deslindar as dúas figuras, con frecuencia “autorización” e “licenza” empréganse anfiboloxicamente, pois, como afirma LAGUNA DE PAZ, J.C., *La autorización administrativa*, Thomson Civitas, 1.ª ed., Cizur Menor, 2006, p. 52, “son indistintamente utilizados polas normas, aparentemente, sen máis criterio que a rutina da súa aplicación a uns ou outros sectores (...) [e] todos eles se refiren á mesma técnica de intervención administrativa, para a que, de xeito xenérico, reservamos a cualificación de autorización”.

¹⁴ Neste sentido, NEVADO-BATALLA, P., “Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio”, Rivero Ortega, R. (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 174-177, apunta que un dos paradigmas da simplificación administrativa da Directiva de servizos consiste no limitado emprego da técnica autorizatoria.

¹⁵ Cfr. NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La Administración comprobadora: Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, Nogueira López, A. (dir.), *La Termite Bolkestein, Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 99.

¹⁶ Cfr. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV. La actividad regulatoria de la Administración*, Ministerio da Presidencia-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 256; ESTEVE PARDO, J., *Autorregula-*

As entidades de certificación de conformidade municipal regúlanse por primeira vez na Comunidade Autónoma de Galicia na Lei 9/2013, do 19 de decembro, do emprendemento e da competitividade económica de Galicia (LECG), cuxo estudo realizamos seguidamente.

2.1 A Lei 9/2013, do 19 de decembro, do emprendemento e da competitividade económica de Galicia

Chegouse a afirmar que a liberalización que articula a Directiva de servizos contribuíu a depurar os excesos derivados dun longo intervencionismo da Administración, moitas veces acrítico e mecánico¹⁷, pero tamén é certo, ao mesmo tempo, que a certeza que xera a licenza ou autorización administrativa desaparece a prol dunha maior celeridade¹⁸, trasladando ao cidadán responsabilidades ata entón inherentes á Administración autorizante.

Neste contexto liberalizador, a LECG crea as entidades de certificación de conformidade municipal (ECCOM), “para dar seguridade xurídica ao interesado, a terceiros e á propia Administración (...), na procura de que a instalación, implantación ou exercicio de calquera actividade económica, empresarial, profesional, industrial ou comercial poida realizarse no menor tempo posible (...)”¹⁹.

O artigo 47.1 da LECG defíneas como “aquelas que, despois de teren sido autorizadas pola Administración, tendo capacidade plena de obrar e actuando baixo a súa responsabilidade, se constitúan coa finalidade de desenvolver en todo o territorio da Comunidade Autónoma de Galicia actuacións de certificación, verificación, inspección e control da conformidade de instalacións, establecementos e actividades coa normativa de aplicación no ámbito municipal e que dispoñan dos recursos humanos, materiais e financeiros necesarios para realizalas, de acordo con esta lei e o que se estableza regulamentariamente”.

O ámbito de aplicación das ECCOM vén dado, loxicamente, polo obxecto da LECG, ao cal alude no seu artigo 1, para afirmar, por unha banda, que “constitúe o obxecto desta lei a definición dun marco específico na Comunidade Autónoma de Galicia que incentive a creación e implantación de empresas e o seu posterior desenvolvemento, a través da xeración de cultura emprendedora, a formación, a flexibilización dos trámites administrativos, a ampliación dos prazos de validez dos permisos (...)”

ción. Génesis y efectos, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 173. Por su parte, LAGUNA DE PAZ, J.C., “Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación”, *Revista de Administración Pública*, n. 185, maio-agosto 2011, pp. 99-100, considera que a externalización destas funcións é unha técnica de xestión, e o seu obxecto non é, polo tanto, a competencia administrativa nin o seu exercicio, de modo que “se produce un repregamento da intervención pública, que se sitúa augas arriba”.

¹⁷ Vid. FERNÁNDEZ TORRES, J.R., “Significado y fundamentos de la Directiva de Servicios”, Aguado i Cudolá, V. e Noguera de la Muela, B. (dirs.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, p. 55.

¹⁸ Vid. MARNOTES GONZÁLEZ, A., “La Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia. Aspectos urbanísticos y entidades de certificación de conformidad municipal (ECCOM)”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 51, xaneiro-xuño 2016, p. 264.

¹⁹ Vid. exposición de motivos, apartado 8.

(apartado 1), e, por outra banda, que “tamén é obxecto desta lei a regulación do réxime xurídico e dos instrumentos de intervención administrativa aplicables á instalación e apertura de establecementos e ao exercicio de actividades económicas (...)” (apartado 2).

Así pois, as ECCOM van actuar en dous ámbitos acoutados: un primeiro, coincidente coas tradicionalmente chamadas “licenzas de actividade”, que o artigo 23 da LECG afirma que se suprimen “con carácter xeral”, cando o certo é que procede á súa supresión “absoluta”, non xeral; e un segundo ámbito, determinado polos espectáculos públicos e actividades recreativas. Xa que, en efecto, e de acordo con este artigo 23 citado (incardinado no título III, capítulo I), constitúe o obxecto da LECG “a instalación, implantación ou exercicio de calquera actividade económica, empresarial, profesional, industrial ou comercial”, e pola súa vez, de acordo co capítulo III do título I da propia lei, tamén é obxecto da norma “os espectáculos públicos e as actividades recreativas”, definindo os primeiros como “as representacións, exhibicións, actuacións, proxeccións, competicións ou audicións de concorrencia pública, de carácter artístico, cultural, deportivo ou análogo” (art. 39.1), e as segundas como “aquelas que ofrecen ao público, espectadores ou participantes, actividades, produtos ou servizos con fins de lecer, recreo ou entretemento” (art. 39.2).

En canto ás súas funcionalidades, o artigo 49.1 da LECG declara que “as entidades de certificación de conformidade municipal (ECCOM) certificarán, verificarán, inspeccionarán ou controlarán se a instalación, implantación ou exercicio de calquera actividade, económica, empresarial, profesional, industrial ou comercial, é conforme coa normativa sectorial e coa aplicable no municipio onde se realicen ou pretendan realizar”, completando esta disposición o apartado 2 do propio artigo 49 ao afirmar que “nas súas actuacións, as ECCOM poderán emitir certificados, actas, informes e ditames, que poderán ser asumidos pola Administración pública competente sen prexuízo das súas competencias”.

Estas previsións do artigo 49 non resultan suficientes por si mesmas para configurar axeitadamente o alcance das funcións que poden asumir as ECCOM, xa que, cando o artigo 47.3 da propia LECG establece que “as ECCOM serán as únicas responsables fronte ás administracións públicas do contido das súas certificacións, verificacións, inspeccións e controis da conformidade, substituindo a súa actuación a responsabilidade dos demais interesados”, pode deducirse que estas entidades de certificación de conformidade municipal soamente van poder actuar por conta dos interesados que pretendan solicitar unha licenza municipal ou presentar unha comunicación previa ou declaración responsable, cando o certo é que esta é unha das posibilidades de actuación que teñen, pero non a única; por iso, as previsións da LECG deben ser estudadas á luz do desenvolvemento regulamentario levado a cabo polo Decreto 144/2016, do 22 de setembro, que aproba o Regulamento único de regulación integrada de actividades económicas e apertura de establecementos en Galicia (RIAE).

Regap

ESTUDIOS

2.2 O Decreto 144/2016, do 22 de setembro, que aproba o Regulamento único de regulación integrada de actividades económicas e apertura de establecementos en Galicia

O RIAE, aprobado polo Decreto 144/2016, do 22 de setembro, diferencia dúas funcións das ECCOM: por un lado, as de certificación de conformidade municipal, e, por outro, e como complemento ás previsións da LECG, as de colaboración coa Administración municipal.

Polo que respecta ás funcións de certificación de conformidade municipal, a principal nota distintiva vén dada polo carácter voluntario ou potestativo para os interesados en presentar unha comunicación previa ou solicitar unha licenza ante a Administración municipal.

Así o pon de manifesto o artigo 50.2 do RIAE cando afirma que “as persoas interesadas en presentar unha comunicación previa ou unha solicitude de licenza ante a Administración municipal no ámbito de aplicación deste regulamento poden dirixirse á entidade da súa elección, dentro das que estean habilitadas para desenvolver actuacións de certificación de conformidade municipal no territorio da Comunidade Autónoma de Galicia, co fin de solicitar a realización da función de certificación de conformidade respecto da instalación, establecemento, actividade ou obra que vaia ser obxecto da comunicación previa ou da solicitude de licenza”.

Este carácter potestativo foi corroborado xurisprudencialmente, ao fío da actuación deste tipo de entidades no ámbito municipal de Madrid. Así, a relevante Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid do 17 de febreiro de 2011²⁰ resolve o recurso interposto pola Asociación de Empresarios de Espectáculos, Salas de Fiestas, Discotecas y Ocio, que impugna a Ordenanza do Concello de Madrid pola que se establece o réxime de xestión e control das licenzas urbanísticas de actividades, aprobada polo Pleno do dito Concello en sesión ordinaria do 29 de xuño de 2009, que impón a intervención obrigatoria e adicional dun terceiro, mantendo ademais a intervención dos servizos municipais, de xeito que establece un control dobre polas Entidades de Colaboración na Xestión das Licenzas Urbanísticas (ECGLU) e o polo Concello (...). E a pretensión anulatoria é acollida polo Tribunal Superior de Xustiza.

Impugnada en casación a anterior sentenza, o recurso é desestimado pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, en Sentenza do 10 de decembro de 2013²¹, na cal se afirma, entre outros fundamentos de dereito, que: “o sistema que arbitra a ordenanza causa indefensión, pois o particular cando non obteña o certificado de conformidade, debe primeiro iniciar unha reclamación perante a entidade colaboradora, ante a desestimación desta reclamación debe dirixirse ao Concello, no suposto de que a Administración desestime a súa reclamación, deberá acudir á vía xudicial. En caso de ser estimatoria a sentenza en vía xudicial, a parte o único que obtería tras toda esta longa peregrinación será un certificado, que non licenza, de que a actividade é conforme a dereito. E novamente debe dirixirse ao Concello para

²⁰ Recurso 701/2009.

²¹ Recurso de casación 2564/2011.

solicitar a licenza, licenza que podería ser denegada, e así novamente tería que iniciar un novo recurso contencioso-administrativo. Este sistema cáusalle indefensión ao particular porque o Concello con ocasión da instrución do procedemento ten que emitir necesariamente os informes técnico e xurídico sobre a conformidade do acto ou o uso pretendidos coa ordenación urbanística aplicable”.

A segunda característica distintiva das funcións de certificación municipal a realizar polas ECCOM vén dada polo feito de que as potestades de inspección e comprobación municipal non quedan enervadas por aquelas competencias de certificación. Di neste sentido o artigo 53.3.º do RIAE que “o contido dos certificados de conformidade non ten carácter vinculante” para os servizos técnicos municipais nin para os órganos municipais con competencia na materia”. De tal forma que a Administración municipal non pode declinar as súas responsabilidades de comprobación e de inspección, pois segue sendo a competente para declarar a adecuación e suficiencia documental do título habilitante (licenza ou comunicación previa) e, en definitiva, para declarar a conformidade a dereito da actuación pretendida.

Por outra banda, e en canto atinxe ás funcións de colaboración coa Administración municipal, a pretendida seguridade xurídica que lles ofrece aos concellos vén determinada polas previsións do artigo 39 do RIAE, que lles atribúe ás ECCOM dúas funcións ao respecto: “colaboración no exercicio das competencias de comprobación e inspección de instalacións, establecementos, actividades e obras destinadas a unha actividade económica” e “control periódico da conformidade das instalacións, establecementos, actividades e edificacións ou construcións destinadas a unha actividade económica coa normativa aplicable no ámbito municipal”.

Se nas súas funcións de certificación as ECCOM están encamiñadas a ofrecerlles seguridade xurídica aos particulares na presentación ou obtención dos títulos habilitantes necesarios para a realización das actividades obxecto da LECG, e a súa contribución a iso se pretende principalmente mediante unha substitución da responsabilidade (ademais, loxicamente, do asesoramento que iso leva consigo), no caso das funcións de colaboración coa Administración máis que contribuír a dar seguridade xurídica á actividade municipal, que por outra parte está obrigada a conseguila a través dos seus propios servizos, o que implica é unha externalización de funcións, máis acusada se cabe en períodos de crise, debido aos inherentes déficits de persoal e medios para cumprir coas mencionadas potestades obrigatorias²².

2.3 A Lei 10/2017, do 27 de decembro, de espectáculos públicos e actividades recreativas de Galicia

A través da Lei 10/2017, do 27 de decembro, de espectáculos públicos e actividades recreativas de Galicia (LEPAR), o lexislador autonómico aproba unha regulación integral e, polo tanto, máis omnicompreensiva nesta materia respecto da que ofrecía

²² Vid. ANTELO MARTÍNEZ, A.R., “Actividades recreativas y espectáculos públicos en la Comunidad Autónoma de Galicia: luces y sombras de un cambio de paradigma”, *La Administración Práctica*, caderno 8, agosto de 2017, p. 79.

a LECG, primeira norma con rango de lei que abordou os espectáculos públicos e actividades recreativas na nosa comunidade autónoma²³.

Non obstante, e no que aos títulos habilitantes se refire, opta por modificar a LECG, en lugar de incorporar ao texto do seu articulado as modificacións que se considerasen oportunas, o cal ten unha extraordinaria relevancia, pois, atendendo á interpretación sistemática das normas, haberá que acudir nesta materia non soamente á LEPAR, senón tamén á LECG.

Deste xeito, e mesmo cando a LEPAR non regula a participación das ECCOM no seu ámbito de aplicación, non é menos certo que estas entidades continúan reguladas na LECG, a cal segue sendo de aplicación aos espectáculos públicos e actividades recreativas. Ademais, e malia que o Decreto 144/2016 desenvolve regulamentariamente á Lei de emprendemento e competitividade, tamén é certo que, en canto non se opoña a ela, constitúe un regulamento de aplicación e desenvolvemento da Lei de espectáculos públicos e actividades recreativas.

Todo iso suscita polo menos dúas cuestións teóricas, de relevancia práctica, que debemos abordar. Por un lado, o cambio de título habilitante alternativo á licenza na LEPAR, xa que se pasa da comunicación previa á declaración responsable, sen máis explicación na exposición de motivos da norma. Por outro lado, e derivado diso, o réxime de verificación e, se é o caso, declaración de ineficacia que prevé o RIAE con respecto ás comunicacións previas, título habilitante previsto pola LECG ao tempo de aprobarse este regulamento de desenvolvemento.

Polo que atinxe á primeira das cuestións, de acordo co artigo 40.1 da LECG (modificado pola LEPAR): “Con carácter xeral, a apertura dos establecementos abertos ao público en que se desenvolvan espectáculos públicos ou actividades recreativas e a organización de espectáculos públicos e actividades recreativas están sometidas ao réxime de declaración responsable. Non obstante, por razóns de interese xeral vinculadas á orde, seguridade e saúde públicas e protección do medio ambiente, exixírase a obtención de licenza municipal ou autorización autonómica nos supostos establecidos no seguinte artigo”. Na súa redacción orixinaria este precepto establecía, como se adiantou, un réxime de comunicación previa para estas actividades, coas excepcións daquelas sometidas a licenza (*numerus clausus*, antes e agora).

O paso dun réxime de comunicación previa a un réxime de declaración responsable pode inducir a erro, máxime cando a opción do lexislador autonómico, ata o momento, fora xeneralizadamente en favor da comunicación previa (actividades recreativas e espectáculos públicos, urbanismo, comercio ambulante, etc.). Aínda que é certo que a doutrina xa advertira desde o momento inicial de transposición da Directiva de servizos, que quizais as dúas técnicas fosen intercambiáveis, e que o verdadeiramente relevante é a substitución xeneralizada da licenza ou autorización como técnica de intervención nas actividades de servizos²⁴.

²³ Vid. ANTELO MARTÍNEZ, A.R., *Las verbenas populares en Galicia: régimen de intervención municipal*, Escola Galega de Administración Pública, Xunta de Galicia, 1.ª ed., Santiago de Compostela, 2019, pp. 32-33.

²⁴ Vid. MUÑOZ MACHADO, S., “Las transformaciones del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, xullo-décembro 2010, pp. 104-105; e LÓPEZ MENUDO, F., “La transposición de la Direc-

Agora ben, o RIAE prevé a actuación das ECCOM nos supostos de presentación de comunicacións previas ou de solicitude de licenzas ante a Administración municipal (art. 39), non no caso de presentación de declaracións responsables, omisión (ou antinomia) que se explica pola opción inicial do lexislador pola comunicación previa. Esta antinomia debe resolverse mediante unha interpretación teleolóxica do precepto, á vista da modificación operada pola LEPAR na LECG, o cal conecta coa segunda cuestión relevante obxecto de análise, que é a referida á verificación das comunicacións previas (art. 15 do RIAE), así como á eventual declaración de ineficacia en caso de incumprimento dos requisitos necesarios para acadar o seu fin (arts. 17 e seguintes do RIAE), e que xera idénticos problemas de omisión da regulación das declaracións responsables e, así mesmo, idéntica solución á apuntada.

As ECCOM poden seguir actuando, polo tanto, no ámbito das actividades recreativas e espectáculos públicos tras a entrada en vigor da LEPAR, pero as diverxencias regulatorias sobrevidas con respecto ás previsións iniciais da LECG exixen unha reflexión de *lege ferenda* de cara á adaptación do RIAE para regular expresamente as súas funcións de certificación de conformidade municipal nos supostos de licenza e de comunicación previa (xa previstos), así como nos de declaracións responsables a presentar ante a Administración municipal (non previstos expresamente).

3 A Lei 9/2021, do 25 de febreiro, de simplificación administrativa e de apoio á reactivación económica de Galicia

A Lei 9/2021, do 25 de febreiro, de simplificación administrativa e de apoio á reactivación económica de Galicia (LSAG), regula por primeira vez na nosa comunidade autónoma as entidades de colaboración ambiental, ao tempo que establece novas funcionalidades para as estudadas entidades de certificación de conformidade municipal.

O obxecto da LSAG está vinculado, no seu artigo 1, á reactivación económica pos-covid, establecendo para iso unha simplificación administrativa no marco competencial autonómico que favoreza a implantación e funcionamento de iniciativas empresariais en Galicia.

O seu ámbito de aplicación será o referido “ás iniciativas empresariais que se desenvolvan no territorio da Comunidade Autónoma de Galicia” (art. 3.1), considerándose “iniciativa empresarial todo tipo de investimento que teña como finalidade desenvolver unha actividade económica, mediante a implantación dun proxecto, a creación dunha nova empresa ou o establecemento ou a ampliación, a modificación ou a diversificación dunha empresa ou dun establecemento existentes” (art. 3.2).

Nótese que o seu ámbito de aplicación pode ser coincidente, e mesmo máis amplo que o da LECG, no que se refire á instalación, implantación ou exercicio de calquera actividade económica, empresarial, profesional, industrial ou comercial, pero tamén

tiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, xullo-décembro 2010, pp. 123-125.

en certa medida diverxente no que atinxe ás actividades recreativas e espectáculos públicos, xa que non todas elas teñen un contido económico, exixencia inicial da LSAG para a súa operatividade.

Vexamos en que medida iso afecta ao ámbito de actividade das entidades de colaboración ambiental e ás novas funcións atribuídas ás entidades de certificación de conformidade municipal.

3.1 Entidades de colaboración ambiental

Diciamos que a exixencia “inicial” para a aplicación da LSAG é que esteamos en presenza dunha iniciativa empresarial e, polo tanto, que haxa un contido económico. Non obstante, como ampliación dese ámbito, a propia LSAG establece no seu artigo 3.3 que, “malia o anterior, as previsións sobre a racionalización de procedementos de avaliación ambiental serán de aplicación a todos os plans, programas ou proxectos cuxa avaliación ambiental sexa de competencia autonómica”. E precisamente dentro da racionalización destes procedementos de avaliación ambiental (título II, capítulo II da LSAG) encádranse as “entidades de colaboración ambiental” (sección 5.^a), de tal forma que estas entidades de colaboración van poder actuar en todo tipo de tramitacións ambientais cuxa avaliación corresponda á Comunidade Autónoma de Galicia, con independencia de que a exixencia do trámite ambiental estea ou non vinculada a unha iniciativa empresarial *stricto sensu*.

Cataluña foi pioneira na creación deste tipo de entidades de colaboración ambiental, a través da Lei 3/1998, do 27 de febreiro, de intervención integral da Administración ambiental, que afirmaba no seu preámbulo que, “en canto aos sistemas de control das actividades, esta lei establece un réxime de controis periódicos determinados no acto de autorización, e encárgase a súa execución a entidades colaboradoras da Administración, determinadas legalmente e debidamente acreditadas, todo iso sen prexuízo do que poidan facer as administracións competentes”, norma hoxe derogada pola vixente Lei 20/2009, do 4 de decembro, que segue recoñecendo estas entidades de colaboración ambiental e que, pola súa vez, é desenvolvida polo Decreto 60/2015, do 28 de abril, sobre as entidades colaboradoras de medio ambiente.

En Galicia, a LSAG define no seu artigo 4.1.1 as entidades de colaboración ambiental como aquelas “entidades dotadas de personalidade xurídica e plena capacidade de obrar que (...) desenvolven no territorio da Comunidade Autónoma de Galicia as seguintes actuacións, na forma que se determine regulamentariamente: a) verificación da conformidade coa normativa aplicable dos plans, programas e proxectos que se vaian someter a avaliación ambiental; b) colaboración na tramitación dos procedementos de avaliación ambiental, en particular na realización dos trámites de información pública e consultas e na análise técnica dos expedientes; c) colaboración no seguimento dos pronunciamentos ambientais; d) colaboración nas funcións de inspección ambiental.

A expensas do desenvolvemento regulamentario, o elenco de funcións que se lles atribúe ás entidades de colaboración ambiental permite deducir dous tipos de actividades que poden desenvolver, coincidentes coas ECCOM.

Por unha banda, as de certificación de conformidade ambiental, xa que explicitamente o punto 2 do mesmo artigo 41 da LSAG determina que, “nas súas actuacións, as entidades de colaboración ambiental poderán emitir certificados, actas, informes ou ditames, que poderán ser asumidos pola Administración pública competente (...)”. Recorda este mesmo precepto que estas actuacións “non poden substituír as potestades públicas de inspección, comprobación, control e sanción”. Agora ben, de acordo coa regulación que a LECG fai das ECCOM, é tamén necesario recordar as garantías que estas entidades de colaboración lles ofrecen a particulares e empresas nas tramitacións ambientais, xa que “son as únicas responsables fronte ás administracións das súas actuacións, que substituirán a responsabilidade das demais persoas interesadas”.

Por outro lado, o segundo tipo de actividades que poden realizar estas entidades son as de colaboración coa Administración ambiental, tanto nas funcións de inspección como incluso na tramitación, particularmente nos trámites de información pública, consultas e análise técnica da documentación incorporada ao procedemento correspondente.

A colaboración na inspección, en canto implica exercicio de autoridade, xerou controversias²⁵, sendo ilustrativa respecto ao valor que deba outorgarse a esas inspeccións realizadas por entidades colaboradoras a Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña, do 29 de xaneiro de 1998²⁶, na cal, tras a alegación da parte demandante referida a que só as actuacións da inspección poden dar lugar á incoación de posteriores expedientes sancionadores, non así as efectuadas, como no caso, polas entidades colaboradoras, obxecta a sala que “no caso de autos a dita entidade colaboradora actuou por encargo da Administración demandada. Doutra parte, o Decreto 230/1993, do 6 de setembro, establece no seu artigo 1 que o exercicio das funcións públicas de inspección e control que corresponden ao Departamento de Medio Ambiente, no ámbito da protección do medio ambiente, poderán realizarse, entre outras, a través de entidades privadas acreditadas ás que se encomende...”, concluíndo que, “á vista de todo iso, debe reiterarse a doutrina xa sentada por esta Sala e Sección, entre outras nas Sentenzas 678 e 304, do 25 de setembro de 1995 e do 18 de abril de 1997, respectivamente, no sentido de que «(...) os datos de feito obtidos nas inspeccións e os resultados das medidas de emisión de contaminantes obtidos polos ditos organismos non gozan da presunción de certeza, pero si que ofrecen, pola cualificación técnica de quen os emite e a obxectividade que debe seguir na súa actuación, garantías suficientes como para que poidan ser valorados polos tribunais como medios de proba cuxa destrución

Regap

ESTUDIOS

²⁵ No ámbito doutrinal, diversas opinións dos autores son recollidas por NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La Administración comprobadora: Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, cit., pp. 115-117.

²⁶ Recurso 250/1995.

require, ben demostrar irregularidades na obtención e valoración dos datos, ben a achega de probas que, por contraste con aquelas, poñan en dúbida a súa eficacia»”.

Esta previsión xurisprudencial resultaría aplicable ao alcance das funcións de inspección que poidan realizar tanto as entidades de colaboración ambiental como as entidades de certificación de conformidade municipal.

3.2 Novas funcionalidades das entidades de certificación de conformidade municipal

A LSAG prevé novas e significadas funcionalidades para as entidades de certificación de conformidade municipal, respecto das establecidas na súa creación por parte da LECG (antes estudadas), e tamén respecto das previstas na propia LSAG para as entidades de colaboración ambiental.

Estas novidades contéñense no artigo 54, que exige un estudo pormenorizado dos seus apartados, na medida en que estende a actuación das ECCOM ao ámbito urbanístico, ao tempo que lles atribúe competencias ata agora inexistentes. Vexamos con que alcance.

Di este artigo 54, no seu punto 1: “As solicitudes de licenza e as comunicacións que teñan por obxecto actos de edificación ou de uso do solo ou do subsolo, para a implantación das iniciativas empresariais e para as actuacións de desenvolvemento de solo empresarial ou residencial, poderán presentarse acompañadas dunha certificación de conformidade á legalidade urbanística e ao planeamento aplicable, emitida por unha entidade de certificación de conformidade municipal das previstas no capítulo IV do título III da Lei 9/2013, do 19 de decembro, do emprendemento e da competitividade económica de Galicia”.

O precepto regula dous supostos diferenciados. Un primeiro, referido ás licenzas ou comunicacións previas urbanísticas vinculadas a iniciativas empresariais, entendendo por estas iniciativas, de acordo co artigo 3 da mesma LSAG, tal e como estudamos anteriormente, todas as referidas ao desenvolvemento de actividades económicas, coincidindo polo menos, polo tanto, co obxecto da LECG, e co obxecto da LEPAR en tanto as actividades e espectáculos regulados nela teñan alcance económico (pois non todas teñen por que telo).

Interesa recordar que o artigo 24.2 da LECG establece que, “se para o desenvolvemento da actividade é precisa a realización dunha obra, a documentación anterior –é dicir, a exixida para o inicio de actividade ou a apertura do establecemento– presentarase coa comunicación previa prevista na normativa urbanística ou coa solicitude de licenza de obra, se procedese. Unha vez rematada a obra, presentarase comunicación previa para o inicio de actividade”; e, pola súa vez, o artigo 40.4 da propia LECG (modificado pola LEPAR) pronúnciase en idénticos termos para o caso de espectáculos públicos e actividades recreativas.

Quere iso dicir que, ata agora, vixentes exclusivamente a LECG e a LEPAR, cando o inicio de actividades profesionais, comerciais, empresariais..., ou a realización de actividades recreativas e espectáculos públicos, requirisen ao mesmo tempo a

obtención dunha licenza urbanística ou a presentación dunha comunicación previa ante a Administración municipal, as ECCOM podían realizar funcións de certificación de conformidade municipal con respecto ás actividades, pero non con respecto á actuación urbanística, sen prexuízo da primixenia obtención do título habilitante urbanístico. Agora, en cambio, coa LSAG as actuacións de certificación de conformidade municipal das ECCOM poden abranguer os dous aspectos, tanto a actividade propiamente dita como as obras necesarias para implantar esa actividade.

O segundo suposto que regula este precepto, desvinculado daquelas actividades empresariais, e propiamente urbanístico, é o referido (e limitado) ás actuacións de desenvolvemento de solo empresarial ou residencial, desenvolvemento de solo de carácter residencial que, aínda que implica unha indeterminación xurídica, é certo que non parece englobar calquera actuación urbanística obxecto dunha licenza ou comunicación directa para levar a cabo unha edificación con eses fins residenciais, senón que parece aludir a un procedemento de xestión do solo con tales finalidades.

O punto 2 do artigo 54 da LSAG que agora estudamos, pola súa banda, di: “Cando unha solicitude de licenza urbanística se presente acompañada dunha certificación de conformidade nos termos establecidos por este artigo, os informes técnicos e xurídicos municipais sobre a conformidade da solicitude coa legalidade urbanística previstos polo artigo 143.2 da Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia, serán facultativos e non preceptivos”.

Unha primeira matización do precepto é necesaria. Mesmo cando non o di expresamente, a interpretación sistemática leva a considerar que a solicitude de licenza urbanística á que alude debe estar vinculada á implantación de iniciativas empresariais ou a actuacións de desenvolvemento de solo empresarial ou residencial, pois, pola contra, as funcións de certificación de ECCOM estenderíanse sen límite a calquera actividade urbanística ou edificatoria, e o primeiro punto do artigo 54 carecería de sentido.

Feita esta primeira aclaración, a novidade de calado vén determinada polo alcance da certificación de conformidade municipal, xa que o precepto establece, por excepción á regra xeral prevista na Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia (LSG), que os informes técnicos e xurídicos, sempre preceptivos no caso de licenzas, pasen a ser facultativos, xa que, en efecto, o artigo 143.2, parágrafo segundo, da LSG declara expresamente que “para o outorgamento da licenza solicitada serán preceptivos os informes técnicos e xurídicos municipais sobre a súa conformidade coa legalidade urbanística”.

Para quen pasan a ser facultativos estes informes técnicos e xurídicos?, para quen os debe emitir, os funcionarios, ou para o órgano resolutorio?

Da literalidade do artigo 54.4 de LSAG (“Nos supostos indicados nos apartados anteriores, o órgano municipal competente poderá outorgar a licenza asumindo a certificación de conformidade á legalidade urbanística e ao planeamento aplicable da entidade de certificación de conformidade municipal que acredite expresamente que o proxecto foi sometido a esa verificación”) parece deducirse que estes informes teñen carácter facultativo para o órgano resolutorio municipal, non para os titulares

Regap

ESTUDIOS

dos servizos xurídicos e técnicos, que se poden ver apartados do procedemento de outorgamento destas licenzas.

A relevancia destes informes municipais foi asumida pola xurisprudencia, como pon de manifesto, *v. gr.*, a recente Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, Sala do Contencioso-Administrativo de Málaga, do 3 de febreiro de 2020²⁷, cando afirma: “atopámonos, sinxelamente, ante unha licenza de obras, de carácter regulado, que é outorgada polo alcalde de plano, sen solicitude previa do interesado, e con flagrante omisión dun trámite esencial, que converte o procedemento en inidentificable, como é a emisión dos preceptivos informes polos servizos municipais, que teñen por obxecto comprobar que a obra proxectada, de considerables dimensións (un edificio cun local comercial, dous almacéns e zona de caixas, para venda de produtos de bricolaxe, xardinaría, decoración e materiais de construción, de máis de dez mil metros cadrados, e duascentas oitenta e seis prazas de aparcamento no exterior), se adecuaba á legalidade urbanística. Ao omitirse tales informes, a Administración municipal fixo completo deixamento da actividade administrativa de intervención que debía despregar antes de outorgar a licenza urbanística dirixida a comprobar (...) que a actuación se adecuaba á ordenación territorial e urbanística vixente”.

Na mesma liña, a Sentenza da Sala do Contencioso do Tribunal Supremo, do 10 de decembro de 2013²⁸, considera que “o Concello con ocasión da instrución do procedemento ten que emitir necesariamente os informes técnico e xurídico sobre a conformidade do acto ou o uso pretendidos coa ordenación urbanística aplicable, emitidos polos correspondentes servizos municipais ou, se e o caso, os da organización pública establecida para os efectos de cooperación (...)”.

Por outra parte, e entrando no estudo do artigo 54.3 da LSAG, este apartado dispón: “No caso regulado no número anterior –é dicir, solicitude de licenza urbanística acompañada dunha certificación de conformidade municipal–, o prazo de resolución do procedemento será dun mes, contado desde a presentación da solicitude coa documentación completa, incluída a certificación de conformidade, no rexistro do concello, coas excepcións previstas no artigo seguinte”.

Na procura da simplificación administrativa, e tomando en consideración o ins-taurado carácter potestativo dos informes técnicos e xurídicos, redúcese notablemente o prazo de resolución do procedemento de outorgamento destas licenzas urbanísticas, que pasa dos tres meses que con carácter xeral prevé a LSG (art. 143.2) a un mes.

Ademais, unha nova excepción a este prazo, para establecer un aínda máis reducido de quince días naturais, considérase no artigo 55 da LSAG, en catro supostos taxados: a) As obras que se realicen nos establecementos de hostalaría e turísticos co fin de aumentar o distanciamento social ou adecuar as instalacións aos protocolos sanitarios ou ás normas que regulen as limitacións ou as restricións de carácter sanitario, sempre que non supoñan un aumento do volume edificado e teñan carácter de rehabilitación, adecuación ou reestruturación dos servizos, e se desenvolvan no

²⁷ Recurso 2844/2018.

²⁸ Recurso de casación 2564/2011.

interior das edificacións, incluíndo neste concepto, cando exista concesión ou autorización, a cobertura das terrazas mediante instalacións desmontables (...); b) Os proxectos de instalacións de produción eléctrica e de autoconsumo a partir de fontes renovables, incluíndo as súas infraestruturas de evacuación, no procedemento de autorización substantiva enerxética da cal fose consultado o concello afectado cando se lle solicite informe preceptivo e vinculante, así como as instalacións de distribución eléctrica de baixa tensión; c) Actos de uso do solo ou do subsolo incluídos naqueles proxectos de iniciativas empresariais para os que se aprobe un proxecto sectorial para a adecuación do uso do solo ás infraestruturas ou instalacións que se implanten; d) Nos casos de solicitude de licenza urbanística no solo empresarial, cando o concello emitise informe previo e favorable nos trámites ambientais ou urbanísticos de desenvolvemento desa categoría de solo.

Por último, e se ata aquí o artigo 54 da LSAG aludía aos supostos suxeitos a licenza urbanística, tamén este precepto contén unha regulación excepcional, con respecto á xeral da LSG, en canto ao réxime das comunicacións previas urbanísticas que entren dentro do seu ámbito de aplicación, ao dispor no seu punto 5: “Cando unha comunicación urbanística se presente acompañada da documentación exixida na lexislación do solo e dunha certificación de conformidade nos termos establecidos por este artigo, habilitará con efectos inmediatos desde a súa presentación no rexistro do concello para a realización do acto de uso do solo ou do subsolo que constituía o seu obxecto, sen prexuízo das posteriores facultades de comprobación, control e inspección por parte do concello respectivo”.

O precepto suscita algunhas interrogantes. Recordemos previamente que a LSG no seu artigo 14.6.2 establece: “Dentro dos quince días hábiles seguintes á comunicación, o concello, sen prexuízo da comprobación do cumprimento dos requisitos, poderá declarar completa a documentación presentada ou requirir a corrección das deficiencias que presentase a documentación, adoptando neste caso, motivadamente, as medidas provisionais que entenda oportunas para evitar toda alteración da realidade en contra da ordenación urbanística aplicable, comunicándollas á persoa interesada por calquera medio que permita acreditar a súa recepción.

Con carácter xeral, transcorrido o prazo de quince días hábiles sinalado, a presentación da comunicación previa cumprindo con todos os requisitos exixidos constitúe título habilitante para o inicio dos actos de uso do solo e do subsolo suxeitos a esta, sen prexuízo das posteriores facultades de comprobación, control e inspección por parte do concello respectivo”.

Polo tanto, establécese novidosamente unha eficacia inmediata da comunicación previa, fronte aos quince días hábiles fixados pola lexislación urbanística, prazo durante o cal o concello pode, con carácter xeral, comprobar a exactitude documental e, se é o caso, requirir a corrección e adoptar medidas cautelares que impidan consolidar situacións urbanísticas ou edificatorias.

Certamente, a nova regulación da LSAG aseméllase á prevista para a implantación de actividades no artigo 25 da estudada LECG, que habilita o particular para o inicio desas actividades ou para a apertura de establecementos desde o mesmo momento da

presentación da documentación ante o concello, pero cunha diverxencia substancial, xa que, en efecto, este precepto alude soamente ás actividades propiamente ditas, de tal forma que, cando o inicio de actividade ou a apertura de establecemento exixan unha comunicación previa urbanística, o réxime aplicable previamente era o da LSG, e, polo tanto, con eficacia da dita comunicación demorada ao transcurso de quince días hábiles, como exige o citado artigo 146.2 da LSG e o artigo 24.2 da propia LECG, o cal permitía non soamente unha cualificación documental previa e a posibilidade de requirir a corrección, senón que tamén contribuía a impedir que se consolidasen situacións urbanísticas ou edificatorias que puidesen resultar contrarias á lexislación ou ao planeamento urbanístico.

4 Reflexións conclusivas

No contexto xurídico establecido pola Directiva 2006/123/CE, do 12 de decembro, do Parlamento Europeo e do Consello, relativa á libre prestación de servizos no mercado interior, as entidades de colaboración e certificación nacen para ofrecer seguridade xurídica, nos seus respectivos ámbitos de aplicación, aos particulares interesados, á Administración pública e aos terceiros que poidan verse afectados polo procedemento administrativo correspondente, todo iso coa vista posta na simplificación administrativa que a norma europea impón nas actividades de servizos.

O mandato comunitario de simplificación e a súa translación ao ordenamento xurídico da Comunidade Autónoma de Galicia, nos termos plasmados neste traballo, exixen unhas reflexións finais, aliñadas co estudado e tomando como referencia para iso a posición da Administración, dos particulares interesados e dos eventuais terceiros afectados.

É doado compartir que as entidades de certificación de conformidade municipal e as entidades de colaboración ambiental poden contribuír a dar seguridade xurídica á Administración cando realizan funcións de “colaboración”, as cales se asemellan, aínda que con maior extensión, sen dúbida, ás que poidan encomendarse a empresas privadas a través dun contrato de servizos, conforme a Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, e que en ningún caso substitúen o exercicio de potestades públicas.

Maior complexidade presenta a posible “subrogación” no exercicio de funcións atribuídas a funcionarios públicos, como sucede coas novas funcionalidades que a Lei 9/2021, do 25 de febreiro, de simplificación administrativa e de apoio á reactivación económica de Galicia, lles atribúe ás entidades de certificación de conformidade municipal, cando permite que os seus certificados poidan ser asumidos polos órganos resolutorios municipais para outorgar determinadas licenzas urbanísticas ou de obras, vinculadas á implantación de iniciativas empresariais, sen necesidade de emitirse os informes técnicos e xurídicos, preceptivos con carácter xeral, de acordo coa Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia.

É certo que se cumpre coa exixencia de habilitación legal para atribuír funcións de certificación, control e inspección que a doutrina viña pautando, pero tamén é

certo que estas novas funcionalidades son algo máis que unha “colaboración”, pois constitúen unha “translación” de funcións públicas a entidades privadas, cunha determinación de responsabilidade polo seu exercicio, pero fóra da protección que ofrece, e exige, a Constitución española no seu artigo 103, ao preceptuar que “a Administración pública serve con obxectividade os intereses xerais (...)”.

Desde o punto de vista dos particulares que pretenden un título habilitante para o desenvolvemento das actividades empresariais comprendidas na referida Lei 9/2021, do 25 de febreiro; na Lei 9/2013, do 19 de decembro, de emprendemento e competitividade económica de Galicia; e na Lei 10/2017, do 27 de decembro, de espectáculos públicos e actividades recreativas de Galicia, non cabe dúbida de que as entidades de certificación e colaboración coadxuvan á seguridade xurídica de tales emprendedores, especialmente cando o título habilitante necesario para a actividade é a comunicación previa ou a declaración responsable, pero tamén a Administración pública está obrigada a ofrecerlles aos particulares seguridade xurídica, con carácter previo ás actuacións que se propoñan desenvolver, pois non debe esquecerse a centralidade do artigo 53 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, referido aos dereitos do interesado no procedemento administrativo, entre os cales está o de “obter información e orientación acerca dos requisitos xurídicos ou técnicos que as disposicións vixentes impoñan aos proxectos, actuacións ou solicitudes que se propoñan realizar” (apartado f).

En canto á pretendida seguridade xurídica que as actuacións destas entidades colaboradoras poden ofrecer aos terceiros prexudicados, ou interesados, no procedemento administrativo, é dubidosa, particularmente (de novo) no caso de que o título habilitante para a actividade sexa a comunicación previa ou a declaración responsable.

En efecto, se estes títulos habilitantes alternativos á licenza constitúen un acto xurídico do particular, esta natureza xurídica non se desvirtúa pola certificación emitida por estas entidades colaboradoras, de tal forma que a verdadeira seguridade xurídica para terceiros vén dada pola intervención administrativa funcional, que conclúa cun acto de comprobación e, se é o caso, aínda que non preceptivo, si posible, cun acto administrativo de validación da comunicación previa ou da declaración responsable presentada, por parte do órgano administrativo municipal competente. Este acto administrativo (ou, se é o caso, o derivado dunha actuación inspectora ou dunha declaración de ineficacia) abre para terceiros interesado a vía xurisdiccional contencioso-administrativa, vedada no caso de actos xurídicos privados do particular.

Bibliografía

ANTELO MARTÍNEZ, A.R., “Actividades recreativas y espectáculos públicos en la Comunidad Autónoma de Galicia: luces y sombras de un cambio de paradigma”, *La Administración Práctica*, Cuaderno 8, agosto de 2017.

Regap

ESTUDIOS

- ANTELO MARTÍNEZ, A.R., *Las verbenas populares en Galicia: régimen de intervención municipal*, Escola Galega de Administración Pública, Xunta de Galicia, 1.^a ed., Santiago de Compostela, 2019.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A., “El concepto de Administración Pública en la Unión Europea: Administración pública nacional y Administración pública comunitaria”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 19, 2010.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A., “El artículo 7 del Tratado de la Unión Europea: un mecanismo de protección del Estado de Derecho. Análisis crítico de su contenido”, Guayo Castiella, Í. del e Fernández Carballal, A. (coords.), *Los desafíos del Derecho Público en el Siglo XXI. Libro conmemorativo del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2019.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “La transposición de las Directivas que inciden en la regulación económica: la utilización del título competencial del artículo 149.1.13 CE”, Arzo Santisteban, X. (dir.), *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*, Generalitat de Cataluña, Institut de Estudis Autonòmics, Barcelona, 2013.
- ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- FERNÁNDEZ TORRES, J.R., “Significado y fundamentos de la Directiva de Servicios”, Aguado i Cudolá, V. e Noguera de la Muela, B. (dirs.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012.
- LAGUNA DE PAZ, J.C., *La autorización administrativa*, Thomson Civitas, 1.^a ed., Cizur Menor, 2006.
- LAGUNA DE PAZ, J.C., “Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación”, *Revista de Administración Pública*, n. 185, maio-agosto 2011.
- LÓPEZ MENUDO, F., “La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, xullo-diciembre 2010.
- MARNOTES GONZÁLEZ, A., “La Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia. Aspectos urbanísticos y entidades de certificación de conformidad municipal (ECCOM)”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 51, xaneiro-xuño 2016.
- MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 21, 2009.
- MUÑOZ MACHADO, S., “Las transformaciones del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, xullo-diciembre 2010.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV. La actividad regulatoria de la Administración*, Ministerio de la Presidencia-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- NEVADO-BATALLA, P., “Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su

- ejercicio”, Rivero Ortega, R. (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La Administración comprobadora: Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, Nogueira López, A. (dir.), *La Termita Bolkestein, Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.
- PAREJO ALFONSO, L., “La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 6, 2009.
- PARICIO RALLO, E., “Cuestiones jurídicas sobre la aplicación de la Directiva de Servicios”, *Cuadernos de Derecho Local QDL*, n. 21, 2009.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C., “Comentarios sobre la transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Galicia, en la apertura de establecimientos comerciales”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 6, 14 de abril de 2010.
- RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios: panorámica general y balance de su transposición en España”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 317, 2011.
- URRUTIA LIBARONA, I., “Cuestiones competenciales derivadas del proceso de incorporación de la Directiva de Servicios”, Nogueira López, A. (dir.), *La Termita Bolkestein, Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

Regap

ESTUDIOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_xullo-decembro 2021 | pp. 69-85
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4856>
© Ignacio Álvarez Rodríguez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 02/11/2021 | Aceptado: 16/12/2021

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

De que falamos cando falamos de constitucionalismo feminista?

¿De qué hablamos cuando hablamos de constitucionalismo feminista?

62 Regap

What are we talking about when we talk about feminist constitutionalism?

Regap

ESTUDIOS

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
Profesor contratado doutor (E.R.I.) de Dereito Constitucional
Universidade Complutense de Madrid

<https://orcid.org/0000-0001-6873-7269>

ialvarez1@ucm.es

Resumo: Este texto é un estudo acerca do paradigma denominado constitucionalismo feminista. Para tal fin, abórdanse o concepto e os caracteres da noción, para estudar posteriormente a súa axenda. A continuación, analízanse algúns modelos comparados que dean paso a determinados criterios xerais sobre os seus contornos en España, abrochando o traballo cun exame crítico do paradigma que finaliza cunha reflexión final a xeito de conclusión.

Palabras clave: Constitución, feminismo, constitucionalismo feminista, pluralismo.

Resumen: El presente texto es un estudio acerca del paradigma denominado constitucionalismo feminista. A tal fin, se abordan el concepto y los caracteres de la noción, para estudiar posteriormente su agenda. A continuación, se analizan algunos modelos comparados que den paso a determinados criterios generales sobre sus contornos en España, abrochando el trabajo con un examen crítico del paradigma que finaliza con una reflexión final a modo de conclusión.

Palabras clave: Constitución, feminismo, constitucionalismo feminista, pluralismo.

Abstract: This text is a study about the paradigm called feminist constitutionalism. To this end, the concept and characteristics of the notion are addressed to later study its agenda. Next, some comparative models are analyzed that give way to some general criteria about Spain, closing the work with a critical examination of the paradigm that ends with a final reflection as a conclusion.

Key words: Constitution, feminism, feminist constitutionalism, pluralism.

SUMARIO: 1 A xeito de introdución. 2 Concepto e caracteres. 3 Axenda. 4 Modelos comparados. 5 Breve referencia a España. 6 Exame crítico. 7 A xeito de conclusión.

1 A xeito de introdución

Esta investigación traza unha cartografía do constitucionalismo feminista baseada en dous polos. Por un lado, o pluralismo inherente á idea feminista e, por outro, a consecuencia que ten unila ao ámbito do dereito. Como resultado diso, decántase o constitucionalismo feminista, alumno avantaxado dos feminismos xurídicos e paradigma dotado dun contorno teórico cada vez máis recoñecible cuxa axenda se centra na elaboración, desenvolvemento igualitario e emenda das constitucións, seccións ás que seguirá o estudo dalgúns proxectos comparados e unha referencia ao caso español, testando as súas posibilidades e límites desde unha perspectiva crítica construtiva que desemboca nas conclusións de peche¹.

2 Concepto e caracteres

O constitucionalismo feminista sería o movemento xurídico-político que pretende orientar a Constitución con perspectiva de xénero. Qué sexa tal perspectiva é cousa que se discute con ardor na Academia. Seguindo o profesor DE LORA, poderíanse distinguir catro acepcións: como razón ou coñecemento situado ou privilexiado; como recordatorio sobre as mulleres determinantes no avance do coñecemento ou na loita pola conquista social que foron inxustamente ignoradas; como forma de especificar certos principios ou nocións compartidas; e/ou como toma en consideración de certas realidades supostamente distintas das mulleres². Asumindo que esa perspectiva se intenta levar *in toto* ao texto constitucional, resulta interesante partir do que dixo OWEN FISS hai tempo, a saber, que o feminismo é unha teoría da igualdade antes que unha teoría do dereito, o que significa, en liñas xerais, que os seus éxitos virán antes de combater a discriminación por razón de sexo que de erixirse nunha teoría con pretensións normativas holísticas³.

¹ Véxase a recente monografía de ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Crítica del constitucionalismo feminista*, Atelier, Barcelona, 2020.

² Vid. DE LORA, P., *Lo sexual es político (y jurídico)*, Alianza, Madrid, 2019, pp. 251 e ss.

³ Así o defende FISS, O., "¿Qué es el feminismo?", *Doxa*, n. 14, 1993, p. 335. Segundo algunhas voces, en España xa se pode falar dunha escola feminista de dereito constitucional, rede de traballo que se insire no feminismo xurídico e que se basea nun exame crítico da realidade xurídico-constitucional, "suxeitándose a unha serie de obxectivos científicos que tamén asumen unha dimensión política clara". Así o expresa GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., "Las escuelas de derecho constitucional españolas en el marco de la crisis constitucional presente", *IberCONnect*, 30 de setembro de 2021. Acceso web: <https://www.iberconnect.com>.

Á luz das investigacións recentes na materia, existen diversos enfoques á hora de conxugar a Constitución coas ideas feministas. Dito con outras palabras: para coñecer cales son as características deste paradigma, debemos observar o que din os diversos feminismos xurídicos. O punto de partida é o *feminismo liberal*. Se o obxectivo é garantir que as mulleres poidan desenvolver libremente a súa vida conforme diten os seus propios criterios, o marco idóneo é o do constitucionalismo, claro está. A Constitución protexe a liberdade e así foi sempre. Outro tanto pode dicirse respecto da igualdade, noción esta algo máis problemática porque a súa orixe non ten que ver coas ciencias sociais, senón coas matemáticas (o único lugar onde é indiscutible que un máis un é igual a dous). Malia iso, as constitucións subministran diversas ferramentas que permiten conquistar espazos non discriminatorios mediante políticas públicas *ad hoc*⁴.

Pola contra, o *feminismo da diferenza* suscita máis problemas. Dado que parte dunha natureza mítica do ser humano “muller”, parece demandar unha sociedade paralela onde homes e mulleres subsistan en compartimentos estancos. O problema fórmulase *ex ante*: a metade ou máis dos seres humanos vivirán separados, polo que quizais faría falta outra Constitución e, de momento, non se coñece unha sociedade con dúas constitucións. Dito con outras palabras, cando se trata de divisións políticas básicas sempre é necesario certo grao de abstracción, xeneralización e universalidade que nos inclúa a todos, non compartimentos estancos⁵. Nas súas versións máis radicais, sublima os problemas ata cotas case imposibles de tratar porque impugna tanto a sociedade como o que esta produce, sexa normas, institucións, políticas ou decisións. A razón que alegan é que os centros de poder son exemplo da dominación masculina *heteropatriarcal*. Polo tanto, ningunha lei, tampouco a Constitución, poderá “liberar a muller”. Adoitan considerar que toda expresión normativa é correa de transmisión do patriarcado, cuxa principal virtude é blindarse mediante un complexo aparato de prácticas, normas, institucións que impiden a súa reforma⁶.

Cando se dá cabida ao *feminismo da diversidade*, os problemas non desaparecen. Inténtase demoler, dito en curto, a noción de cidadanía, na procura de cada unha das diferenzas que os humanos teñen e, sobre todo, queiran crear para facer delas un *leitmotiv* político de primeira orde arredor de colectivos atomizados e que vivan de costas os uns dos outros⁷.

MOUNK, politólogo que ensina na Universidade de Harvard, deixouno por escrito cunha claridade meridiana que merece reproducirse literalmente: “A única sociedade que pode tratar a todos os seus membros con respecto é aquela na que cada individuo

ibericonnect.blog/2021/09/las-escuelas-de-derecho-constitucional-espanolas-en-el-marco-de-la-crisis-constitucional-presente/ (outubro de 2021).

⁴ Véxase o exhaustivo estudo que realiza REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

⁵ A importancia das ficcións para o bo goberno e desenvolvemento das nosas sociedades é bastante obvia. *Vid.* HARARI, Y.N., *Homo Deus*, Debate, Barcelona, 2016, pp. 194 e ss.

⁶ *Vid.* ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Crítica del constitucionalismo feminista*, cit., pp. 51 e ss.

⁷ Véxase o exhaustivo repaso que fai destas e outras moitas cuestións da axenda feminista posmoderna DOMÍNGUEZ, I., *Del iluminismo a Matrix. Una historia del relativismo moderno*, Akal, Madrid, 2021, pp. 238 e ss.

goce de dereitos individuais baseados na súa condición de cidadán, non na súa pertenza a ningún grupo particular”⁸.

O que antes se entendía que garantía uns dereitos e deberes de forma non discriminatoria agora é obxecto de crítica porque *esconde* as identidades que subxectivamente as persoas desexen crearse. Defenden, así, unha non-cidadanía ou, no mellor dos casos, unha cidadanía sexuada, *queer*, centrada nas disidencias sexuais. Nada que obxectar, moi ao contrario: as persoas son libres de definirse como estimen oportuno; de feito, as nosas sociedades e os nosos sistemas xurídicos dan cabida a tales preocupacións, tal como anota, desde a sa discrepancia, a doutrina⁹.

As nosas colegas feministas dirannos que para adecuar a Constitución aos seus tempos debemos incluír a perspectiva de xénero¹⁰. As propostas son, tamén aquí, de todo tipo e condición, pero quedamos coa de MACKINNON¹¹. Para a xurista norteamericana resulta dificilmente discutible que as mulleres non participaron nos procesos constituíntes nin redactaron as constitucións; tampouco os homes as tiveron en conta á hora de facelo. Por iso toda Constitución demoliberal non é senón reflexo dunha forma de entender o mundo propia deses varóns liberais das clases podentes. Sendo a lei a forma de poder social por excelencia, a Constitución, en canto norma xurídica suprema, converteuse en obxecto de desexo, precisamente por ser a que establece as liñas básicos da convivencia¹².

Segundo MACKINNON, o constitucionalismo feminista debe basearse en principios alternativos aos tradicionais (¿?). Se se entendeu ben a súa proposta, estes serían os seguintes. En primeiro termo, debe enfrontarse honestamente á dominación masculina; isto é, non dubidar de que as cousas son así e non doutro xeito. O principio capital para iso é a igualdade real, non a “meramente formal”, a plasmar tanto na Constitución como na orde social. En segundo termo, débese ser sensible ao contexto, pero non se deixar levar por argumentos esencialistas –se as mulleres son diferentes ou iguais aos homes– nin tampouco por argumentos propios do relativismo cultural –cada cultura e toda cultura merece respecto polo mero feito de selo–. En terceiro termo, ningunha esfera queda subtraída á acción pública. A xurista non acepta, pura e simplemente, que exista algo parecido ao “privado”, porque todo é (e debe ser segundo a súa visión) político.

Por razóns similares, a académica norteamericana non cre que exista o *libre consentimiento* como consenso entre vontades porque o patriarcado opresivo o impide.

⁸ MOUNK, Y., *El pueblo contra la democracia. Por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*, Paidós, Barcelona, 2018, p. 25.

⁹ Vid. JIMÉNEZ CAMPO, J., “Acotaciones sumarias sobre el «derecho a la diferencia» de trato”, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (coord.), *Democracia constitucional y diversidad cultural*, CEPC, Madrid, 2017, pp. 11–28; e PENDÁS, B., *Democracias inquietas. Una defensa activa de la España constitucional*, Ediciones Nobel, Oviedo, 2015, pp. 268 e ss.

¹⁰ Véxanse os traballos compilados en BAINES, B., BARAK-EREZ, D. e KAHANA, T. (eds.), *Feminist Constitutionalism. Global Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 2012; e en RUBIO-MARÍN, R. e IRVING, H. (eds.), *Women as constitution-makers: case studies from the new democratic era*, Cambridge University Press, New York, 2019.

¹¹ Vid. MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Valencia, 1995 (1.ª ed.: 1989). O texto onde di “actualizar” ese pensamento é en MACKINNON, C., “Foreword”, Baines, B., Barak-Erez, D. e Kahana, T. (eds.), *Feminist Constitutionalism. Global Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 2012, pp. IX e ss.

¹² Entre nós pode verse Rubio Marín, R., “Mujeres y procesos constituyentes contemporáneos: retos y estrategias de participación”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 187, 2020, pp. 43–69.

Dito con outras palabras, a muller non ten poder nin para disentir nin para exercer un poder que contrarreste ou cambie o resultado final. Un constitucionalismo feminista debe partir da base de que o Estado e a lei son reflexo da hexemonía social masculina, polo que se debe atallar tanto causa como consecuencia. É dicir, sempre e cando esteamos a entender ben a proposta de MACKINNON, o dereito debería someterse a profundas reformas (obxecto a transformar) e ser, pola súa vez, a principal ferramenta para logralo (suceso reformador). É complicado entender que o mesmo fenómeno xurídico sexa causa e consecuencia, máis alá de dar pábulo a pulsións ideolóxicas que conducen ata augas tan procelosas.

3 Axenda

Pódese distinguir tres grandes áreas de influencia do constitucionalismo feminista: a elaboración, a implementación e a eventual emenda da Constitución¹³. Respecto ao momento de elaborar a Constitución, deféndese que os traballos que o poder constituínte elabore en forma de borradores, discusións e textos preliminares teñen que ser contrastados coas exigencias de xénero. Adoita circunscribirse arredor de tres cuestións. En primeiro lugar, esta liña de investigación interrógase acerca de se houbo ou non mulleres representantes en tales asembleas¹⁴. En segundo lugar, a dita liña analiza se as mulleres puideron desenvolver propostas en defensa dos “intereses das mulleres”. En terceiro lugar, esa escola pretende analizar se as mulleres conseguiron avances significativos en materia igualitaria, ben en forma de artigos incorporados ao texto constitucional, ben en forma de debates sobre cuestións igualitarias que ata ese momento permaneceran ocultos na esfera pública.

No que fai á implementación da Constitución, son diversos os asuntos a tratar. O proxecto constitucional aplícase paulatinamente á axenda feminista e viceversa. Destacan, con moito, tres ámbitos (sobre a base das medidas igualitarias básicas implementadas a comezos dos anos oitenta, fundamento de todo o que veu despois): a integración do principio de non discriminación no ámbito laboral; as medidas enfocadas a mellorar os índices de presenza feminina nas institucións políticas; e a loita contra a violencia de xénero. Máis alá das vicisitudes que acontecen en cada unha desas realidades, a igualdade de xénero segue ben presente nas nosas políticas públicas. O certo e verdade é que iso soamente pode suceder cando hai unha Constitución normativa que o segue sendo, non cando esta se cuarteja para facer pasar por norma o que non é senón un postulado político¹⁵.

¹³ Os estudos comparados de casos máis recentes atópanse en RUBIO-MARÍN, R. e IRVING, H (eds.), *Women as constitution-makers: case studies from the new democratic era*, cit.

¹⁴ En España temos unha liña de investigación que chegou á conclusión de que, efectivamente, a implicación feminina nas Cortes Constituíntes foi residual, aínda que se acreditara máis raizame nos movementos políticos e sociais que se manifestaron extramuros do Congreso. Vid. SEVILLA MERINO, J. (dir.), *Las mujeres parlamentarias en la legislatura constituyente*, Cortes Generales, Madrid, 2006. Tamén pode verse GAHETE MUÑOZ, S., “Los debates del movimiento feminista ante el proyecto constitucional y la Constitución: de la unión a la separación”, *Historia Contemporánea*, n. 62, 2020, pp. 187-218.

¹⁵ Vid. BLANCO VALDÉS, R., *Luz tras las tinieblas. Vindicación de la España constitucional*, Alianza, Madrid, 2018; VENTURA FRANCH, A. e GARCÍA CAMPÁ, S. (dirs.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018; REY MARTÍNEZ, F., “Igualdad y prohibición de discriminación: de

No tocante á emenda da Constitución, os principios son en esencia os mesmos que no momento de facer *ex novo* unha Constitución: as mulleres deben estar presentes no proceso constituínte (formal e material), porque iso garante a visibilidade simbólica e a defensa efectiva dos intereses femininos no texto emendado, ademais dun impacto certo e tanxible en temas que, aínda que non acaben sendo obxecto de reforma constitucional, poden servir de guión sobre o que debater no futuro. O exemplo paradigmático máis recente témolo da man de Chile, país que ao peche destas liñas se atopa en pleno debate de reforma constitucional e que mediante a Lei n. 21.216, de Paridade de xénero para o proceso constituínte de 2020, exige a representación equilibrada de mulleres e homes na Convención Constituínte. A porcentaxe exigida por esa norma é de 50 % de mulleres e 50 % homes en circunscricións electorais que reparten número par de escanos e de 50 % + 1 en caso de circunscricións impares¹⁶.

4 Modelos comparados

Centrándonos no primeiro deles, algúns estudos comparados demostran que a participación das mulleres é altamente positiva e non menos necesaria¹⁷. Analizando os procesos constituíntes de Afganistán, Colombia, Kenya e Nicaragua, e sen deixar de lado aspectos puntuais dos que tiveron lugar en Sudáfrica e Ruanda, extráense diversas leccións e tendencias. Somos conscientes de que a manobra pode ser intelectualmente arriscada na medida en que se mesturan modelos que teñen pouco que ver entre si, por non dicir nada, pero ese é o terreo de xogo que formulan estes estudos e a eles nos sometemos¹⁸.

Tales estudos demostrarían que a voz das mulleres inflúe no contido final do texto constitucional. En Sudáfrica, por exemplo, a Constitución elabórase con linguaxe neutra desde a perspectiva de xénero cunha única excepción: á hora de falar de dereito de sufraxio pasivo recoñece que “mulleres e homes” son elixibles, precisamente para evitar invisibilizar e perpetuar o estereotipo de que a muller é unha intrusa no público. O avance é loable, sen dúbida, como non menos constatable é que desde hai moitas décadas rexe en todos os países demoliberais sen excepción.

Ademais, a participación das mulleres pon sobre o tapete cuestións que ata o momento nunca formaran parte do debate público. Isto apréciase especialmente no caso de Nicaragua e Colombia con asuntos como o divorcio e o aborto. Aínda que tiveron diferente éxito á hora de ser recoñecidos constitucionalmente, iso axudou a que temas adicionais e relacionados tamén fosen discutidos en público, creando un diálogo que

1978 a 2018”, *Revista de Derecho Político*, n. 100, 2017, pp. 125-171; e ZOCO ZABALA, C., “Igualdad entre mujeres y hombres tras 40 años de Constitución Española”, *Revista de Derecho Político*, n. 100, 2017, pp. 211-256.

¹⁶ Vid. CABRERA TAPIA, R., “Chile ante el proceso constituyente”, *bie3. Boletín IEEE*, n. 141, 2020, pp. 462-478. Tamén véxase DE LORA, P., “Constitución, feminismo y diversidad. El trilema del feminismo constitucional”, *Revista de Ciencias Sociales*, n. 77, 2020, pp. 101 e ss.

¹⁷ Séguese aquí a KATZ, E., “Women’s Involvement in International Constitution-Making”, Baines, B., Barak-Erez, D. e Kahana, T. (eds.), *Feminist Constitutionalism. Global Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 2012, pp. 205 e ss.

¹⁸ Esta tendencia foi anotada por FREIXÉS, T., “La máscara y la manipulación. Interrogantes acerca de cómo afrontar el debate sobre el sexo/género”, Tey, M. (ed.), *Hombres y sombras. Contra el feminismo hegemónico*, Economía Digital, Barcelona, 2020, p. 40.

axudará no futuro a que outros temas saian á luz. O argumento é relevante, pero ten algo de voluntarista xa que a realidade xurídico-política das democracias do século XXI adoita discorrer por outros rumbos¹⁹.

Finalmente, estas realidades, interpretadas desde o postulado do constitucionalismo feminista, presentarían indubidablemente un lema: a defensa dos dereitos fundamentais para elas supón un empoderamento concreto e tanxible que se satisfai grazas aos procesos constituíntes e á súa participación activa neles, momentos onde se privilexia que sectores sociais que ata o momento se mostraron politicamente inactivos dean un paso á fronte e discutan desde as súas respectivas posturas que e como se pode conseguir a igualdade. É probable que as dinámicas sociais sexan un pouco máis complicadas que todo iso, ademais de que se detecta unha tendencia crecente en varios países democráticos de contracción das liberdades máis elementais, tamén cando son as mulleres as que participan. Iso que se chamou a tendencia *illiberal* das democracias é un risco moi certo que non parece ter sido paliado polo feito de aumentar a presenza feminina nas institucións (tampouco coa masculina, obviamente)²⁰.

Esta liña dogmática diranos que para lograr unha implicación influente das *nais constitucionais* se necesitan fundamentalmente dous ingredientes. Por un lado, a participación directa das mulleres como representantes na asemblea constituínte, así como en todas as comisións de estudo e/ou de traballos preparatorios. O exemplo de Sudáfrica sería óptimo, porque as manifestacións da *Women's League* desembocan nunha Asemblea Constituínte composta de forma paritaria. Outro tanto pode dicirse de Chile, país que, como dixemos en liñas anteriores, se atopa en pleno proceso de reforma constitucional cunha constituínte elixida con equilibrio de xénero. O contraexemplo quizais sería Colombia, onde só participaron catro mulleres. Tres identificábanse como non-feministas e as catro deixaron claro non representar exclusivamente o colectivo feminino²¹.

Por outro, a formación dun grupo de mulleres a nivel nacional activo, organizado, e inclusivo, que aglutine as diversas tendencias e voces adoita ser unha necesidade defendida polo paradigma do constitucionalismo feminista. Ese grupo debe estar formado por partidos políticos, asociacións, movementos políticos e sociais e organizacións non gobernamentais, entre outros. Por suposto que tampouco hai que esquecer o que poderíamos chamar “factores contextuais”, xa que escapan ao control e ao facer das nais constitucionais, pero poden ser decisivos no resultado final. Por exemplo, a situación política debe ser estable e segura. Se é inestable e insegura, non é raro que, para tranquilizar os ánimos, os que ían ser dereitos constitucionalmente

¹⁹ Quen desexe tomar contacto cunha visión particularmente demoledora da nosa pode ler as obras de SOSA WAGNER, F. e FUERTES, M., *Panfleto contra la trapacería política. Nuevo Retablo de las Maravillas*, Editorial Triacastela, Madrid, 2021; e de NIETO, A., *Testimonios de un jurista 1930-2017*, INAP-Global Law Press, Madrid, 2017.

²⁰ Vid. MOUNK, Y., *El pueblo contra la democracia. Por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*, cit., pp. 18 e ss.

²¹ Vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Crítica del constitucionalismo feminista*, cit., pp. 76 e ss.

recoñecidos desaparecen do mapa a prol, precisamente, de calmar os ánimos. O exemplo que poñen para ilustrar tal aserto é o de Palestina²².

5 Breve referencia a España

Que sucedeu en España? Para poder testar as opcións do noso constitucionalismo feminista, debemos abordar en primeiro lugar como calou a idea feminista en xeral na sociedade española, dado que, seguindo a CABALLÉ, é unha idea que nunca caeu de pé por estes lares²³. A nosa autora resalta, en primeiro lugar, que o feminismo é un movemento político e social que cando empeza a despuntar o fai con non disimulada vocación de resultar “feminino”²⁴. En segundo lugar, neses momentos iniciáticos o feminismo carecía de modelos visibles que o fomentasen, máis alá dalgúns personaxes femininos literarios que, polo demais, estaban creados desde unha visión netamente masculina. En terceiro lugar, a autora destaca que o noso feminismo se baseou na resistencia, entendida como unha forma de acción desde dentro do sistema onde o suxeito en cuestión acepta a posición que ocupa e desde ela intenta conseguir avances para a causa. Moi ligado a isto, en cuarto lugar, destaca que o noso feminismo foi máis pragmático que teórico, onde uniu máis a loita por determinadas conquistas (dereito ao voto, reformas penais e civís, independencia económica, loita contra a violencia machista) que a formación dun corpo de ideas e teorías. En quinto lugar, detecta que o feminismo como tal nunca gozou de grande aceptación popular. De feito, seguindo a profesora CABALLÉ: “a asociación do feminismo co lesbianismo, a falta de atractivo físico, a ira, a estreiteza de miras ou a falta de feminidade prexudicou e moito o movemento, de xeito que fixo difícil identificarse con el, sen que as mulleres quedasen impregnadas dos seus estereotipos”²⁵.

É interesante achegarse a esa vertente pragmática, sobre todo porque se demostra a dificultade do noso feminismo á hora de canalizar as discrepancias internas ata o punto de que chegaron a esgazar o movemento. En 1975, ano que foi declarado Ano Internacional da Muller, constitúese a Coordinadora de Organizacións e Grupos de Mulleres a nivel nacional, cuxo principal labor era o de realizar os traballos preparatorios para a celebración das *I Xornadas pola Liberación da Muller*, en decembro dese ano. Chegaron a asistir máis de cincocentas mulleres. Comezou a esperar un movemento que creceu nas *II Xornadas*, celebradas dous anos despois en Granada. Pero as disputas internas, sobre todo o eterno debate entre reforma ou revolución, e os debates acaecidos arredor do borrador de Constitución caldearon o ambiente ata o punto de que nas seguintes *Xornadas de 1979* o movemento viviu unha dolorosa

²² Vid. KATZ, E., “Women’s Involvement in International Constitution-Making”, cit., pp. 221 e 222.

²³ Véxase tamén ZARAGOZA-MARTÍ, M.ªF., “La feminidad Disney: el desarrollo social de la mujer y sus consecuencias en la regulación constitucional”, *Barataria: revista castellano-manchega de ciencias sociales*, n. 27, 2020, pp. 88-99.

²⁴ Vid. CAMPOAMOR, C., “La mujer y su nuevo ambiente (la sociedad). Conferencia pronunciada en la Universidad Central en mayo de 1923”, Campoamor, C. (aut.), *El Derecho de la Mujer*, Comunidad de Madrid-Asociación Española Clara Campoamor, Madrid, 2007, p. 116.

²⁵ CABALLÉ MASFORROLL, A., *El feminismo en España: La lenta conquista de un derecho*, Catedra Ediciones, Madrid, 2013, pp. 13 e ss. A cita encóntrase na p. 23.

ruptura, “por non saber asumir a pluralidade entre as diferentes posturas”²⁶. En 1980, co debate da dobre/única militancia aínda candente, a escisión callou nas denominadas *I Xornadas de Feministas Independentes*²⁷.

O testemuño das protagonistas daqueles días narra como as diferentes asociacións e organizacións concederon liberdade de voto ás feministas que militaban no seu seo para que puidesen manifestar que opinaban sobre a Constitución. E de todo houbo: mulleres que votaron *non* ao texto, mulleres que votaron *si* e mulleres que se abstiveron²⁸. Á luz de tales datos, non parece que a Norma fose *tan* patriarcal. Ademais, o tempo que pasou desde que entrou en vigor, e os réditos que demostrou a prol da convivencia dos españois durante máis de catro décadas foi decantando unha avaliación da propia Constitución máis amable, onde gaña posicións un feminismo liberal da igualdade tanto no debate como nas normas ditadas ao seu abeiro²⁹.

Na década dos oitenta do pasado século a polémica trasládase ao feminismo insitucional no marco do incipiente estado do benestar que se pon en marcha no noso país: mentres que algunhas voces defenden un feminismo posibilista, outras voces lamentan o baleirado do feminismo de rúa, alertando do perigo das subvencións como mecanismo de control estatal. Tamén tivo a súa importancia ese feminismo académico que tanto debateu sobre o aborto, a violencia sexista, e sobre o coñecido mantra *o persoal é político* (o que conducía inevitablemente a normativizar todos os comportamentos privados)³⁰.

Chegaron os debates, arredor de finais dos noventa e principios dos dous mil, sobre as accións positivas e as cotas electorais, con opinións para todos os gustos. Estes debates deron paso, case sen solución de continuidade, a certa escora do movemento que, baixo a etiqueta do constitucionalismo feminista, fan da Constitución o obxecto de desexo dunha eventual reforma *empoderadora* que nos cure de todos os males. Así, defenden a revisión total da nosa Constitución seguindo a perspectiva de xénero, con propostas que superan con moito o obxecto destas liñas e, ao peor, a filosofía subxacente a toda norma constitucional demoliberal que se prece³¹. É obvio que os tempos que corren en pleno 2021 están a marcar un punto de inflexión, pois apréciase unha querenza de certos poderes públicos á hora de apostar por un feminismo posmoderno, líquido, fluído, *trans* e *queer* que espertou os receos de amplas

²⁶ Vid. MONTERO, J., “Movimiento Feminista. Una trayectoria singular”, Egido, Á. e Fernández Asperilla, A. (eds.), *Ciudadanas Militantes Feministas*, Eneida, Madrid, 2011, pp. 239 e ss.

²⁷ Véxse GAHETE MUÑOZ, S., “Los debates del movimiento feminista ante el proyecto constitucional y la Constitución: de la unión a la separación”, cit., pp. 200 e ss.

²⁸ PINEDA, E., “Las otras feministas: cuestiones pendientes en la España actual”, Egido, Á. e Fernández Asperilla, A. (eds.), *Ciudadanas Militantes Feministas*, Eneida, Madrid, 2011, pp. 249-272.

²⁹ Vid. BLANCO, D., “La mujer española en los albores del siglo XXI”, Egido, Á. e Fernández Asperilla, A. (eds.), *Ciudadanas Militantes Feministas*, Eneida, Madrid, 2011, pp. 273-281.

³⁰ Vid. MIYARES, A., *Democracia feminista*, Cátedra, Madrid, 2018, *pássim*.

³¹ Vid. GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., *Una Constituyente feminista*, Marcial Pons, Madrid, 2017; GIMENO, B., “El papel del feminismo en los procesos constituyentes y en el cambio social”, Monereo, M., Juste, R. e Illueca, H. (coords.), *Volver a mirarnos. Proceso constituyente y cambio constitucional para la España del siglo XXI*, El Viejo Topo, Barcelona, 2018, pp. 207-212; tamén RODRÍGUEZ PALOP, M.*E., *Revolución feminista y políticas de lo común frente a la extrema derecha*, Icaria, Barcelona, 2019. Unha resposta brillante a estas tese pode verse en GARCÍA FIGUEROA, A., “Feminismo de Estado: fundamentalmente religioso y religiosamente fundamentalista”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 17, 2019, pp. 358-376.

capas da poboación e fixo dar a voz de alarma desde non poucas institucións, entre elas voces académicas de peso³².

Unha constitucionalista como FREIXÉS, cunha dilatada experiencia na loita pola igualdade no noso país, captou á perfección o signo dos tempos e os potenciais perigos que encerran certas propostas. Como non se desexa furtarlle ao lector a súa reflexión –a extensión e potencia do argumento mereceno–, descúlpenos a longa cita que vén a continuación. Di así a nosa xurista:

“Dediquei case corenta anos a procurar que as normas xurídicas sobre as que puideren ter influencia non fosen discriminatorias, xerases avances cara á igualdade real de mulleres e homes e, sobre todo, estivesen dotadas de suficientes garantías como para axudar a que fosen eficaces (...). Tratábase de que ningunha persoa quedase en situación de debilidade xurídica para que a igualdade social se fose alcanzando, tamén no terreo político ou no ámbito laboral ou familiar (...). Cando creramos que estabamos preto de alcanzalo, polo menos na nosa sociedade europea, caéronnos, como do ceo, toda unha serie de estereotipos de xénero que non fan outra cousa máis que confundir o persoal (...) porque proxectar tal confusión conceptual no común dos mortais, fose muller ou fose home, provocou o maior dos desconcertos que puideren observar nos últimos anos (...). Houbo un salto xeracional ideolóxico no baleiro, posto que non existe, como debe ser en toda análise de ciencias sociais, a xurídica incluída, ningún razoamento lóxico que permita que as nosas fillas se poidan sentir discriminadas se non conseguen que a súa palabra sexa lei. Enfróntanse a un falso machismo, disfrazado de retórica igualitaria, que ao meu modo de ver o único que fai é prexudicalas, ao non recoñecerlles a calidade de seres pensantes porque son permanentemente vítimas”³³.

A profesora FREIXÉS escribía esas liñas en 2020. En 1993, HUGUES estudaba o estado do debate feminista na América do Norte de finais dos oitenta do pasado século e dicía isto:

“A nova ortodoxia do feminismo está a abandonar a imaxe da muller independente e existencialmente responsable en favor da muller como vítima indefensa da opresión machista (...). Esta visión (...) reduce as mulleres á condición de vítimas carentes de vontade, desprovistas do poder de acceder ou denegar, á condición de simples bonecos levados dun lado para outro polos delirios ideolóxicos do extremismo feminista”³⁴.

Pasaron case tres décadas entre os dous diagnósticos. Deberíamos reflexionar pausadamente sobre o feito de que no ínterim se despregaran tantos discursos cunha carga potencial pretendidamente revolucionaria, quizais inversamente proporcional aos réditos reais producidos. Adóitase argüír que a igualdade de xénero é unha *revolución longa* que se remontaría dous séculos atrás no tempo e que supuxo cambios

³² Vid. DE LORA, P., “Hombres, mujeres y el feminismo zombi”, Tey, M. (ed.), *Hombres y sombras. Contra el feminismo hegemónico*, Economía Digital, Barcelona, 2020, pp. 79e ss.

³³ Vid. FREIXÉS, T., “La máscara y la manipulación. Interrogantes acerca de cómo afrontar el debate sobre el sexo/género”, cit., pp. 40 e ss.

³⁴ Vid. HUGUES, R., *La cultura de la queja. Trifurcas norteamericanas*, Anagrama, Barcelona, 1994, pp. 20 e 21.

tanxibles e moi profundos nas nosas sociedades. O que xa non se di tanto é que tales cambios viñeron, sen excepción, de reformas implementadas dentro do marco de democracias liberais, único sistema en Occidente despois da II Guerra Mundial que crea, permite e promove o texto (constitucional) e o contexto necesario para levalas a cabo³⁵. A Constitución sempre foi a norma que permite o proxecto igualitario dentro da liberdade, non a que o restrinxe.

6 Exame crítico

Despois do repaso que realizamos ata aquí do paradigma do constitucionalismo feminista, chega o momento de ofrecerlle ao lector un exame crítico deste. Considerouse axeitado facer un balance centrado nas seguintes ideas, sen prexuízo de facer partícipe o lector dun criterio de partida en consonancia coas teses do profesor DE LORA. Dirá o filósofo do dereito: “o constitucionalismo feminista (...) ha de enfrontarse a un trilema: se a Constitución é feminista porque consagra algunha das demandas concretas do movemento feminista que son socialmente disolventes, entón esa Constitución traizoará algúns presupostos básicos do constitucionalismo (a perdurabilidade e o seu carácter de amplo acordo social); se a Constitución é feminista porque reivindica a igualdade de cidadanía entre homes e mulleres, a dimensión feminista non achega nada posto que esa é xa unha conquista sobre a que non cabe «folla en branco»; se a Constitución é feminista porque promove que se alcance a igualdade real con expresións ideolóxicas que transcenden o feminismo, a Constitución non será necesariamente feminista”³⁶.

Desa tese dividida en tres seccións, partamos da base de que o feminismo é unha ideoloxía, isto é, unha cosmovisión que aposta por acadar a igualdade entre homes e mulleres (se é que segue sendo este o fin do movemento). Unha ideoloxía, obviamente, comprende diversos valores. Nunha democracia constitucional, as ideoloxías pugnan entre si en constante discusión pública. Se é certo como é que a Constitución garante –mediante a protección de liberdades fundamentais– ese debate robusto e desprexuízado, resulta contraproducente adxectivala de forma que inhiba o debate democrático. Iso daría a impresión de querer protexer antes un dogma que unha idea. Unha Constitución feminista é tan imposible, desde o punto de vista constitucional, como unha Constitución capitalista, animalista, ecoloxista, socialista ou calquera adxectivo de adorno. Aprendemos hai xa moitos anos que os réximes que necesitan adxectivar os seus sistemas democonstitucionais non teñen moito de constitucionais (e menos de democráticos).

Consecuente con esa postura, resulta claro que o dereito constitucional permite e protexe o debate libre, non pode non facelo salvo que queira negarse a si mesmo. Porque o individuo e os seus dereitos importan, a democracia constitucional rectamente entendida debe maximizar a súa liberdade de expresar pensamentos

³⁵ Vid. RENDUELES, C., *Contra la igualdad de oportunidades. Un panfleto igualitarista*, Seix Barral, Barcelona, 2020, pp. 160 e ss.

³⁶ Vid. DE LORA, P., “Constitución, feminismo y diversidad. El trilema del feminismo constitucional”, cit., p. 115.

de calquera índole. O debate democrático e a discusión libre prodúcense, e só se producen, se as liberdades de todos están garantidas *antes* de que tales debates se celebren. O cal é especialmente certo nun modelo que non segue os patróns da democracia militante, como é o caso español, segundo a interpretación que deu o Tribunal Constitucional en xurisprudencia constante ditada, entre outras, nas SSTC 48/2003, 136/1999, 159/1986, e que chega ata as máis recentes SSTC 121/2021, 106/2021, 111/2019 ou 52/2017. Baste citar a STC 138/2018 (FX 6), onde resume á perfección en que consiste esa *democracia non militante*: “No noso ordenamento constitucional non ten cabida un modelo de democracia militante, isto é, un modelo no que se impoña, non xa o respecto, senón a adhesión positiva ao ordenamento e, en primeiro lugar, á Constitución (...). Este Tribunal recoñeceu que teñen cabida no noso ordenamento constitucional cantas ideas se queiran defender e que *non existe un núcleo normativo inaccesible aos procedementos de reforma constitucional* (cursiva do autor)”.

Se unha Constitución se reforma para ser feminista, pero segue sen exixir adhesión positiva ao novo réxime constitucional, entón debería aceptar a posibilidade de que despois se activase un proceso de reforma constitucional para desadxeivala. Fan falta esas alforxas para tamaña viaxe? Sería conveniente ou desexable activar os procesos de reforma constitucional para tal fin? Se, pola contra, se introduce o constitucionalismo feminista para exixir unha adhesión positiva ao novo réxime, mellor prescindir de normas, de tribunais e de xuristas e dar a benvida aos sacerdotes e sacerdotisas do novo paradigma: consumado o constitucionalismo feminista, poucas críticas caberían xa respecto do propio constitucionalismo feminista. Os principios do pluralismo político, a liberdade ideolóxica e de crenzas e incluso o mesmo dereito á igualdade e á non discriminación xa só poderían ser implementados seguindo a veta feminista (que, como sabemos, é de todo menos unívoca). Non acaba de enxergarse, en fin, como un marco constitucional de tal teor podería reforzar as liberdades fundamentais dos cidadáns. Ou dito con outros termos, esta vez do profesor GARCÍA FIGUEROA, a Constitución non é nin pode ser patrimonio de ningunha concepción particular³⁷.

As ideas aparelladas ao movemento feminista son discutibles e discutidas e iso, en verdade, é bo e saudable, pois demostra un debate vivo. Se facemos dunha Constitución unha Constitución feminista estamos facendo da norma de todos unha norma parcial e nesgada que rompe a perdurabilidade e o consenso social que necesita calquera norma constitucional que se prece. É por esa razón, entre outras, pola que a liberdade de expresión e información non só ten en democracia unha vertente puramente subxectiva e individual, senón que conforma unha garantía institucional da opinión pública libre onde se poidan discutir democraticamente as ideas pertinentes. En palabras da STC 159/1986 (FX 6): “o artigo 20 CE, ademais de consagrar o dereito á liberdade de expresión e a comunicar ou recibir libremente información veraz, xoga un papel esencial como garantía institucional do principio democrático

³⁷ Vid. GARCÍA FIGUEROA, A.J., “Constitución, Feminismo de Estado y Convenciones Lingüísticas (I)”, *Almacén de Derecho*, 26 de xaneiro de 2020. Acceso web: <https://almacendederecho.org/constitucion-feminismo-de-estado-y-convenciones-linguisticas-i> (outubro de 2021).

que inspira a nosa Constitución, o cal presupón o dereito dos cidadáns a contar cunha ampla e axeitada información respecto aos feitos, que lles permita formar as súas conviccións ponderando opinións diversas e mesmo contrapostas e participar así na discusión relativa aos asuntos públicos (...) [o] dereito á información non só protexe un interese individual, senón que entraña *o recoñecemento e a garantía dunha institución política fundamental, que é a opinión pública, indisolublemente ligada co pluralismo político*". (Cursiva do autor, na resolución orixinal con comiñas)

Mesmo aceptando a tese central e falando dun "constitucionalismo feminista", xorde a dúbida que seguramente o lector xa anotou: de que feminismo falamos? Dun liberal? Dun iliberal? Dun posmoderno? Dun populista? De todos á vez, na súa xusta ou inxusta medida? Non todos eles encaixan igual de ben no marco constitucional. Léase: *por debaixo* da Constitución cobran pleno sentido na medida en que son reflexo de opcións individuais que traducen valores e ideas moi respectables. Cando se sitúan *ao lado dela* teñen que estar a unha altura que inevitablemente xerará frustracións: materias feministas, presupostos feministas, leis feministas, xuíces e xuízas feministas, universidades feministas, familias feministas, dereito feminista...?

Un argumento adicional que non se debe eludir é o do custo de oportunidade. Cando as reivindicacións se volven maximalistas e pretenden nada máis e nada menos que facer unha Constitución feminista acaban por resultar perniciosas. En primeiro lugar, porque é moi improbable que consigan alcanzar o obxectivo perseguido (e máis improbable aínda é que non o saiban de antemán, mesmo sendo reflexo da estratexia de disparar por elevación). Polo tanto, os esforzos dedicados a un obxectivo inalcanzable son esforzos que xa nunca poderán desprezarse en conquistar avances igualitarios reais e igual de loables. De mostra, un botón. Dos debates sobre a adecuación constitucional ou non das accións positivas³⁸ pasamos a emendas á totalidade de trazo grosso, tales como derrubar o autoproclamado *heteropatriarcado capitalista* (¿?) mediante o ariete do constitucionalismo feminista. As estacións intermedias en forma de políticas públicas merecen mellor consideración, aínda que so sexa para saber, avaliación mediante, se procede a súa emenda, supresión ou renovación. Paradoxalmente, canto máis se intenta avanzar, menos se logra, e canto máis aumentan as reivindicacións maximalistas, menos se consegue a nivel micro. Non é de todo improprio recordar aquilo que dixo George Santayana: o fanatismo consiste en dobrar o esforzo cando se esqueceu o obxectivo.

Non cabe esquecer que o binomio Constitución-lexislación adoita ser proveitoso se a segunda respecta os límites que establece a primeira e sobre todo se ambas as dúas non se confunden. Se o que é política debatida e pactada en sede parlamentaria e despois convertida en norma xurídica se intenta facer pasar por norma constitucional, a Constitución perde unha das súas razóns de ser –establecer as regras do xogo e limitar o poder político– e a lexislación deixa de cumprir a súa función –regular a orde social de forma conxuntural na medida en que as maiorías parlamentarias cambian–. Se se constitucionaliza o polémico, rematou a polémica: temos un novo

³⁸ Sobre os seus problemas de constitucionalidade, véxase DÍEZ-PICAZO, L.M.^a, *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, 5.^a ed., Valencia, 2021, pp. 199 e ss.

dogma constitucional inapelable. Ao peor ese é o efecto colateral negativo de teses como as que se discuten, que non nos permitan impugnar (ou non) o que democraticamente temos pleno dereito a impugnar. Os extremos, unha vez máis, tócanse. Tal como ilustra coa agudeza con que acostuma o profesor GARCÍA FIGUEROA: “Constitucionalizar unha concepción feminista da igualdade sería tan desatinado (e reaccionario) como confiarse a un enfoque orixinalista da Constitución”³⁹.

Se o anterior parece escaso, pódense dar algunhas ideas adicionais para reforzar a tese que defendemos. A primeira extráese da STEDH ditada no caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, de 25/07/2017, onde Estrasburgo di que “o problema de estereotipar un determinado grupo da sociedade impide a avaliación individualizada das súas capacidades e necesidades” (§ 46). Ese argumento, que serviu no caso concreto para dar a razón á litigante, é igualmente válido *a sensu contrario* (se un argumento non admite aplicación universal é sospeitosa como argumento)⁴⁰. E é que o constitucionalismo feminista apela a un suxeito colectivo que, como tal, non existe. Non existen “as mulleres” como bloque granítico cunha única vontade. Existen millóns de mulleres que merecen a mellor das consideracións e un estatuto xurídico impecablemente libre e igualitario: garantir a todas as persoas un estatuto de cidadanía conformado polos dereitos e liberdades individuais. Dito con outras palabras, disparar “a vulto” non adoita resolver problema ningún. Por esa razón, dicir “constitucionalismo feminista” é ou ben non dicir moito (que feminismo?, que constitucionalismo queda?) ou é dicir demasiado (unha Constitución *con* ideoloxía segue sendo unha Constitución?).

7 A modo de conclusión

Despois do dito en liñas anteriores, chega o momento de extractar os achados resultantes en forma de reflexións finais. A primeira conclusión á que se chega é que o feminismo é un movemento plural que pretende conformar unha rama de coñecemento nova, á par que un proxecto xurídico-político emancipador arredor da idea do constitucionalismo feminista. O soporte teórico desta proposta vén en boa medida do outro lado do charco, en concreto de sectores académicos anglosaxóns (norteamericanos en particular). Outros modelos intentan levar esas conclusións a países tan dispares como Colombia, Nixeria, Sudáfrica ou Chile. Para o caso español, existen algunhas propostas teóricas neste sentido, aínda que se bota en falta nos

³⁹ Vid. GARCÍA FIGUEROA, A.J., “Constitución, Feminismo de Estado y Convenciones Lingüísticas (II)”, cit.

⁴⁰ A demandante sometouse a unha intervención cirúrxica posteriormente declarada negligente e que lle provocou, entre outros danos, non poder gozar de vida sexual. En primeira instancia outórgaselle unha indemnización que, en apelación, se reduce substancialmente, alegando o Tribunal Administrativo Supremo que, tendo en conta a súa idade e as súas circunstancias, os danos non revestían *tal* gravidade. A demandante chega a Estrasburgo por entender lesionado o seu dereito á igualdade e á non discriminación en conxunción co seu dereito á vida privada. O tribunal dálle a razón, nunha decisión de cinco contra dous (con diversos votos particulares e concorrentes). O tribunal vén continuar a senda trazada na STEDH 22/03/2012, que decide o asunto *Konstantin Markin c. Rusia*, onde incidía no estereotipo negativo da muller como coiadadora. Tamén é interesante a STEDH que resolve o caso *Ecis c. Letonia*, do 10/01/2019, que reputa discriminatoria a prohibición de que o home recluso non obteña permiso para saír polo falecemento do seu pai cando nas mesmas circunstancias as mulleres reclusas si gozaban deste. Vid. LÓPEZ GUERRA, L.M., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 319 e ss.

estudos académicos pertinentes, por máis serios que son, unha característica de todo proceso de creación ou emenda constitucional: a gradualidade e prudencia, así como o debate democrático desde todas as posturas.

Son tempos de cambio a nivel individual e global, cambios que a pandemia ocasionada pola COVID-19 non fixo máis que acrecentar. Precisamente o que demostraron as democracias constitucionais é que resisten ben os embates propios da situación de excepcionalidade. Se o constitucionalismo feminista é unha pedra no estanque para que tomemos conciencia de que o momento histórico demanda altura de miras, debate e reflexión, non podemos estar máis de acordo co postulado. Se o constitucionalismo feminista se deixa levar pola peor cara radical-populista rampante e se presta a servir de escusa para permitir o socavamento das institucións democráticas e as conquistas propias desa civilización chamada estado de dereito, entón todos teremos perdido.

Bibliografía

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Crítica del constitucionalismo feminista*, Atelier, Barcelona, 2020.
- BAINES, B., BARAK-EREZ, D. e KAHANA, T. (eds.), *Feminist Constitutionalism. Global Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 2012.
- BLANCO, D., “La mujer española en los albores del siglo XXI”, Egido, Á. e Fernández Asperilla, A. (eds.), *Ciudadanas Militantes Feministas*, Eneida, Madrid, 2011.
- BLANCO VALDÉS, R., *Luz tras las tinieblas. Vindicación de la España constitucional*, Alianza, Madrid, 2018.
- CABALLÉ MASFORROLL, A., *El feminismo en España: La lenta conquista de un derecho*, Catedra Ediciones, Madrid, 2013.
- CABRERA TAPIA, R., “Chile ante el proceso constituyente”, *bie3. Boletín IEEE*, n. 141, 2020.
- CAMPOAMOR, C., “La mujer y su nuevo ambiente (la sociedad). Conferencia pronunciada en la Universidad Central en mayo de 1923”, Campoamor, C. (aut.), *El Derecho de la Mujer*, Comunidad de Madrid-Asociación Española Clara Campoamor, Madrid, 2007.
- DE LORA, P., *Lo sexual es político (y jurídico)*, Alianza, Madrid, 2019.
- DE LORA, P., “Constitución, feminismo y diversidad. El trilema del feminismo constitucional”, *Revista de Ciencias Sociales*, n. 77, 2020.
- DE LORA, P., “Hombres, mujeres y el feminismo zombi”, Tey, M. (ed.), *Hombres y sombras. Contra el feminismo hegemónico*, Economía Digital, Barcelona, 2020.
- DÍEZ-PICAZO, L.M.^a, *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, 5^a ed., Valencia, 2021.
- DOMÍNGUEZ, I., *Del iluminismo a Matrix. Una historia del relativismo moderno*, Akal, Madrid, 2021.
- FISS, O., “¿Qué es el feminismo?”, *Doxa*, n. 14, 1993.

Regap

ESTUDIOS

- FREIXÉS, T., “La máscara y la manipulación. Interrogantes acerca de cómo afrontar el debate sobre el sexo/género”, Tey, M. (ed.), *Hombres y sombras. Contra el feminismo hegemónico*, Economía Digital, Barcelona, 2020.
- GAHETE MUÑOZ, S., “Los debates del movimiento feminista ante el proyecto constitucional y la Constitución: de la unión a la separación”, *Historia Contemporánea*, n. 62, 2020.
- GARCÍA FIGUEROA, A., “Feminismo de Estado: fundamentalmente religioso y religiosamente fundamentalista”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 17, 2019.
- GARCÍA FIGUEROA, A.J., “Constitución, Feminismo de Estado y Convenciones Lingüísticas (I)”, *Almacén de Derecho*, 26 de enero de 2020. Acceso web: <https://almacenederecho.org/constitucion-feminismo-de-estado-y-convenciones-linguisticas-i> (octubre de 2021).
- GIMENO, B., “El papel del feminismo en los procesos constituyentes y en el cambio social”, Monereo, M., Juste, R. e Illueca, H. (coords.), *Volver a mirarnos. Proceso constituyente y cambio constitucional para la España del siglo XXI*, El Viejo Topo, Barcelona, 2018.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., *Una Constituyente feminista*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., “Las escuelas de derecho constitucional españolas en el marco de la crisis constitucional presente”, *IberICONnect*, 30 de setembro de 2021. Acceso web: <https://www.ibericonnect.blog/2021/09/las-escuelas-de-derecho-constitucional-espanolas-en-el-marco-de-la-crisis-constitucional-presente/> (octubre de 2021).
- HARARI, Y.N., *Homo Deus*, Debate, Barcelona, 2016.
- HUGHES, R., *La cultura de la queja. Trifulcas norteamericanas*, Anagrama, Barcelona, 1994.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “Acotaciones sumarias sobre el «derecho a la diferencia» de trato”, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (coord.), *Democracia constitucional y diversidad cultural*, CEPC, Madrid, 2017.
- KATZ, E., “Women’s Involvement in International Constitution-Making”, Baines, B., Barak-Erez, D. e Kahana, T. (eds.), *Feminist Constitutionalism. Global Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 2012.
- LÓPEZ GUERRA, L.M.^a, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Valencia, 1995 (1.^a ed.: 1989).
- MACKINNON, C., “Foreword”, Baines, B., Barak-Erez, D. e Kahana, T. (eds.), *Feminist Constitutionalism. Global Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 2012.
- MIYARES, A., *Democracia feminista*, Cátedra, Madrid, 2018.
- MONTERO, J., “Movimiento Feminista. Una trayectoria singular”, Egido, Á. e Fernández Asperilla, A. (eds.), *Ciudadanas Militantes Feministas*, Eneida, Madrid, 2011.

- MOUNK, Y., *El pueblo contra la democracia. Por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*, Paidós, Barcelona, 2018.
- NIETO, A., *Testimonios de un jurista 1930-2017*, INAP-Global Law Press, Madrid, 2017.
- PENDÁS, B., *Democracias inquietas. Una defensa activa de la España constitucional*, Ediciones Nobel, Oviedo, 2015.
- PINEDA, E., “Las otras feministas: cuestiones pendientes en la España actual”, Egido, Á. e Fernández Asperilla, A. (eds.), *Ciudadanas Militantes Feministas*, Eneida, Madrid, 2011.
- RENDUELES, C., *Contra la igualdad de oportunidades. Un panfleto igualitarista*, Seix Barral, Barcelona, 2020.
- REY MARTÍNEZ, F., “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de Derecho Político*, n. 100, 2017.
- REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- RODRÍGUEZ PALOP, M.^a E., *Revolución feminista y políticas de lo común frente a la extrema derecha*, Icaria, Barcelona, 2019.
- RUBIO-MARÍN, R. e IRVING, H. (eds.), *Women as constitution-makers: case studies from the new democratic era*, Cambridge University Press, New York, 2019.
- RUBIO MARÍN, R., “Mujeres y procesos constituyentes contemporáneos: retos y estrategias de participación”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 187, 2020.
- SEVILLA MERINO, J. (dir.), *Las mujeres parlamentarias en la legislatura constituyente*, Cortes Generales, Madrid, 2006.
- SOSA WAGNER, F. e FUERTES, M., *Panfleto contra la trapacería política. Nuevo Retablo de las Maravillas*, Editorial Triacastela, Madrid, 2021.
- VENTURA FRANCH, A. e GARCÍA CAMPÁ, S. (dirs.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- ZARAGOZA-MARTÍ, M.^a F., “La feminidad Disney: el desarrollo social de la mujer y sus consecuencias en la regulación constitucional”, *Barataria: revista castellano-manchega de ciencias sociales*, n. 27, 2020.
- ZOCO ZABALA, C., “Igualdad entre mujeres y hombres tras 40 años de Constitución Española”, *Revista de Derecho Político*, n. 100,

Regap

ESTUDIOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_xullo-decembro 2021 | pp. 87-117
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4835>
© Daniel Casal Oubiña
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 15/08/2021 | Aceptado: 16/12/2021

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Control escrito e asembleas legislativas autonómicas. Unha mellora da función parlamentaria?¹

Control escrito y asambleas
legislativas autonómicas.
¿Una mejora de la función
parlamentaria?

Written control and regional
legislative assemblies.
An improvement of the
parliamentary function?

62 Regap

Regap

ESTUDIOS

DANIEL CASAL OUBIÑA
Profesor de Ciencia Política
Universidade Complutense de Madrid

dancasal@ucm.es

Resumo: O fundamento da transformación do traballo parlamentario moderno explícase pola importancia dos partidos e a extensión das políticas redistributivas, cuxa principal consecuencia é o desprazamento do legislativo a favor do executivo. Este artigo analiza se o desenvolvemento das asembleas legislativas nas comunidades autónomas reforzou as cifras de control escrito. Para iso, o artigo analiza a función de control parlamentario, constrúe unha base de datos sobre os mecanismos de control escrito existentes nos 17 parlamentos autonómicos (preguntas escritas e solicitudes de informes) e propón unha modelización dos mecanismos de control escrito en función do seu posicionamento cara ao poder executivo (modelo racional) ou cara ao parlamento (modelo fiscalizador).

Palabras clave: Control escrito, Asemblea Lexislativa das Comunidades Autónomas, pregunta escrita, solicitude de informe.

¹ O autor deséxalles agradecer aos revisores o seu labor de avaliación do artigo. Ademais, quere dedicarllo ao profesor Ignacio Astarloa polas súas valiosas leccións sobre dereito parlamentario na Universidade Carlos III, así como ao profesor Adolfo Calatrava polas horas pasadas traballando no control escrito.

Resumen: El fundamento de la transformación del trabajo parlamentario moderno se explica por la importancia de los partidos y la extensión de las políticas redistributivas, cuya principal consecuencia es el desplazamiento del legislativo a favor del ejecutivo. Este artículo analiza si el desarrollo de las asambleas legislativas en las comunidades autónomas ha reforzado las cifras de control escrito. Para ello, el artículo analiza la función de control parlamentario, construye una base de datos sobre los mecanismos de control escrito existentes en los 17 parlamentos autonómicos (preguntas escritas y solicitudes de informes) y propone una modelización de los mecanismos de control escrito en función de su posicionamiento hacia el poder ejecutivo (modelo racional) o hacia el parlamento (modelo fiscalizador).

Palabras clave: Control escrito, Asamblea Legislativa de las Comunidades Autónomas, pregunta escrita, solicitud de informe.

Abstract: The foundation of the transformation of modern parliamentary work is explained by the importance of parties and the extension of redistributive policies whose main consequence is the displacement of the legislature in favor of the executive. This article analyzes whether the development of the legislative assemblies in the Autonomous Communities has strengthened the written control figures. To this end, the article analyzes the parliamentary control function, builds a database on the existing written control mechanisms in the 17 autonomous parliaments (written questions and requests for reports) and proposes a modeling of the written control mechanisms based on its position towards the executive branch (rational model) or towards parliament (supervisory model).

Key words: Written control, Legislative Assembly of the Autonomous Communities, written question, report request.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 O control parlamentario escrito como marco analítico de referencia. 2.1 A posición do poder lexislativo nos sistemas políticos parlamentarios. 2.2 O concepto do control parlamentario. 2.3 O deseño parlamentario no Estado das comunidades autónomas. 3 Deseño da investigación. 3.1 Preguntas de resposta escrita. 3.2 Solicitud de información. 3.3 Modelización dos sistemas de control parlamentario escrito. 4 Resultados. 4.1 Preguntas con resposta escrita. 4.2 Solicitudes de informe. 5 Discusión de resultados. 6 Conclusións.

1 Introducción

Unha das principais características do parlamentarismo contemporáneo ten que ver coa progresiva importancia que foi adquirindo a función de control do poder lexislativo cara aos executivos e as administracións públicas².

A razón de ser desta transformación do labor parlamentario pódese explicar por varios factores. En primeiro lugar, a importancia dos partidos políticos, que a través da conformación de grupos parlamentarios, así como de gobernos sustentados en maiorías, debilita a importancia do labor lexislativo³.

² CUOCOLO, F., *Instituzioni di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 226; BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1965, p. 404; ARAGÓN, M., "Información Parlamentaria y Función de Control", VV. AA., *Instrumentos de Información de las Cámaras Parlamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 23; MATIA PORTILLA, E., "Derecho a la información de los representantes políticos, protección de datos y transparencia", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 42, 2017, p. 6.

³ GARCÍA MORILLO, J., *La Democracia en España*, Alianza Editorial, Madrid, 1998; APARICIO, M.A., *Introducción al sistema político y constitucional español*, Ariel, Barcelona, 1994; PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1997; FERNÁNDEZ SARASOLA, I., "El control parlamentario y su regulación en el Ordenamiento español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 60, 2000, p. 90.

De forma paralela á institucionalización dos partidos, que adoptan o rol exclusivo de canalizadores da participación política organizada⁴, o desenvolvemento do Estado social e a xeneralización e extensión das políticas públicas redistributivas levaron consigo a expansión tanto da demanda dunha maior discrecionalidade e axilidade como da potestade regulamentaria, cuxa principal consecuencia é o desprazamento do lexislativo, en favor dos gobernos, como único poder do Estado dotado de capacidade normativa⁵.

O presente *paper* ten como pregunta principal coñecer se o desenvolvemento dos parlamentos autonómicos reforzou as figuras tradicionais de control parlamentario escrito aos gobernos. Para iso, o artigo divídese en tres partes. Primeiramente, analiza a función de control parlamentario como marco analítico de referencia; a continuación, preséntase a metodoloxía que se basea na construción dunha base de datos sobre os mecanismos de control escrito existentes nos 17 parlamentos autonómicos a partir das dúas figuras (preguntas escritas e solicitudes de informe) que lle permiten maior actuación individual directa ao parlamentario.

En segundo lugar, o *paper* presenta e discute os resultados analíticos da base de datos formulando unha modelización dos mecanismos de control parlamentario escrito existentes no Estado autonómico a partir do seu posicionamento cara aos gobernos autonómicos. Finalmente, o artigo presenta as conclusións e limitacións da investigación.

Regap

ESTUDIOS

2 O control parlamentario escrito como marco analítico de referencia

2.1 A posición do poder lexislativo nos sistemas políticos parlamentarios

Posiblemente a clasificación que, con carácter xeral, é a que ten maior consenso no relativo á comprensión científica dos elementos básicos que definen calquera sistema político democrático se vincula co estudo da organización dos poderes do Estado⁶. Deste modo, LINZ⁷ establece que existen dous grandes modelos: o presidencialismo e o parlamentarismo, e SARTORI⁸ determina que, aínda que existen sistemas interme-

⁴ TORCAL, M., MONTERO, J.R. e TEORELL, J., "La participación política en España: modos y niveles en perspectiva comparada", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 132, 2006, p. 18.

⁵ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. e GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", *Documentación Administrativa*, n. 188, 1980, p. 186; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, Madrid, 1998.

⁶ LINARES, S., "Treinta Años del Debate Presidencialismo-Parlamentarismo. Un balance de las evidencias", *Revista Española de Ciencia Política*, n. 27, 2011, p. 9.

⁷ LINZ, J.J., "Presidential or parliamentary democracy: Does it make a difference?", Linz, J.J. e Valenzuela, A. (ed. lit.), *The failure of presidential democracy*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1994.

⁸ SARTORI, G., *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, Palgrave MacMillan, Londres, 1994, p. 18.

dios, como o semipresidencialismo⁹, as súas dificultades de definición conceptual e a súa natureza híbrida fan que acabe orientándose cara a un dos dous modelos básicos¹⁰.

Os sistemas de corte presidencialista están inspirados no deseño constitucional do sistema político dos Estados Unidos e teñen como principal función lograr unha separación de poderes rixida a partir dun sistema de *checks and balances*¹¹ cuxa finalidade primaria persegue impedir que ningunha das ramas (executiva, lexislativa ou xudicial) monopolice o proceso de toma de decisións impondo o seu criterio ao resto de poderes do Estado¹². Para iso, SHUGART e HAGGARD¹³ sinalan que este tipo de deseños institucionais persegue que cada poder conte con lexitimación directa, elección separada e axenda propia.

Pola súa parte, os sistemas políticos de tipo parlamentario, inspirados en boa medida no sistema político do Reino Unido¹⁴, caracterizaríanse por organizar a división de poderes de forma radicalmente distinta, buscando a preeminencia do poder lexislativo a partir da súa vinculación mediata e directa coa comunidade política depositaria da soberanía nacional, que é quen designa os seus integrantes. Deste xeito, o resto de institucións do Estado requiren da participación parlamentaria para poder constituírse, operar plenamente e gozar de lexitimidade¹⁵.

Polo tanto, pódese afirmar que o parlamentarismo ten dúas dimensións básicas: a omnipresenza da institución parlamentaria e a responsabilidade do poder executivo.

A omnipresenza do poder lexislativo¹⁶ é o primeiro elemento nuclear dos sistemas parlamentarios. Esta afirmación parte do principio de que a cidadanía designa os integrantes das cámaras, os cales, no seu nome, activan o funcionamento do conxunto dos poderes do Estado e lexitiman o funcionamento dos seus diferentes órganos¹⁷.

A razón de ser desta primeira premisa aséntase en condicionantes políticos e históricos propios dos países europeos nos que o xurdimento de cámaras parlamentarias democráticas e representativas coexiste coa supervivencia de institucións do Antigo Réxime, coas que o poder lexislativo mantén unha tensión no relativo ao control dos procesos de toma de decisións que se resolve mediante un deseño institucional

⁹ DUVERGER, M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Press University France, París, 1970.

¹⁰ PIZARRO MARTÍN, J.A., "Las ambigüedades del régimen semipresidencial: la experiencia de la federación de Rusia", *Revista de Derecho de la UNED*, n. 5, 2009, p. 428; COLLIARD, J.C., "El poder en el semipresidencialismo", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 20, 2009, p. 94; MARTÍNEZ, R. e GARRIDO, A., *Sistemas mixtos de gobierno de tendencia presidencial*, Instituto de Ciencias Políticas y Sociales, Barcelona, 2000.

¹¹ NOHLEN, D., "El Presidencialismo Comparado", *Revista del Instituto de Altos Estudios Europeos*, n. 1, 2013, p. 7; TOCQUEVILLE, A. de, *La Democracia en América*, Alianza Editorial, 1835, p. 217.

¹² ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Gobernabilidad, crisis y cambio*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 104.

¹³ SHUGART, M. e HAGGARD, S., "Institutions and public policy in presidential systems", Haggard, S. e McCubbins, M.D. (eds.), *Presidents, Parliaments, and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 64.

¹⁴ ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Gobernabilidad, crisis y cambio*, cit., p. 104.

¹⁵ ANDUIZA PEREA, E., "El Sistema Político de Italia", Alcántara Sáez, M. (ed. lit.), *Sistemas Políticos de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 380; SÁNCHEZ MEDERO, G. e SÁNCHEZ MEDERO, R., "El Sistema Político y sus elementos", Sánchez Medero, G. e Sánchez Medero, R. (dirs.), *Sistemas Políticos de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 18.

¹⁶ LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMPES, P. e SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 218; DUVERGER, M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, cit., p. 139.

¹⁷ RAZQUIN LIZÁRRAGA, M., "El control parlamentario del Gobierno de España", *Revista Jurídica de Navarra*, n. 41, 2006, p. 115.

baseado na afirmación do parlamento, e do seu labor legislativo e orzamentario, como expresión da vontade xeral¹⁸.

A segunda premisa dos sistemas políticos parlamentarios aséntase no principio de responsabilidade do poder executivo, que constitúe un principio esencial ligado ao carácter expresivo que da vontade xeral teñen as cámaras e que se traduce en dúas funcións claves: o outorgamento da confianza e o control do poder executivo.

Polo tanto, pódese afirmar que o poder legislativo se configurou nos modelos parlamentarios como un órgano dotado de tres funcións básicas: potestade legislativa, orzamentaria, e impulso e control do goberno. O desenvolvemento destas funcións, e o seu peso, foise modulando co paso do tempo. Deste modo, FERNÁNDEZ SARASOLA¹⁹ afirma que o parlamentarismo do liberalismo decimonónico tiña no labor legislativo e orzamentario a súa principal función dentro do sistema político, posto que deste xeito se evitaban os abusos do poder por parte da coroa, os ministros do gabinete do monarca e a interpretación xudicial dun estamento de maxistrados moi vinculado e relacionado co Antigo Réxime.

Non obstante, a evolución dos diferentes actores sociais e políticos²⁰ e, en paralelo, o desenvolvemento do Estado social ten dúas consecuencias, xa que se expande a potestade regulamentaria dos gobernos²¹ e, ao mesmo tempo, refórzase a súa posición no sistema político para evitar situacións de inestabilidade que impidan que se fagan efectivas as principais políticas públicas²² mediante o deseño de *checks and balances* dentro dos sistemas parlamentarios que actúan como contramedidas aos excesos do legislativo.

Nesta racionalización do labor parlamentario, destacan elementos como a existencia de maiorías cualificadas e construtivas para retirar a confianza ao executivo, a atribución ao poder executivo de certas capacidades legislativas por razón de urxencia ou de refundir normativa de complexidade técnica ou a articulación do traballo parlamentario a través de grupos políticos que limitan a actuación individual dos representantes²³.

Pero, sobre todo, destaca un desprazamento funcional do parlamento que, ante a progresiva goberamentalización e partidización, comeza a ter no labor de control parlamentario a súa actividade máis relevante²⁴.

¹⁸ CASAL, D., "Estado, política y sociedad"; Perelló Oliver, S. (ed.), *Estructura Social Contemporánea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 287.

¹⁹ FERNÁNDEZ SARASOLA, I. "El control parlamentario y su regulación en el Ordenamiento español", cit., p. 91.

²⁰ PANIAGUA SOTO, J.L. "Los estudios sobre el Parlamento y el Control Parlamentario: una aproximación desde la Ciencia Política", Tudela, J. (coord.), *Los parlamentos autonómicos en tiempos de crisis*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2015, p. 4.

²¹ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. e GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", cit., p. 186; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, cit.

²² RAZQUIN LIZÁRRAGA, M., "El control parlamentario del Gobierno de España", cit., p. 114; PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, cit.; PORRAS NADALES, A., "Las preguntas escritas en la práctica parlamentaria española", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* n. 19, 1981, p. 108.

²³ GARCÍA MORILLO, J., "Mitos y realidades del parlamentarismo", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 9, 1991, p. 121.

²⁴ CUOCOLO, F., *Instituzioni di Diritto Pubblico*, cit., p. 226; BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Derecho Constitucional*, cit., p. 404; ARAGÓN, M., "Información Parlamentaria y Función de Control", cit., p. 23.

2.2 O concepto do control parlamentario

O control adquiriu, co paso do tempo, un carácter de maior centralidade na vida política dos sistemas parlamentarios. Desde unha perspectiva ampla, pódese entender que o control ten un carácter expansivo que se proxecta cara a todas as esferas do traballo parlamentario, posto que “sempre que hai discusión se posibilita o control parlamentario das minorías”²⁵, o cal se ve reflectido en actividades como a tramitación lexislativa ou o labor orzamentario.

Non obstante, a función de control deriva do concepto de responsabilidade do executivo cara ao lexislativo²⁶, onde cohabitando coa maioría que avala as políticas gobernamentais existen opcións políticas que, como define DE VERGOTTINI²⁷, se sitúan en oposición lexítima e constitucional como unha alternativa que aspira a acadar a maioría parlamentaria.

Deste xeito, o control persecue que o lexislativo imponha a súa vontade ao executivo, o condicione ou o someta ao escrutinio público²⁸, tendo polo tanto unha vocación constitucional, proactiva ou crítica.

Táboa 1. Tipoloxías de control parlamentario por vocación

Tipo de control	Características
Constitucional	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Suxeita o goberno aos parámetros da maioría parlamentaria que o apoia. ▶ Vincula o goberno coa separación de poderes e a función de cada institución.
Proactivo	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Condiciona a actuación do goberno a suxestións ou direccións marcadas polo parlamento ás súas políticas. ▶ Non se limita a fiscalizar, senón a orientar a actuación do executivo.
Crítico	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Persegue concretar a responsabilidade política ante determinadas actuacións. ▶ Ten como finalidade pór ante o escrutinio da opinión pública acción de goberno coa finalidade de erosionar a confianza.

Fonte: Elaboración propia.

A súa materialización funcional tradúcese nun conxunto de figuras políticas consideradas nos diferentes regulamentos parlamentarios e que se poden sistematizar en dous grandes grupos de mecanismos: fiduciarios e fiscalizadores.

²⁵ FERNÁNDEZ SARASOLA, I., “El control parlamentario y su regulación en el Ordenamiento español”, cit., p. 90.

²⁶ ROUSSEAU, J.J., *El Contrato Social*, Bordás, 1762, p. 98.

²⁷ DE VERGOTTINI, G., *Lo “shadow cabinet”: Saggio comparativo sul rilievo costituzionale dell’opposizione nel regime parlamentare britannico*, Giuffré, Milán, 1973, p. 49.

²⁸ MONTERO GIBERT, J.R. e GARCÍA MORILLO, J., *El Control Parlamentario*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 26.

Táboa 2. Mecanismos funcionais de control parlamentario

Tipo	Definición	Exemplos	Formalización
Fiduciarios	Examinan a relación de confianza entre o executivo e o lexislativo	Investidura	Oral
		Moción de censura	
		Cuestión de confianza	
Fiscalizadores	Analizan a actuación governamental desde unha perspectiva crítica ou construtiva	Preguntas	Oral: Preguntas, interpelacións, proposicións non de lei, plenos e sesións extraordinarias ou comparecencias
		Interpelacións	
		Solicitudes de información	
		Mocións	Escrita: Preguntas e solicitudes de información
		Proposicións non de lei	
		Plenos extraordinarios	
Comparecencias			

Fonte: Elaboración propia.

Os mecanismos fiduciarios, pero tamén os fiscalizadores cando teñen unha formalización oral, no pleno ou en comisión, levan consigo dous efectos prácticos. En primeiro lugar, perden espontaneidade; dado que o traballo parlamentario racionalizado se mediatiza a través dos grupos políticos e, polo tanto, xunto a prazos regulamentarios, este tipo de iniciativas implican requisitos internos nos grupos parlamentarios que fan que se trate máis de iniciativas de partido que dun representante. En segundo termo, a finalidade da medida proposta desvíase da finalidade do control político e oriéntase a provocar debates ou eventos que reflectan disensos máis ou menos intensos entre diferentes opcións políticas.

Pola súa banda, os mecanismos fiscalizadores formalizados de forma escrita teñen unha maior vinculación, en sentido estrito, á función do control parlamentario, posto que constitúen os instrumentos de uso individual do representante considerado de forma illada²⁹, e o seu emprego permite ao parlamentario centrar a súa actuación en aspectos sectoriais ou territoriais, obtendo certa relevancia ante determinados grupos sociais e transcendendo a mediación da súa organización política³⁰.

2.3 O deseño parlamentario no Estado das comunidades autónomas

A Constitución española fai referencia ás asembleas lexislativas das comunidades autónomas no seu artigo 152, que forma parte do título VIII, Sobre a organización territorial do Estado³¹.

Este precepto determina que, cando unha comunidade autónoma se constitúa a partir do procedemento de acceso ao autogoberno considerado no artigo 151 da norma fundamental, e que abre a vía para acceder ao máximo nivel competencial, deberá

²⁹ PORRAS NADALES, A., "Las preguntas escritas en la práctica parlamentaria española", cit., p. 112.

³⁰ BURDEAU, G., *Traité de Science Politique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1981, p. 418; SOLÉ TURA, J., "El control parlamentario en el periodo constituyente y en la Constitución de 1978", Aparicio, M.A. (coord.), *Parlamento y sociedad civil*, Universidade de Barcelona, Barcelona, 1980, p. 40.

³¹ VISEDO MAZÓN, F.J., "La realidad de los parlamentos autonómicos desde la aprobación de la Constitución española de 1978", *Revista de Derecho del Estado*, n. 28, 2012, p. 144..

contar no seu estatuto de autonomía cunha organización institucional baseada na existencia de 3 órganos.

En primeiro lugar, unha asemblea lexislativa, elixida directamente pola cidadanía mediante un sistema de elección proporcional que asegure a representación de todas as zonas do territorio. Deste xeito, dado que inicialmente a Constitución considera a vía autonómica do 151 para as denominadas nacionalidades históricas, parece que o constituínte busca fortalecer o carácter consociativo das institucións de autogoberno³² e intenta evitar o emprego de sistemas electorais maioritarios que produzan efectos como a fabricación artificial de maiorías³³ que poida dar lugar á exclusión de minorías.

O segundo órgano exixido polo 152 é a existencia dun presidente e un consello de goberno depositarios da función executiva. A norma fundamental determina que o xefe do goberno rexional debe ser elixido de entre os membros da súa asemblea lexislativa, reforzando o nesgo parlamentario do sistema³⁴. Finalmente, o artigo 152 determina que deberá existir un tribunal superior de xustiza en cada unha das comunidades autónomas que culmine a organización xurisdiccional no territorio.

Esta configuración do modelo institucional, inicialmente prevista para as comunidades do 151, non se contemplaba como básica para o resto de comunidades autónomas. Un exemplo ilustrativo vese no artigo 69.4, que para a designación de senadores autonómicos sinala que esta recaerá na asemblea lexislativa ou, en caso de non a ter, no órgano executivo superior das comunidades autónomas, é dicir, no equivalente a un pleno de deputación provincial. Neste sentido, foron as sentenzas do Tribunal Constitucional 16/1984 e 17/1989 as que asumen o carácter básico da organización institucional do artigo 152 con carácter expansivo cara a todos os territorios dentro da súa capacidade autoorganizativa.

Polo tanto, o desenvolvemento institucional autonómico levou consigo a creación de 17 parlamentos nos que hai unha composición dispar que oscila entre os 33 escanos do Parlamento da Rioxa e os 136 da Asemblea de Madrid. Na totalidade das asembleas lexislativas os escanos asígnanse mediante o emprego do sistema D'Hondt e na maioría utilízase a provincia ou a illa como circunscrición electoral (agás Asturias, que divide a provincia en 3 distritos electorais, e Canarias, que creou en 2018 unha circunscrición autonómica) e a definición dunha barreira electoral case sempre baseada na circunscrición provincial (coas excepcións de Canarias, Comunidade Valenciana e Estremadura, que a elevan nalgúns casos a comunidade autónoma) con porcentaxes que oscilan entre o 3 % e o 5 %.

³² CASAL, D. e VILADRICH, B., "Secesión, autogobierno y modelos de democracia", *Revista de Estudios Regionales*, 2021 (en prensa).

³³ LIJPHART, A., *Modelos de democracia. Formas de goberno y resultados en 36 países*, Ariel, Barcelona, 2016, p. 15.

³⁴ PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, cit.

Táboa 3. Modelos electorais das comunidades autónomas

Comunidade autónoma	Escanos	Circunscrición	Método de asignación de escanos	Barreira electoral
Andalucía	109	Provincial	D'Hondt	3%
Aragón	67	Provincial	D'Hondt	3%
Canarias	70	Mixta: autonómica (9 escanos) e insular (61 escanos)	D'Hondt	15% insular o 4% a nivel autonómico
Cantabria	35	Provincial	D'Hondt	5%
Castela e León	81	Provincial	D'Hondt	3%
Castela-A Mancha	33	Provincial	D'Hondt	3%
Cataluña	135	Provincial	D'Hondt	3%
Comunidade de Madrid	136	Provincial	D'Hondt	5%
Comunidade Foral de Navarra	50	Provincial	D'Hondt	3%
Comunidade Valenciana	99	Provincial	D'Hondt	5% no conxunto da comunidade
Estremadura	65	Provincial	D'Hondt	5% na circunscrición ou 5% na comunidade
Galicia	75	Provincial	D'Hondt	5%
Illas Baleares	59	Provincial	D'Hondt	5%
A Ríoxa	33	Provincial	D'Hondt	5%
País Vasco	75	Provincial	D'Hondt	3%
Principado de Asturias	45	3 circunscricións intraprovinciais	D'Hondt	3%
Rexión de Murcia	45	Provincial	D'Hondt	5%

Fonte: Elaboración propia.

Polo tanto, aínda que todas as comunidades autónomas toman como parámetro de inspiración o das Cortes Xerais, existen diferenzas no sistema electoral e a composición dos seus parlamentos que tamén se reflicten, como indica SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA³⁵, no conxunto das funcións parlamentarias (lexislativa, orzamentaria, de control e impulso político).

Destacan neste último aspecto como referencias clásicas o procedemento de investidura do *lehendakari* vasco ou do presidente do Principado de Asturias, onde varios candidatos poden solicitar de forma simultánea a confianza da cámara, estando prohibido o voto en contra (só se pode votar un candidato ou abstención), co obxecto de facilitar a conformación de gobernos.

³⁵ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., "Algunas consideraciones sobre las reformas estatutarias", *Teoría y realidad constitucional*, n. 22, 2008.

Por conseguinte, pódese afirmar que os parlamentos autonómicos se configuraron como a institución sobre a que pivota o funcionamento dos órganos de autogoberno das comunidades autónomas³⁶ e que o fixeron a partir dunha inspiración clara no modelo organizativo das Cortes Xerais con pequenas peculiaridades adaptadas á súa conxuntura territorial e cunha escasa vontade innovadora no referente aos aspectos básicos do seu sistema electoral, asignación de escanos ou organización interna³⁷.

3 Deseño da investigación

A partir da revisión da literatura e da análise conceptual da función de control no parlamentarismo racionalizado, así como do modelo parlamentario autonómico, faise necesario recuperar a pregunta principal de investigación, consistente en analizar se o desenvolvemento dos parlamentos autonómicos reforzou as figuras tradicionais de control parlamentario escrito ao executivo.

Así pois, o obxectivo xeral desta investigación constitúeo en primeiro lugar coñecer a formulación que os 17 regulamentos das asembleas lexislativas autonómicas realizan do dereito ás solicitudes de información e das preguntas escritas dirixidas aos gobernos rexionais, e, en segundo termo, establecer unha modelización dos sistemas de control escrito a partir do estudo das consecuencias do incumprimento, en tempo e forma, da obriga de responder.

Para iso, traballouse na construción dunha base de datos analítica de dúas dimensións: preguntas de resposta escrita e solicitudes de informe. Neste sentido, convén recordar que a función do control parlamentario ten unha clara vinculación co principio clásico de responsabilidade política do poder executivo cara ás cámaras lexislativas³⁸, aspecto que, debido ao fortalecemento de capacidades dos gobernos vinculadas ao desenvolvemento dos estados do benestar, así como a expansión e mediatización da actividade parlamentaria por parte dos partidos políticos³⁹, fan que realmente o labor directo de representación que realizan os parlamentarios, desde un punto de vista individual, se proxecte no control escrito e singularmente na figura das preguntas, así como das solicitudes de informe⁴⁰.

³⁶ VISEDO MAZÓN, F.J., "La realidad de los parlamentos autonómicos desde la aprobación de la Constitución española de 1978", cit., p. 164.

³⁷ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., "Algunas consideraciones sobre las reformas estatutarias", cit., 2008; PORRAS NADALES, A., "Las preguntas escritas en la práctica parlamentaria española", cit.; RENUU, J.M., *Sistema Político Español*, Editorial Huygens, Barcelona, 2012.

³⁸ VITORINO, A., "El Control Parlamentario del Gobierno", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 60-61, 1988, p. 354.

³⁹ PORRAS NADALES, A., "Las preguntas escritas en la práctica parlamentaria española", cit., p. 110.

⁴⁰ BLAMONT, E., *Les Techniques Parlementaires*, Presses Universitaires de France, París, 1950, p. 390; BURDEAU, G., *Traité de Science Politique*, cit., p. 418; SOLÉ TURA, J., "El control parlamentario en el período constituyente y en la Constitución de 1978", cit., p. 40.

3.1 Preguntas de resposta escrita

As preguntas parlamentarias son, sen lugar a dúbida, o mecanismo clásico de control. A súa formulación permítelles aos membros das cámaras coñecer unha determinada información, datos concretos ou posicionamentos políticos dos gobernos.

O seu enfoque pode consistir na formulación dunha pregunta oral para ser respondida polo goberno ante o pleno, caso en que a iniciativa ten unha función que persegue a escenificación efectiva do disenso político. Ao mesmo tempo, pódese formular de forma oral para ser contestada por autoridades ou altos cargos en comisións parlamentarias, tendo xeralmente nos regulamentos parlamentarios un tratamento máis extenso en materia de tempo de formulación e réplica, xa que se busca xerar un debate onde o obxectivo é que se facilite información e posicionamento cun contido máis amplo. Pero tamén se pode formular para ser tratada de forma escrita, caso en que se busca transformar un debate político nun mero expediente onde se achegan datos, feitos ou opinións.

Para analizar esta figura, tomáronse como referencias 7 indicadores básicos sobre o seu deseño regulamentario.

Táboa 4. Indicadores sobre as preguntas escritas

Indicador	Análise
Regulamento parlamentario	Estúdase a súa presenza nas normas básicas de organización das asembleas lexislativas.
Limitacións	Respóndese á pregunta sobre se existen limitacións por racionalización (cota de preguntas por parlamentario) ou se mediatiza o uso desta figura (obrigatoriedade de visto e prace do portavoz).
Prazo de resposta	Días que ten o goberno para responder.
Prazo de prórroga máximo	Coñecer se o executivo pode solicitar unha dilación na resposta á cámara e de cantos días dispón.
Posibilidade de transformación	Estudar se o parlamentario pode solicitar que a resposta teña tratamento oral cando se incumpran os prazos de resposta.
Mantemento do tratamento oral	Coñecer se o regulamento blinda a oralidade da pregunta transformada fóra do período de sesións.
Outras medidas de reproche parlamentario	Analizar outros reproches que se poden articular ante o incumprimento da obligatoriedade do goberno de responder.

Fonte: Elaboración propia.

Regap

ESTUDOS

Desde unha perspectiva formal, analízase se están consideradas nos regulamentos, estúdase se existe algún tipo de limitación no exercicio desta figura que a mediatice en favor dos grupos parlamentarios ou que racionalice o seu uso (por exemplo, a necesidade de que a pregunta conte co visto e prace do voceiro ou a limitación no seu número durante un período de tempo).

Por outro lado, desde un estudo procedemental da iniciativa determínase cal é o prazo de resposta que cada regulamento lle outorga ao goberno e estúdase se existen mecanismos de prórroga ou aprazamento para o executivo. Finalmente, analízase o reproche parlamentario que ten o incumprimento da obriga de responder a partir da análise sobre se se permite que a iniciativa se transforme de escrita a oral (e, polo tanto, implique a obrigatoriedade de comparecer do executivo con carácter inmediato), así como se a transformación se mantén, aínda fóra do período de sesións, e, por último, se existe algún tipo de reproche parlamentario adicional ante o incumprimento da obrigatoriedade de responder.

3.2 Solicitude de información

Como se sinalou anteriormente, xunto coas preguntas de resposta escrita, a solicitude de información dos representantes parlamentarios constitúe a segunda gran figura de control individual. A conceptualización desta posibilidade de acceso á información configúrase como un verdadeiro dereito fundamental autónomo que teñen os representantes electos do poder lexislativo para poder realizar da mellor forma posible o cumprimento das súas funcións⁴¹.

Táboa 5. Indicadores sobre solicitudes de informe

Indicador	Análises
Regulamento parlamentario	Estúdase a súa presenza nas normas básicas de organización das asembleas lexislativas.
Prazo de resposta	Sínálase o marco temporal no que o goberno debe facilitar a información solicitada e a existencia de prórrogas.
Medidas principais	Consecuencias regulamentarias da falta de resposta.
Medidas accesorias	Outras consecuencias e reproches parlamentarios ante o incumprimento do goberno de facilitar contestación.

Fonte: Elaboración propia.

O seu estudo realizouse a partir da análise de catro indicadores. En primeiro lugar, estúdase a súa formalización xurídica nos regulamentos parlamentarios como un dereito.

⁴¹ MATIA PORTILLA, E., "Derecho a la información de los representantes políticos, protección de datos y transparencia", cit., p. 4

En segundo lugar, determínase a existencia ou non dun prazo determinado para dar resposta e de cantos días dispón o executivo, así como da posibilidade de solicitar prórroga.

E finalmente analízase o reproche parlamentario do seu incumprimento a partir da existencia de medidas prioritarias ante a falta de resposta, así como de mecanismos adicionais por non facilitar a información no tempo e forma procedentes.

3.3 Modelización dos sistemas de control parlamentario escrito

A partir do estudo do deseño das principais figuras de control escrito que se dá en cada un dos parlamentos autonómicos, o seguinte aspecto que aborda a investigación é a construción de modelos de control escrito.

Para iso, realízase unha análise combinada dos resultados formulados e propóñense dous modelos ideais baseados na dureza do reproche parlamentario: racional e fiscalizador.

Táboa 6. Modelos de control parlamentario escrito

Modelo	Características
Racional	Favorable á posición do executivo.
	Limita a función do parlamentario (prazos longos, posibilidade de prórrogas).
	Inexistencia de reproche parlamentario aos incumprimentos.
Fiscalizador	Favorable á posición do parlamentario.
	Limitanse as capacidades do executivo de evitar a resposta con prazos breves.
	Establécense sistemas de reproche parlamentario ante o incumprimento.

Fonte: Elaboración propia.

O modelo racional oriéntase cara ao executivo, e a súa finalidade é asegurar que o goberno non se ve limitado por posibles obstrucionismos parlamentarios vinculados ao control escrito. Con este obxectivo, desde unha perspectiva ideal, este modelo trataría de limitar a función de control parlamentario en materia de establecemento de prazos longos (ampliáveis con prórrogas) e, ao mesmo tempo, non definiría ningún tipo de sanción ou reproche parlamentario ante incumprimentos do executivo.

Pola súa banda, o modelo fiscalizador prioriza o labor do parlamentario, en materia de control escrito, co obxecto de facilitar o seu labor como representante da cidadanía. Para iso, busca impedir que o goberno non atenda as preguntas ou as solicitudes de informe con prazos breves e prohibindo a prórroga nas contestacións. Ademais, define criterios de sanción parlamentaria cando o executivo non cumpra cos prazos.

4 Resultados

4.1 Preguntas con resposta escrita

A primeira dimensión analítica constitúea o estudo do deseño das preguntas con resposta escrita, co obxecto de coñecer a principal figura de actuación individual dos parlamentarios autonómicos.

Para a súa análise, definíronse sete indicadores agrupados en tres grandes categorías de estudo: formal (blindaxe xurídica no regulamento parlamentario e existencia ou non de limitacións no seu exercicio), procedemental (prazo de resposta e mecanismos de prórroga) e mecanismos de reproche parlamentario (posibilidade de transformación en pregunta oral, tratamento da oralidade da pregunta convertida e outras medidas accesorias).

Táboa 7. Deseño das preguntas parlamentarias desde unha perspectiva formal

Asemblea lexislativa	Contempladas (artigo do regulamento)	Existencia de límite ou cota por deputado/grupo
Andalucía	Si (art. 164)	Non
Aragón	Si (art. 263)	Non
Canarias	Si (art. 181)	Non
Cantabria	Si (art. 172)	Non
Castela e León	Si (art. 180)	Non
Castela-A Mancha	Si (art. 191)	Non
Cataluña	Si (art. 166)	Non
Comunidade de Madrid	Si (art. 198)	Non
Comunidade Foral de Navarra	Si (art. 192)	Non
Comunidade Valenciana	Si (art. 161)	Non
Extremadura	Si (art. 227.5)	Non
Galicia	Si (art. 157)	Non
Illas Baleares	Si (art. 160)	Non
A Rioxa	Si (art. 146)	Non
País Vasco	Si (art. 186)	Non
Principado de Asturias	Si (art. 216)	Non
Rexión de Murcia	Si (art. 185)	Non

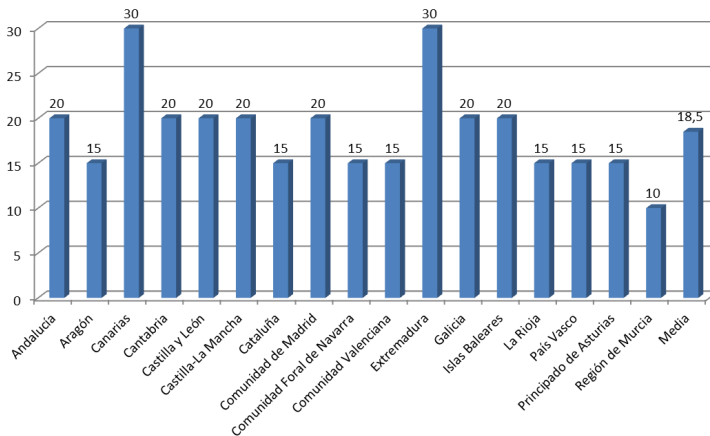
Fonte: Elaboración propia.

Como se pode observar desde unha perspectiva formal de análise, os 17 parlamentos autonómicos consideran a posibilidade de que os seus integrantes formulen preguntas con resposta escrita ao Consello de Goberno e así o dispón nos seus respectivos regulamentos.

En todos eles, ademais, o exercicio desta figura non se ve limitada pola existencia de cotas, ou por necesidades de tipo formal, como contar co visto e prace do voceiro do grupo, máis alá do que posteriormente cada bancada estableza na súa disciplina interna. Polo tanto, pódese afirmar que desde un punto de vista regulamentario se facilita a actuación individual do representante.

A partir dun estudo procedemental, cómpre sinalar que en case todas as asembleas legislativas se establece un prazo máximo no cal o Consello de Goberno debe remitir a resposta á cámara.

Gráfico 1. Prazos de resposta ás preguntas escritas nos parlamentos autonómicos

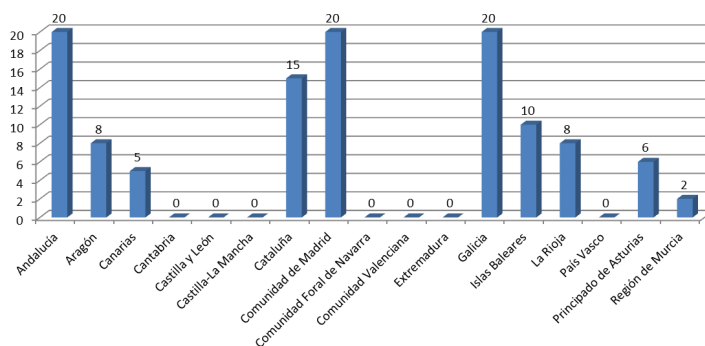


Fonte: Elaboración propia.

O prazo medio definido en todas as comunidades é de 18,5 días. Neste apartado a maioría dos regulamentos fixan 20 días como prazo de resposta. Dúas comunidades superan este prazo, sendo os 30 días que se prevén nos regulamentos do Parlamento de Canarias e a Asemblea de Extremadura o período de tempo máis amplo e os 10 días exixidos por parte do Regulamento da Asemblea Rexional de Murcia o prazo máis curto para que o executivo remita a súa resposta á cámara.

É relevante sinalar que o Parlamento de Cantabria, as Cortes Valencianas, de Castela e León, de Castela-A Mancha, a Asemblea de Extremadura e o Parlamento Vasco impiden aos seus respectivos consellos de goberno establecer ningunha prórroga ao prazo máximo de resposta establecido nos seus regulamentos. Pola súa parte, Andalucía, a Comunidade de Madrid e Galicia facultan os seus executivos a prorrogar por ata 20 días a remisión da resposta parlamentaria, mentres que os parlamentos do Principado de Asturias (6 días), Canarias (5 días) e, sobre todo, a Rexión de Murcia (2 días) establecen os prazos máis curtos de prórroga na remisión da resposta.

Gráfico 2. Prazos máximos de prórroga na remisión da resposta ás preguntas escritas



Fonte: Elaboración propia.

O incumprimento da obrigación de ofrecer resposta ás preguntas parlamentarias de carácter escrito leva consigo como principal reproche parlamentario o outorgamento ao parlamentario da potestade de solicitar que a pregunta se converta en oral e sexa incluída pola presidencia da cámara na seguinte sesión da comisión correspondente, por razón da materia.

Táboa 8. Transformación oral das preguntas escritas

Asemblea lexislativa	Posibilidade de transformación en pregunta oral
Andalucía	Si (art. 164)
Aragón	Si (art. 263)
Canarias	Si (art. 181)
Cantabria	Si (art. 172)
Castela e León	Si (art. 160)
Castela-A Mancha	Si (art. 191)
Cataluña	Si (art. 166.4)
Comunidade de Madrid	Si (art. 198.3)
Comunidade Foral de Navarra	Si (art. 192)
Comunidade Valenciana	Si (art. 161)
Extremadura	No
Galicia	Si (art. 157)
Illas Baleares	Si (art. 160)
A Rioxa	Si (art. 147)
País Vasco	Si (art. 186)
Principado de Asturias	Si (art. 216)
Rexión de Murcia	Si (art. 185)

Fonte: Elaboración propia.

Soamente a Asemblea de Estremadura non contempla ningún tipo de reproche parlamentario ante a falta de resposta ás preguntas de carácter escrito, limitándose o artigo 227.5 do seu regulamento a sinalar que o goberno deberá remitir a resposta ás preguntas escritas, con carácter improrrogable, no prazo dun mes.

Non obstante, o carácter oral das preguntas transformadas non ten unha duración permanente, posto que en todos os regulamentos onde se considera esta posibilidade se establece que, unha vez finalizados os períodos de sesións, aquelas iniciativas de control parlamentario de natureza oral pasarán a ser tramitadas e resoltas mediante resposta escrita do executivo rexional.

O que si chama a atención é que soamente tres parlamentos autonómicos contan con medidas de reproche adicional, xunto á posibilidade de transformación oral da pregunta: Cataluña, Comunidade de Madrid e País Vasco.

O artigo 166 do Regulamento do Parlamento de Cataluña establece que, en caso de que o goberno non dea cumprida resposta a unha pregunta escrita dentro dos 15 días seguintes á súa formulación, é un dereito do parlamentario pedir a súa transformación como pregunta oral que será incluída na seguinte sesión da comisión correspondente por razón da materia. Pero sinala, adicionalmente, que a celebración da comisión onde se deba substanciar a pregunta deberá ter lugar dentro dos 30 días seguintes á súa transformación, impedindo, con este mandato, que as maiorías nas mesas das comisións poidan dilatar a substanciación da pregunta transformada.

A Asemblea de Madrid, pola súa banda, prevé no artigo 198 do seu regulamento que, se pasados 20 días o goberno non remite á cámara a resposta, é un dereito do parlamentario solicitar a súa conversión para a súa inclusión, como pregunta oral, na seguinte comisión competente. Pero outorga, con carácter complementario, ao deputado rexional o dereito a que a resposta non contestada se publique, para coñecemento público deste incumprimento, por parte do executivo madrileño no portal de transparencia da Asemblea de Madrid.

Pola súa banda, o Parlamento Vasco, que tamén prevé a transformación en orais das preguntas non contestadas pasado o prazo de 15 días, establece no artigo 186 do seu regulamento que, ademais de celebrar a sesión correspondente para que teña lugar a resposta oral á pregunta, a Presidencia do Parlamento poderá dirixir un requirimento ao goberno para que, de forma complementaria, remita a resposta escrita solicitada.

4.2 Solicitudes de informe

O segundo aspecto analítico desta investigación constitúeo o deseño da figura parlamentaria das solicitudes de informe nos diferentes parlamentos autonómicos.

Como se sinalou anteriormente, a solicitude de información das administracións públicas por parte dos integrantes do poder lexislativo considérase como un verdadeiro dereito fundamental de natureza autónoma que integra o núcleo do seu labor parlamentario⁴².

⁴² MATIA PORTILLA, E., "Derecho a la información de los representantes políticos, protección de datos y transparencia", cit., p. 4.

Para a súa análise, seleccionáronse catro indicadores explicados na táboa 5: formalización xurídica, existencia dun prazo máximo de resposta, configuración de mecanismos de reproche parlamentario e medidas accesorias.

En primeiro lugar, é importante destacar que o dereito a solicitude de información por parte de parlamentario se atopa recoñecido na totalidade de regulamentos de asembleas lexislativas autonómicas.

Táboa 9. Recoñecemento do dereito á solicitude de información

Asemblea lexislativa	Recoñecemento regulamentario	Limitacións (deputado/grupo)
Andalucía	Si (art. 7)	Non
Aragón	Si (art. 31)	Non
Canarias	Si (art. 16)	Non
Cantabria	Si (art. 9)	Non
Castela e León	Si (art. 7)	Non
Castela-A Mancha	Si (art. 13)	Non
Cataluña	Si (art. 6)	Non
Comunidade de Madrid	Si (Art. 18)	Non
Comunidade Foral de Navarra	Si (art. 14)	Non
Comunidade Valenciana	Si (art. 12)	Non
Estremadura	Si (art. 19.1)	Non
Galicia	Si (art. 9)	Non
Illas Baleares	Si (art. 15)	Non
A Rioxa	Si (art. 14)	Non
País Vasco	Si (art. 11)	Non
Principado de Asturias	Si (art. 14)	Non
Rexión de Murcia	Si (art. 13)	Non

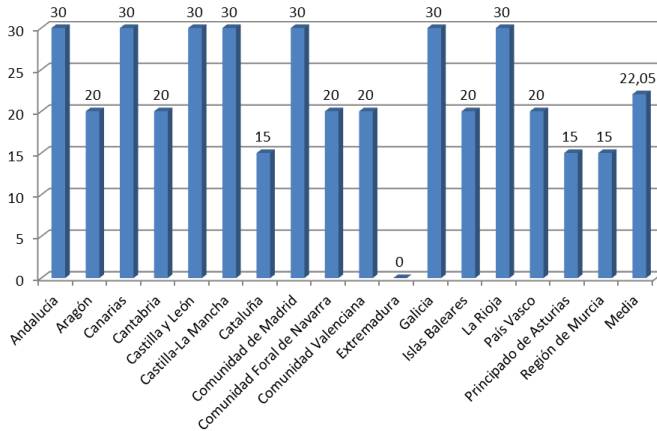
Fonte: Elaboración propia.

Neste sentido, é relevante sinalar que a totalidade dos regulamentos parlamentarios das comunidades autónomas configuran este dereito sen ningún tipo de limitación formal (por exemplo, visto e prace do voceiro do grupo) ou material (limitación de solicitudes nun período de tempo) se se proxecta sobre a actuación dos gobernos rexionais e as administracións autonómicas.

Cando se exerce o dereito de solicitude de información, a gran maioría dos regulamentos establecen que os gobernos rexionais dispoñen dun prazo limitado para responder.

Deste modo, existe un prazo medio de 22,05 días, que oscila entre os 15 días (que outorga aos seus gobernos os regulamentos do legislativo na Rexión de Murcia, Asturias e Cataluña) e un mes (contemplado nos parlamentos de Andalucía, Canarias, Castela e León, Castela-A Mancha, Comunidade de Madrid, Navarra, Galicia e A Ríoxa). Ademais, en dous casos, Asturias e Murcia, os seus consellos de goberno poden atrasar a resposta solicitando un período de prórroga de 6 e 5 días respectivamente.

Gráfico 3. Prazos máximos para atender solicitudes de información parlamentaria



Fonte: Elaboración propia.

Neste aspecto, chama a atención o caso da Asemblea de Extremadura, na que o seu regulamento (art. 19.1) establece que é un dereito dos parlamentarios acceder á información precisa procedente da Junta de Extremadura para realizar as súas funcións, pero no artigo 230 da norma regulamentaria non se establece un prazo máximo para atender a iniciativa.

O incumprimento da petición de información por parte de membros do poder legislativo non ten consecuencias parlamentarias nas asembleas legislativas de Andalucía, Castela e León, Castela-A Mancha, Comunidade de Madrid, Navarra e Extremadura.

Nos parlamentos de Aragón, A Ríoxa, Cataluña, País Vasco, Principado de Asturias e Cantabria establécese que o incumprimento das solicitudes de información lle permite ao representante electo elevar unha queixa á presidencia da asemblea legislativa que requirirá do consello de goberno a remisión da información solicitada.

No caso do Parlamento de Cataluña, o artigo 9 do seu regulamento, establece que este requirimento deberá atenderse no prazo máximo de 3 días.

Pola súa banda, o incumprimento da obriga de atender unha solicitude de informe implicará a súa transformación como pregunta oral, en pleno ante o Parlamento de Canarias, ou en comisión nas asembleas legislativas da Comunidade Valenciana e Galicia.

O reproche parlamentario contempla medidas accesorias en diversas comunidades autónomas cando o goberno non facilita a información solicitada.

Deste xeito, o artigo 35 do Regulamento das Cortes de Aragón establece que, de forma paralela ao requirimento de facilitar a resposta á iniciativa, o parlamentario dispón da potestade de transformar a solicitude de información nunha pregunta oral ante o pleno da cámara.

Idéntico procedemento se segue no Parlamento de Cantabria, onde o requirimento da información se pode complementar pola posibilidade de converter a iniciativa nunha comparecencia do goberno ante o pleno para informar do incumprimento de facilitar o acceso á información (art. 9 do Regulamento do Parlamento de Cantabria).

Pola súa banda, o Parlamento Vasco prevé que, en caso de incumprimento dun requirimento para cumprir coa solicitude de información, a presidencia da cámara deberá dar conta ao pleno desta.

Finalmente, o Parlamento de Cataluña prevé no seu artigo 8 que, xunto á potestade do deputado de elevar queixa á presidencia da cámara para que requira o goberno para que remita a información no prazo de 3 días, este poderá acudir ante os organismos regulatorios de transparencia e acceso á información pública para facer valer os seus dereitos.

5 Discusión de resultados

A análise do deseño das figuras parlamentarias de control escrito seleccionadas como obxecto de estudo permite apreciar tres consideracións previas en relación coa conceptualización do control parlamentario.

En primeiro lugar, é preceptivo sinalar que a configuración das preguntas con resposta escrita e as solicitudes de informe como instrumentos de actuación individual do parlamentario se mantiveron nos 17 parlamentos autonómicos e así está recoñecida nos seus respectivos regulamentos.

Táboa 10. Blindaxe xurídica dos instrumentos de control escrito sen mediatización dos grupos parlamentarios

Asemblea lexislativa	Preguntas escritas	Existencia de límite ou cota (deputado/grupo)	Solicitudes de informe	Límite (deputado/grupo)
Andalucía	Si (art. 164)	Non	Si (art. 7)	Non
Aragón	Si (art. 263)	Non	Si (art. 31)	Non
Canarias	Si (art. 181)	Non	Si (art. 16)	Non
Cantabria	Si (art. 172)	Non	Si (art. 9)	Non
Castela e León	Si (art. 180)	Non	Si (art. 7)	Non
Castela-A Mancha	Si (art. 191)	Non	Si (art. 13)	Non
Cataluña	Si (art. 166)	Non	Si (art. 6)	Non
Comunidade de Madrid	Si (art. 198)	Non	Si (Art. 18)	Non
Comunidade Foral de Navarra	Si (art. 192)	Non	Si (art. 14)	Non
Comunidade Valenciana	Si (art. 161.)	Non	Si (art. 12)	Non
Estremadura	Si (art. 227.5)	Non	Si (art. 19.1)	Non
Galicia	Si (art. 157)	Non	Si (art. 9)	Non
Illas Baleares	Si (art. 160)	Non	Si (art. 15)	Non
A Rioxa	Si (art. 146)	Non	Si (art. 14)	Non
País Vasco	Si (art. 186)	Non	Si (art. 11)	Non
Principado de Asturias	Si (art. 216)	Non	Si (art. 14)	Non
Rexión de Murcia	Si (art. 185)	Non	Si (art. 13)	Non

Fonte: Elaboración propia.

Neste aspecto, polo tanto, pódese considerar que os parlamentos autonómicos mantiveron as figuras de control escrito como un ámbito de actuación individual e autónoma dos seus integrantes que transcende a mediatización dos partidos e lles permiten exercer funcións propias de representación⁴³.

A segunda apreciación relacionada cos mecanismos de control escrito ten que ver co seu reforzo mediante a definición de prazos para o seu cumprimento, como se mostra nos gráficos 1, 2 e 3.

⁴³ PORRAS NADALES, A., "Las preguntas escritas en la práctica parlamentaria española", cit., p. 112; BURDEAU, G., *Traité de Science Politique*, cit., p. 418; SOLÉ TURA, J., "El control parlamentario en el periodo constituyente y en la Constitución de 1978", cit., p. 40.

Táboa 11. Prazos integrados de cumprimento e prórroga dos mecanismos de control escrito

Asemblea lexislativa	Prazo preguntas escritas	Prórroga preguntas escritas	Prazo solicitudes de informe	Prórroga solicitudes de informe
Andalucía	20	20	30	0
Aragón	15	8	20	0
Canarias	30	5	30	0
Cantabria	20	0	20	0
Castela e León	20	0	30	0
Castela-A Mancha	20	0	30	0
Cataluña	15	15	15	0
Comunidade de Madrid	20	20	30	0
Comunidade Foral de Navarra	15	0	20	0
Comunidade Valenciana	15	0	20	0
Estremadura	30	0	0	0
Galicia	20	20	30	0
Illas Baleares	20	10	20	0
A Rioxa	15	8	30	0
País Vasco	15	0	20	0
Principado de Asturias	15	6	15	6
Rexión de Murcia	10	2	15	5

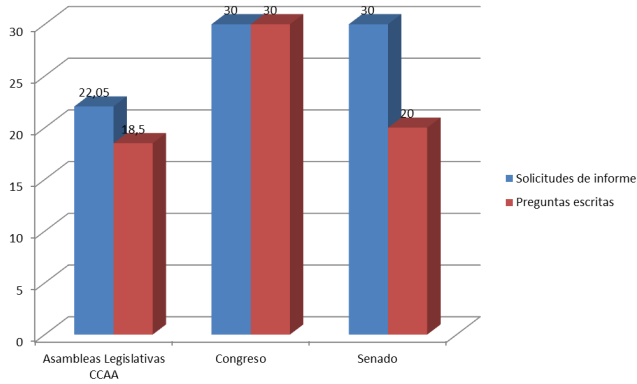
Fonte: Elaboración propia.

Neste aspecto, é relevante sinalar que os parlamentos autonómicos reforzaron a potestade de control individual dos seus membros en comparación con deputados e senadores nas Cortes Xerais, definindo de media prazos máis breves respecto aos existentes a nivel nacional.

Nos artigos 7 do Regulamento do Congreso dos Deputados e 20.2 do Regulamento do Senado, establécese o dereito que asiste os integrantes das dúas cámaras a solicitar información por escrito. En ambos os dous casos establécese un prazo de resposta de 30 días.

Pola súa banda, as preguntas con resposta escrita considéranse nos artigos 169 do Regulamento da Cámara Alta e no 190 do Regulamento do Congreso dos Deputados. Neste aspecto, cada cámara conta co seu propio prazo, de maneira que o goberno dispón de 20 días para responder as preguntas formuladas dende o Senado e dun mes para facer o propio cando a pregunta ten orixe na Cámara Baixa.

Gráfico 4. Prazos máximos de resposta comparados entre asembleas lexislativas-Cortes Xerais



Fonte: Elaboración propia.

A terceira apreciación radica nos mecanismos de reproche parlamentario existentes cando os gobernos autonómicos non atendan as solicitudes de informe ou as preguntas escritas.

Neste sentido, existe un tratamento desigual de ambas as dúas figuras. Por un lado, o conxunto de regulamentos parlamentarios (con excepción do Regulamento da Asemblea de Estremadura) outorgan aos seus membros a posibilidade, ante a falta de resposta, de transformar a pregunta escrita nunha pregunta oral cuxa tramitación se inclúe na orde do día da comisión competente por razón da materia. Soamente tres parlamentos autonómicos establecen medidas accesorias ante o incumprimento da obriga de facilitar resposta.

Trátase da Asemblea de Madrid, que faculta o parlamentario a solicitar que a resposta non contestada se publique no Portal de Transparencia da institución; o Parlamento de Cataluña, que exige que a comisión onde deba substanciarse a pregunta deba celebrarse dentro dos 30 días posteriores á súa transformación, e o Parlamento Vasco, onde a transformación se pode compatibilizar cun novo requirimento ao goberno nos termos do artigo 216 do seu regulamento.

Polo tanto, pódese apreciar que, máis alá de abreviar os prazos, as asembleas lexislativas autonómicas previron un tratamento similar das preguntas escritas ao considerado nos regulamentos do Congreso dos Deputados e o Senado (arts. 190 e 169) innovando pouco, coa excepción dos parlamentos de Madrid, Cataluña e Euskadi.

Non obstante, é un detalle especialmente clave sinalar que se poden detectar aspectos de reforzo do labor de control en materia das solicitudes de informe nas cales, xunto a prazos máis breves, nalgúns casos contémpanse mecanismos de reproche parlamentario ante a falta de resposta.

Soamente seis parlamentos autonómicos (Andalucía, Madrid, Castela-A Mancha, Castela e León, Comunidade Foral de Navarra e Estremadura) non prevén ningunha consecuencia se os seus gobernos non facilitan a información solicitada, sendo este modelo análogo ao das Cortes Xerais.

Regap

ESTUDIOS

Mentres, no resto de asembleas lexislativas a falta de cumprimento ante unha solicitude de informe artículase na posibilidade de transformar a iniciativa en pregunta oral de comisión (Comunidade Valenciana e Galicia), así como no recoñecemento do dereito do parlamentario a formular unha queixa ante a presidencia e a mesa da cámara para que requira do goberno rexional a remisión da información solicitada, tendo o executivo que realizalo (no caso de Cataluña) dentro dos 3 días seguintes ao requirimento.

Algúns parlamentos autonómicos van máis alá e establecen un mecanismo reforzado de reproche con medidas accesorias ante o incumprimento de responder as solicitudes de informe.

É o caso de Aragón, onde existe a posibilidade (art. 35 do Regulamento das Cortes de Aragón) de transformar a solicitude de informe nunha pregunta oral en comisión, procedemento que o Parlamento cántabro endurece dando a posibilidade de que se celebre unha comparecencia do goberno ante o pleno da cámara para informar sobre o incumprimento (art. 9 do Regulamento do Parlamento de Cantabria).

Pola súa banda, o Parlamento de Cataluña faculta os seus deputados a exercer os dereitos previstos na lexislación sobre transparencia ante os seus órganos reguladores cando non se atenda a súa solicitude de información, e o País Vasco obriga a presidencia do seu parlamento a informar ao pleno sobre o incumprimento dun requirimento formulado a petición dun parlamentario.

O estudo destes mecanismos de control parlamentario permite apreciar que ningunha asemblea lexislativa cumpre a totalidade de aspectos ideais do modelo racional ou fiscalizador pero que teñen elementos que tenden cara a un ou outro.

Neste sentido, pódese afirmar que as asembleas lexislativas de Andalucía, Castela e León, Castela-A Mancha, a Comunidade de Madrid, Navarra, A Rioxa e, moi especialmente, Estremadura tenden claramente cara a modelos de tipo racional nos que se favorece a posición do poder executivo.

Táboa 12. Modelización racional dos sistemas de control escrito

Assemblea lexislativa	Modelo ao que tende	Cumprimento de características
Andalucía	Racional	<p>Preguntas escritas: Prazo de resposta de 20 días (fronte á media, de 18,5) en preguntas con posibilidade de prómoga por outros 20. Reproche único: posibilidade de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Prazo de resposta de 30 días para solicitudes de informe (fronte á media, de 22,05) sen posibilidade de prómoga. Ausencia de reproche parlamentario.</p>
Castela e León	Racional	<p>Preguntas escritas: Prazo de resposta de 20 días (superior á media, de 18,5) en preguntas sen posibilidade de prómoga. Reproche único: posibilidade de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Prazo de resposta de 30 días para solicitudes de informe (inferior á media, de 22,05) sen posibilidade de prómoga. Sen reproche parlamentario.</p>
Castela-A Mancha	Racional	<p>Preguntas escritas: Prazo de resposta de 20 días (superior á media, de 18,5) en preguntas sen posibilidade de prómoga. Reproche único: posibilidade de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Prazo de resposta de 30 días para solicitudes de informe (inferior á media, de 22,05) sen posibilidade de prómoga. Sen reproche parlamentario.</p>
Comunidade de Madrid	Racional	<p>Preguntas escritas: Prazo de resposta de 20 días (superior á media, de 18,5) en preguntas con posibilidade de prómoga por outros 20. Reproche principal: posibilidade de transformación oral.</p> <p>Reproche accesoño: publicación da pregunta non atendida no portal de transparencia da Assemblea de Madrid.</p> <p>Solicitudes de informe: Prazo de resposta de 30 días para solicitudes de informe (inferior á media, de 22,05) sen posibilidade de prómoga. Sen reproche parlamentario.</p>
Comunidade Foral de Navarra	Racional	<p>Preguntas escritas: Prazo de resposta de 15 días (por debaixo da media, de 18,5) en preguntas sen posibilidade de prómoga. Reproche principal: posibilidade de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Prazo de resposta de 20 días para solicitudes de informe (inferior á media, de 22,05) sen posibilidade de prómoga. Sen reproche parlamentario.</p>
Estremadura	Racional	<p>Preguntas escritas: Prazo de resposta de 30 días (por encima da media, de 18,5) en preguntas sen posibilidade de prómoga. Sen reproche parlamentario.</p> <p>Solicitudes de informe: Sen prazo de resposta nin reproche parlamentario.</p>
A Rioxa	Racional	<p>Preguntas escritas: Prazo de resposta de 15 días (por baixo da media, de 18,5) en preguntas con posibilidade de prómoga por outros 8. Reproche principal: posibilidade de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Prazo de resposta de 30 días para solicitudes de informe (superior á media, de 22,05) sen posibilidade de prómoga. Reproche parlamentario principal: requirimento ao goberno para que cumpra.</p>
Ilhas Baleares	Racional	<p>Preguntas escritas: Prazo de resposta de 20 días (por encima da media, de 18,5) en preguntas con posibilidade de prómoga por outros 10. Reproche principal: posibilidade de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Prazo de resposta de 20 días para solicitudes de informe (inferior á media, de 22,05) sen posibilidade de prómoga. Reproche parlamentario principal: requirimento ao goberno para que cumpra.</p>

Fonte: Elaboración propia.

Regap

ESTUDIOS

Como se pode ver na táboa 12, a maioría definen, para as preguntas escritas, prazos superiores aos 18,5 días de media, que nos casos da Comunidade de Madrid ou Andalucía poden prolongarse ata os 40 días se o goberno emprega o recurso da prórroga. Soamente A Rioxa e Navarra rebaixan o prazo ata os 15 días.

Non obstante, en todas elas se establece un sistema de reproche limitado á transformación da pregunta escrita en pregunta oral e, no caso de Extremadura, nin sequer se considera esta posibilidade.

Pola súa banda, en materia de solicitude de informe, Extremadura non establece prazo máximo; soamente Navarra establece un prazo inferior e, coa excepción da Rioxa, que cun prazo de 30 días (12 por enriba da media nacional) ten a posibilidade de requirir o goberno para que cumpra coa solicitude de informe, en ningunha outra asemblea se contempla a existencia regulamentaria de mecanismos de reproche parlamentario ante o incumprimento.

Fronte á tendencia cara á modelización racional, hai 9 asembleas legislativas que orientan as preguntas escritas e as solicitudes de informe cara a un sistema de tipo fiscalizador a vontade do cal é favorecer o labor de control parlamentario.

Táboa 13. Modelización fiscalizadora dos sistemas de control escrito

Assemblea leixislativa	Modelo ao que se ade	Cumprimento de características
Aragón	Fiscalizador	<p>Preguntas escritas:</p> <p>Prazo de resposta de 15 días (por baixo da media, de 18,5) en preguntas con posibilidade de prómoa por outros 8.</p> <p>Reproche único: posibilidade de transformación oral.</p>
		<p>Solicitudes de informe:</p> <p>Prazo de resposta de 20 días para solicitudes de informe (inferior á media, de 22,05) sen posibilidade de prómoa.</p> <p>Reproche parlamentario principal: requirimento.</p> <p>Reproche parlamentario accesorio: presentación dunha pregunta oral en pleno.</p>
Canarias	Fiscalizador	<p>Preguntas escritas:</p> <p>Prazo de resposta de 30 días (superior á media, de 18,5) en preguntas con posibilidade de prómoa por outros 5.</p> <p>Reproche único: posibilidade de transformación oral.</p>
		<p>Solicitudes de informe:</p> <p>Prazo de resposta de 30 días para solicitudes de informe (índice á media, de 22,05) sen posibilidade de prómoa.</p> <p>Reproche parlamentario principal: transformación da solicitude de informe en pregunta oral en pleno ou comisión.</p>
Cantabria	Fiscalizador	<p>Preguntas escritas:</p> <p>Prazo de resposta de 20 días (superior á media, de 18,5) en preguntas sen posibilidade de prómoa.</p> <p>Reproche único: posibilidade de transformación oral.</p>
		<p>Solicitudes de informe:</p> <p>Prazo de resposta de 20 días para solicitudes de informe (inferior á media, de 22,05) sen posibilidade de prómoa.</p> <p>Reproche parlamentario principal: requirimento ao goberno.</p> <p>Reproche parlamentario accesorio: celebración dunha comparecencia do goberno en pleno para informar sobre o incumprimento.</p>
Cataluña	Fiscalizador	<p>Preguntas escritas:</p> <p>Prazo de resposta de 15 días (inferior á media, de 18,5) en preguntas con posibilidade de prómoa por outros 15.</p> <p>Reproche principal: posibilidade de transformación oral.</p> <p>Reproche accesorio: a substanciación da pregunta oral deberá realizarse dentro dos 10 días seguintes á transformación.</p>
		<p>Solicitudes de informe:</p> <p>Prazo de resposta de 15 días para solicitudes de informe (inferior á media, de 22,05) sen posibilidade de prómoa.</p> <p>Reproche parlamentario principal: requirimento ao goberno para que cumpra.</p> <p>Reproche accesorio: posibilidade de que o parlamentario exerce os seus dereitos ante os organismos reguladores en materia de transparencia.</p>
Comunidad Valenciana	Fiscalizador	<p>Preguntas escritas:</p> <p>Prazo de resposta de 15 días (por baixo da media, de 18,5) en preguntas sen posibilidade de prómoa.</p> <p>Reproche principal: posibilidade de transformación oral.</p>
		<p>Solicitudes de informe:</p> <p>Prazo de resposta de 20 días para solicitudes de informe (inferior á media, de 22,05) sen posibilidade de prómoa.</p> <p>Reproche parlamentario principal: transformación da solicitude de informe en pregunta oral en comisión.</p>
Galicia	Fiscalizador	<p>Preguntas escritas:</p> <p>Prazo de resposta de 20 días (por encima da media, de 18,5) en preguntas con posibilidade de prómoa por outros 20.</p> <p>Reproche principal: posibilidade de transformación oral.</p>
		<p>Solicitudes de informe:</p> <p>Prazo de resposta de 30 días para solicitudes de informe (superior á media, de 22,05) sen posibilidade de prómoa.</p> <p>Reproche parlamentario principal: transformación da solicitude de informe en pregunta oral en comisión.</p>
País Vasco	Fiscalizador	<p>Preguntas escritas:</p> <p>Prazo de resposta de 15 días (por baixo da media, de 18,5) en preguntas sen posibilidade de prómoa.</p> <p>Reproche principal: posibilidade de transformación oral.</p> <p>Reproche accesorio: posibilidade de requirimento ao goberno para que remita a resposta.</p>
		<p>Solicitudes de informe:</p> <p>Prazo de resposta de 20 días para solicitudes de informe (por baixo da media, de 22,05) sen posibilidade de prómoa.</p> <p>Reproche parlamentario principal: requirimento ao goberno para que cumpra.</p> <p>Reproche parlamentario accesorio: a presidencia da cámara informará o pleno se o requirimento é desatendido.</p>
Principado de Asturias	Fiscalizador	<p>Preguntas escritas:</p> <p>Prazo de resposta de 15 días (por baixo da media, de 18,5) en preguntas con posibilidade de prómoa por outros 6.</p> <p>Reproche principal: posibilidade de transformación oral.</p>
		<p>Solicitudes de informe:</p> <p>Prazo de resposta de 15 días para solicitudes de informe (por baixo da media, de 22,05) con posibilidade de prómoa por outros 6.</p> <p>Reproche parlamentario principal: requirimento ao goberno para que cumpra.</p>
Región de Murcia	Fiscalizador	<p>Preguntas escritas:</p> <p>Prazo de resposta de 10 días (por baixo da media, de 18,5) en preguntas con posibilidade de prómoa por outros 2.</p> <p>Reproche principal: posibilidade de transformación oral.</p>
		<p>Solicitudes de informe:</p> <p>Prazo de resposta de 15 días para solicitudes de informe (por baixo da media, de 22,05) con posibilidade de prómoa por outros 5.</p> <p>Reproche parlamentario principal: requirimento ao goberno para que cumpra.</p>

Regap

ESTUDIOS

Fonte: Elaboración propia.

Deste xeito, a táboa 13 mostra que, con carácter xeral, o tratamento das preguntas escritas adoita basearse na definición de prazos moi inferiores á media (coa excepción de Canarias, Cantabria e Galicia), destacando o caso da Asemblea da Rexión de Murcia, que dispón dun prazo máximo de 10 días para remitir a resposta á cámara.

En todos eles se establece como reproche principal a posibilidade de transformar de forma oral a pregunta, destacando a existencia de mecanismos accesorios no Parlamento Vasco (requirir que se remita a resposta escrita á cámara) ou de Cataluña, onde a substanciación da iniciativa terá que realizarse dentro dos 30 días posteriores á súa transformación.

Non obstante, o aspecto máis relevante, que en todos estes modelos favorece a posición do parlamentario, consiste no carácter que se lles dá ás solicitudes de informe. Aínda que nos nove parlamentos autonómicos, cuxo control escrito tende ao modelo fiscalizador, establécense prazos dispares que oscilan entre os 15 e os 30 días, o relevante é que se definen mecanismos principais ou accesorios de reproche parlamentario para cando teñan lugar casos de incumprimento que se traducen en tres importantes consecuencias.

Primeiramente, o incumprimento de facilitar información pode implicar para os diferentes gobernos a obriga de dar explicacións sobre iso en sede parlamentaria en forma de comparecencia en pleno (Cantabria), pregunta oral no pleno (Aragón) ou responder preguntas orais en comisión (Comunidade Valenciana ou Galicia).

En segundo lugar, ante a falta de resposta, o parlamentario pode activar un requirimento por parte da presidencia da cámara ao executivo que pode dar lugar, por exemplo, no caso do Goberno da Generalitat de Cataluña, a enviar a información no prazo de 3 días.

E finalmente a falta de resposta pode activar, no caso exclusivo de Cataluña, que o parlamentario faga valer os seus dereitos de acceso á información nos termos previstos na lexislación sobre transparencia ante os seus organismos reguladores.

6 Conclusións

A partir da presentación dos resultados da investigación, faise preceptivo retomar a pregunta inicial desta, consistente en coñecer se o desenvolvemento dos parlamentos autonómicos reforzou as figuras tradicionais de control parlamentario escrito.

Neste sentido, o artigo permite extraer dúas conclusións principais. En primeiro lugar, que en liñas xerais os parlamentos autonómicos reforzaron o labor de control escrito que realizan os seus integrantes, potenciando a súa posibilidade de actuación individual sen exceso de mediatización por parte dos partidos políticos.

Este reforzo da acción individual do parlamentario apréciase, con carácter xeral, en tres aspectos. Por un lado, como mostran os gráficos 1, 2, 3 e sobre todo o 4, no establecemento de prazos medios, xeralmente máis breves que os que se contemplan para as figuras análogas nos regulamentos das Cortes Xerais.

Deste xeito, defínese a obrigatoriedade de que os gobernos autonómicos respondan nun menor prazo de tempo tanto ás preguntas escritas (18,5 días de media,

fronte aos 30 do Congreso e os 20 do Senado) como ás solicitudes de informe (22,05 días de media nos 17 parlamentos autonómicos, fronte aos 30 das dúas cámaras do lexislativo a nivel nacional).

Adicionalmente, deseñáronse en moitos casos instrumentos coactivos para exixir o cumprimento das iniciativas de control escrito. Neste sentido, como se ve nas táboas 12 e 13, é significativo que, xunto co tradicional reproche parlamentario que permite a transformación oral das preguntas escritas, coa excepción de Extremadura, apreciable na táboa 8, en 3 das 17 asembleas lexislativas existen mecanismos de reproche complementario, como é o requirimento da presidencia do lexislativo vasco da posibilidade de publicar a pregunta non contestada no portal de transparencia da cámara madrileña ou o prazo máximo de substanciación do Parlamento catalán.

E especialmente o reforzo proxéctase, en materia de solicitude de informe, coa configuración de mecanismos coactivos de reproche parlamentario que poden consistir, como se indicou na epígrafe anterior e se visualiza nas táboas 12 e 13, na obrigatoriedade de responder, por parte do executivo, a iniciativas de control oral para dar explicacións, na potestade de requirir o cumprimento que se lles dá aos órganos de dirección da maioría das asembleas lexislativas autonómicas.

A segunda conclusión que se pode extraer desta investigación radica en que o reforzo dos mecanismos de control escrito implica que a afirmación xeral analizada na revisión da literatura de que o parlamentarismo autonómico foi esencialmente isomórfico respecto do modelo a nivel estatal non é de todo certa, xa que na regulación deste tipo de figuras tanto as asembleas lexislativas que deseñan un sistema de corte racional como as que definen un modelo cun claro carácter fiscalizador melloran, en liñas xerais, o tratamento das preguntas parlamentarias con resposta escrita e o dereito dos membros do poder lexislativo de solicitar información aos gobernos autonómicos.

Non obstante, esta segunda conclusión non se pode formular de xeito xeral, xa que a investigación versa sobre as dúas principais figuras de control parlamentario escrito e sería necesario estender a análise ao conxunto dos procesos de control político ao executivo para determinar se existe ou non isomorfismo no seu deseño, aspecto que podería abrir unha máis que interesante liña de investigación futura.

Bibliografía

- ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Gobernabilidad, crisis y cambio*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- ANDUIZA PEREA, E., “El Sistema Político de Italia”, Alcántara Sáez, M. (ed. lit.), *Sistemas Políticos de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- APARICIO, M.A., *Introducción al sistema político y constitucional español*, Ariel, Barcelona, 1994.
- ARAGÓN, M., “Información Parlamentaria y Función de Control”, VV. AA., *Instrumentos de Información de las Cámaras Parlamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

Regap

ESTUDIOS

- BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1965.
- BLAMONT, E., *Les Techniques Parlementaires*, Presses Universitaires de France, París, 1950.
- BURDEAU, G., *Traité de Science Politique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1981.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. e GÓMEZ-FERRER MORANT, R., “La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución”, *Documentación Administrativa*, n. 188, 1980. <https://doi.org/10.24965/da.vi188.4503>.
- CASAL, D., “Estado, política y sociedad”, Perelló Oliver, S. (ed.), *Estructura Social Contemporánea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- CASAL, D. e VILADRICH, B. “Secesión, autogobierno y modelos de democracia”, *Revista de Estudios Regionales*, 2021 (en prensa).
- COLLIARD, J.C., “El poder en el semipresidencialismo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 20, 2009. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2009.20.5862>.
- CUOCOLO, F., *Instituzioni di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milán, 1983.
- DE VERGOTTINI, G., *Lo “shadow cabinet”. Saggio comparativo sul rilievo costituzionale dell’opposizione nel regime parlamentare britannico*, Giuffrè, Milán, 1973.
- DUVERGER, M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Press University France, París, 1970.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, I. “El control parlamentario y su regulación en el Ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 60, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, Madrid, 1998.
- GARCÍA MORILLO, J., “Mitos y realidades del parlamentarismo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 9, 1991.
- GARCÍA MORILLO, J., *La Democracia en España*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- LIJPHART, A., *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en 36 países*, Ariel, Barcelona, 2016.
- LINARES, S., “Treinta Años del Debate Presidencialismo-Parlamentarismo. Un balance de las evidencias”, *Revista Española de Ciencia Política*, n. 27, 2011.
- LINZ, J.J., “Presidential or parliamentary democracy: Does it make a difference?”, Linz, J.J. e Valenzuela, A. (ed. lit.), *The failure of presidential democracy*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1994.
- LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P. e SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MARTÍNEZ, R. e GARRIDO, A., *Sistemas mixtos de gobierno de tendencia presidencial*, Instituto de Ciencias Políticas y Sociales, Barcelona, 2000.
- MATIA PORTILLA, E., “Derecho a la información de los representantes políticos, protección de datos y transparencia”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 42, 2017.
- MONTERO GIBERT, J.R. e GARCÍA MORILLO, J., *El Control Parlamentario*, Tecnos, Madrid, 1984.

- NOHLEN, D., “El Presidencialismo Comparado”, *Revista del Instituto de Altos Estudios Europeos*, n. 1, 2013.
- PANIAGUA SOTO, J.L. “Los estudios sobre el Parlamento y el Control Parlamentario: una aproximación desde la Ciencia Política”, Tudela, J. (coord.), *Los parlamentos autonómicos en tiempos de crisis*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2015.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- PIZARRO MARTÍN, J.A., “Las ambigüedades del régimen semipresidencial: la experiencia de la federación de Rusia”, *Revista de Derecho de la UNED*, n. 5, 2009. <https://doi.org/10.5944/rduned.5.2009.10991>.
- PORRAS NADALES, A., “Las preguntas escritas en la práctica parlamentaria española”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 19, 1981.
- RAZQUIN LIZÁRRAGA, M., “El control parlamentario del Gobierno de España”, *Revista Jurídica de Navarra*, n. 41, 2006.
- RENIU, J.M., *Sistema Político Español*, Editorial Huygens, Barcelona, 2012.
- ROUSSEAU, J.J., *El Contrato Social*, Bordás, 1762.
- SÁNCHEZ MEDERO, G. e SÁNCHEZ MEDERO, R., “El Sistema Político y sus elementos”, Sánchez Medero, G. e Sánchez Medero, R. (dirs.), *Sistemas Políticos de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- SARTORI, G., *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, Palgrave MacMillan, Londres, 1994.
- SHUGART, M. e HAGGARD, S., “Institutions and public policy in presidential systems”, Haggard, S. e McCubbins, M.D. (eds.), *Presidents, Parliaments, and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- SOLÉ TURA, J., “El control parlamentario en el periodo constituyente y en la Constitución de 1978”, Aparicio, M.A. (coord.), *Parlamento y sociedad civil*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1980.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., “Algunas consideraciones sobre las reformas estatutarias”, *Teoría y realidad constitucional*, n. 22, 2008.
- TOCQUEVILLE, A. de, *La Democracia en América*, Alianza Editorial, 1835.
- TORCAL, M., MONTERO, J.R. e TEORELL, J., “La participación política en España: modos y niveles en perspectiva comparada”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 132, 2006.
- VISEDO MAZÓN, F.J., “La realidad de los parlamentos autonómicos desde la aprobación de la Constitución española de 1978”, *Revista de Derecho del Estado*, n. 28, 2012.
- VITORINO, A., “El Control Parlamentario del Gobierno”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 60-61, 1988.

Regap

ESTUDIOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_xullo-decembro 2021 | pp. 119-139
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4816>
© Carlos Heredero del Campo
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 16/07/2021 | Aceptado: 16/12/2021

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

O periplo accidentado da contratación de emerxencia

El periplo accidentado de la contratación de emergencia

The troubled journey of emergency public procurement

62 Regap

Regap

ESTUDIOS

CARLOS HEREDERO DEL CAMPO
Contratado predoutoral FPU
Universidade de León

<https://orcid.org/0000-0002-0980-0026>

cherc@unileon.es

Resumo: A contratación pública é unha efectiva ferramenta ao servizo das administracións públicas para facer fronte ás necesidades de interese xeral e, de xeito especial, a aquelas producidas a partir dunha emerxencia. Para poder canalizar unha resposta ante estas situacións imprevisibles de forma áxil e rápida, contéplase o réxime excepcional da tramitación de emerxencia, que, en contraposición aos longos procedementos administrativos e na procura da inmediatez, dispensa da necesidade de suxeitarse a determinados formalismos recollidos na lei. Este traballo pretende realizar un breve repaso histórico-xurídico deste réxime, da súa evolución, contido e características, e cuxa análise pode axudarnos a comprender mellor o seu alcance e utilidade actual e futura.

Palabras clave: Contratación de emerxencia, necesidades de interese xeral, evolución lexislativa, COVID-19, estado de alarma.

Resumen: La contratación pública es una efectiva herramienta al servicio de las administraciones públicas para hacer frente a las necesidades de interés general y, de manera especial, a aquellas producidas

a raíz de una emergencia. Para poder canalizar una respuesta ante estas situaciones imprevisibles de forma ágil y rápida, se contempla el régimen excepcional de la tramitación de emergencia, que, en contraposición a los largos procedimientos administrativos y en aras de la inmediatez, dispensa de la necesidad de sujetarse a determinados formalismos recogidos en la ley. Este trabajo pretende realizar un breve repaso histórico-jurídico de este régimen, de su evolución, contenido y características, y cuyo análisis puede ayudarnos a comprender mejor su alcance y utilidad actual y futura.

Palabras clave: Contratación de emergencia, necesidades de interés general, evolución legislativa, COVID-19, estado de alarma.

Abstract: Public procurement is an effective tool at the service of Public Administrations to meet the needs of the general public interest, especially those produced by an emergency. In order to respond to these unpredictable situations in an agile and rapid way, an exceptional emergency legal regime is contemplated that, contrary to long administrative procedures and in search of immediacy, dispenses with the need to abide by certain formalities set forth in the law. This paper aims to carry out a brief historical-legal review of this regime, its evolution, content and characteristics, and whose analysis can help us better understand its current and future scope and utility.

Key words: Emergency procurement, public needs, legislative evolution, COVID-19, alarm state.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Antecedentes históricos, en especial o Real decreto do 27 de febreiro de 1852. 3 Fitos destacados das sucesivas reformas. 3.1 Lei de administración e contabilidade da facenda pública de 1911. 3.2 Lei de contratos do Estado de 1965. 3.3 Lei de contratos das administracións públicas de 1995. 3.4 Lei de contratos do sector público de 2007. 4 Regulación actual. 4.1 Lei de contratos do sector público de 2017. 4.2 As previsións durante a crise sanitaria. 4.3 Rumbo a seguir.

1 Introducción

A contratación pública é, sen dúbida, unha importante e efectiva ferramenta ao servizo das administracións para poder facer fronte ás diferentes situacións de emerxencia que se poidan producir. Refírome a escenarios excepcionais que precisen dunha resposta áxil e rápida para poder afrontar estas situacións imprevisibles, así como as necesidades sobrevidas que produzan, dun modo axeitado e eficiente. Para iso, faise necesario que existan mecanismos que permitan reducir e mesmo suprimir os diferentes prazos existentes na nosa lexislación contractual.

Esta resposta canalizouse a través da tramitación de emerxencia, un réxime excepcional que faculta a Administración, en contraposición aos longos procedementos administrativos, para actuar con toda a rapidez que sexa técnica e fisicamente posible. Permite adoptar unha decisión inmediata ante situacións que, pola súa excepcional natureza, precisan dunha pronta actuación –necesaria para garantir a súa efectividade–, pois, doutra forma, a dilación no tempo só suporía agravar os problemas aos que se quere facer fronte ao aprazar as medidas de intervención a un momento en que os seus efectos serían irreversibles. Por este motivo, durante a crise sanitaria que asolou o planeta, a tramitación de emerxencia cobrou especial relevancia ao converterse nunha das pedras angulares da actividade contractual.

Para a consecución de tal fin, confírese unha ampla marxe de actuación aos poderes públicos, permitíndolles prescindir de certos requisitos formais a prol da inmediatez. Dispensa que, ao mesmo tempo, supón unha mingua das garantías do

procedemento ordinario e leva consigo inherentemente o risco de abuso desta figura, tanto polo seu posible uso directamente fraudulento como pola dificultade que representa controlala de xeito eficiente.

Por todo iso, para entender mellor a súa utilización, finalidade e valía, considero necesario realizar un breve repaso histórico-xurídico deste réxime, da súa evolución, contido e características, xa que suscita numerosas cuestións de gran transcendencia e cuxa análise pode axudarnos a comprender mellor o seu alcance e utilidade na actualidade, así como os futuros cambios que pode ou debe sufrir.

2 Antecedentes históricos, en especial o Real decreto do 27 de febreiro de 1852

O recurso á técnica contractual por parte dos poderes públicos é unha constante na historia das organizacións políticas onde as distintas autoridades recorrían ao pactismo para realizar aquelas actividades que, pola súa natureza, non podían satisfacer dun xeito eficiente. Igualmente, as diversas e numerosas situacións de emerxencia tamén formaron parte das distintas sociedades. Por iso, non debemos estrañarnos de que xa nas primeiras regulacións decimonónicas sobre a materia¹ aparezan tanto referencias a acontecementos catastróficos ou situacións excepcionais, como regras xurídicas que excepcionan ou desprazan o dereito ordinario e que nos permiten facer fronte a estes perigos de forma rápida ou inmediata.

En consecuencia, debemos remontarnos ata mediados do século XIX, época na que aparecen as primeiras normas que regulan a actividade contractual do Estado e as corporacións locais, para estudar os antecedentes xurídicos da regulación da tramitación por vía de emerxencia.

Desde principios de século foron numerosas as crises ás que tivo que facer fronte España, agravadas, todas elas, ao seren coincidentes cunha convulsa etapa da nosa historia; por exemplo, a febre amarela que desembarca en Cádiz en agosto de 1800 e é impulsada posteriormente pola guerra contra os franceses, ou a cólera, que aparece en Vigo en 1833 e é propagada polas guerras carlistas². Por iso, non é de estrañar que, nas lexislacións deste período, en sentido xeral e non só no referido á contratación pública, se tivese en conta a posible existencia de situacións imprevistas que necesitasen dunha pronta actuación administrativa exenta de formalismos³.

¹ Amplamente tratada a formación, evolución e situación actual en materia de contratación administrativa en MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIII - Contratos del sector público*, Editorial Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2.ª ed., Madrid, 2018, pp. 14-42. Tamén *vid.* MEILÁN GIL, J.L., "La actuación contractual de la Administración Pública española. Una perspectiva histórica", *Revista de Administración Pública*, n. 99, 1982, pp. 7-36.

² Un interesante repaso das epidemias que afectaron ao noso país desde o século XIX, así como a resposta da Administración en cada momento, en MUÑOZ MACHADO, S., "El poder y la peste de 2020", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 90-91, 2020, pp. 114-131.

³ Por exemplo, o artigo 12 do Real decreto do 17 de xullo de 1836, que contén a lei sobre alleamento forzoso da propiedade particular en beneficio público, dispón: "Un real decreto determinará os medios máis expeditos de aplicar esta lei a obras de fortificación (...) deixando sempre para os casos de guerra, ou outras circunstancias urxentes, a laxitude conveniente aos comandantes respectivos para atender de pronto o que pedise a necesidade".

Neste contexto, co impulso de Bravo Murillo como presidente do Consello de Ministros durante o reinado de Isabel II, arranca o proceso de formalización contractual co Real decreto do 27 de febreiro de 1852, inicial referencia histórica en materia de contratación pública do constitucionalismo. É a partir deste momento cando se pode afirmar que “se constitúe a primeira regulación sistemática do procedemento administrativo” para a elección do contratista nos contratos celebrados pola Administración do Estado”⁴ coa finalidade de adxudicar o contrato á mellor oferta e, desta forma, evitar abusos e situacións fraudulentas contrarias ao interese xeral. Así, os procedementos da época –as poxas e remates públicos– quedan sometidos, con carácter xeral, a uns trámites prefixados de carácter obrigatorio.

Non obstante, o propio texto legal, como resposta a esta constante da historia xa mencionada, as crises, considera distintas excepcións a esta obrigatoriedade. Neste sentido, o seu artigo sexto prevé a posible existencia de situacións imprevistas que, pola súa urxencia, demanden un servizo rápido e fagan imposible o cumprimento destes formalismos⁵. De maneira similar, aínda que dun modo máis concreto, o artigo oitavo indica que “as disposicións contidas no artigo precedente (relativas ao prego de condicións e a esixencia de garantía) non serán extensivas aos casos en que unha necesidade de forza maior obrigue a Administración a contraer os compromisos mencionados, nin aos que estean previstos nos regulamentos xerais dos respectivos servizos”. Este último precepto poderíamos dicir que recolle o xerme da actual tramitación de emerxencia⁶ ao eximir –por razóns de necesidade– da presentación dos mencionados documentos que, a día de hoxe, formarían parte do expediente de contratación.

Debe terse en conta que estas situacións ás que fixemos referencia son imprevi-
bles para o lexislador e imposibles de recoller na normativa vixente se non é mediante o uso de termos xerais tales como forza maior, emerxencia, situación extraordinaria ou situación de grave perigo, que, polo seu carácter abstracto e indeterminado, permiten englobar calquera circunstancia destas características. Todo intento por delimitar de xeito definitivo este carácter está abocado ao fracaso, pois trátase dun concepto relativo que varía en función do tempo, da sociedade e a época en que se utilice. Esta inconcreción, máis que un obstáculo, representa unha gran vantaxe, pois permite englobar nela tanto escenarios excepcionais –consecuencia da natureza ou da acción humana– cuxo carácter é indubidable⁷ como circunstancias de menor entidade que precisan dunha resposta inmediata, sendo necesario, por este motivo, acudir á casuística para saber en cada momento o que debemos entender por suceso

⁴ Que é un fiel reflexo da Ordenanza francesa do 4 de decembro de 1836, *vid.* PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Universidade de Sevilla, Sevilla, 1963, p. 171

⁵ Similar ao considerado no artigo 168.b). 1.ª da LCSP ao referirse a “unha imperiosa urxencia resultante de acontecementos imprevistos para o órgano de contratación e non imputables a este, demande unha pronta execución do contrato que non poida lograrse mediante a aplicación da tramitación de urxencia regulada no artigo 119”.

⁶ Neste sentido apuntáboo CARBONERO GALLARDO, J.M., *La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual. Tesis doctoral*, Universidade de Granada, Granada, 2010, p. 69, cando nos indica que tal decisión é comparable á actual previsión que exige da obriga de tramitar o expediente administrativo.

⁷ Exemplos por todos coñecidos poden ser: a erupción do Vesubio do ano 79, a peste negra que asolou Europa e Asia no s. XIV, o terremoto de Lisboa de 1755, o famoso incendio de Chicago de 1871, así como as incontables guerras producidas.

inevitable, imprevisible ou irresistible. Por todo iso, a súa determinación queda ao arbitrio dos órganos da Administración responsable da contratación como intérpretes do interese xeral.

Polo momento, no real decreto que agora nos ocupa, faise mención á forza maior sen máis precisións. Malia esta omisión, tal expresión é utilizada pola normativa vixente e coetánea en materia de contratación, polo que considero que pode ser útil realizar unha aproximación á referencia realizada polo lexislador en canto a estas circunstancias. Deste modo, o artigo 41 do Real decreto do 10 de xullo de 1861, polo que se aproba o prego de condicións xerais para as contratas de obras públicas, que regula o dereito de indemnización do contratista, determina que “para os efectos deste artigo se considerarán como casos de forza maior: os incendios ocasionados pola electricidade atmosférica; as enchentes repentinas dos ríos; os grandes temporais marítimos, e en xeral aqueles accidentes que é imposible prever nin evitar”. Posteriormente, a Real orde do 17 de xullo de 1868⁸, que aproba o regulamento para o cumprimento do citado artigo 41 e que o aplica con carácter xeral, recolle trece casos concretos de forza maior nos que aos anteriores –inundacións, incendios ou terremotos– se unen outros como as epidemias, guerras⁹ ou roubos tumultuosos, así como “todos aqueles accidentes extraordinarios cuxos efectos son de todo punto irresistibles”¹⁰. Podemos observar que ambas as dúas normas conclúen, como non pode ser doutra forma se se quere garantir a súa eficacia, cunha fórmula xeral.

Por último, respecto ao ámbito subxectivo, pode afirmarse que na época existen dous réximes de contratación diferenciados. Por un lado, o concernente ao Estado e, por outro lado, o relativo aos concellos e deputacións provinciais, dualidade que, como veremos, se manterá ata finais do século XX.

Neste sentido, o artigo 14 do Real decreto do 27 de febreiro sinalaba que o “Goberno aplicará as disposicións deste decreto por medio de regulamentos aos servizos e obras públicas provinciais e municipais”. Porén, ante a ausencia prolongada no tempo dos citados regulamentos e a inseguridade xurídica que isto representaba, dítase o Real decreto do 4 de xaneiro de 1883¹¹, que recolle a conveniente obriga de celebrar por remate e poxa pública todos os contratos realizados polas deputacións provinciais e concellos (art. 1). Da mesma forma, establece similares excepcións ás xa mencionadas (art. 36), entre as que se atopan aqueles contratos que “sexan de tan extraordinaria

⁸ Real orde do 17 de xullo de 1868, pola que se aproba o regulamento para a aplicación do artigo 41 do prego de condicións xerais en todas as contratas de obras públicas, relativamente á declaración e aboamento dos prexuízos causados nos casos de forza maior.

⁹ Posteriormente, esta causa de forza maior dará lugar a unha regulación independente mediante a Real orde do 18 de xuño de 1881, pola que se aproba o Regulamento provisional para a contratación de todos os servizos correspondentes ao ramo de guerra. Nesta norma podemos atopar múltiples alusións á urxencia inherente á guerra e que habilita os poderes públicos a actuar de xeito inmediato fronte a esta. De tal modo, o artigo 6.4 establece que os servizos que pola súa recoñecida urxencia demanden pronta execución non darán lugar aos trámites fixados para a poxa. Por outro lado, o artigo 21 recolle que os contratos que se formasen por circunstancias urxentes ou extraordinarias xustificadas, observando no posible as regras xerais establecidas, serán de feito válidos e de inmediato efecto, solicitando despois a conseguinte superior aprobación.

¹⁰ Un interesante monográfico ao respecto en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 2, 1950, p. 86.

¹¹ Real decreto do 4 de xaneiro de 1883, polo que se dispón que os contratos que as deputacións provinciais e concellos celebren para toda clase de servizos que produzan gasto ou ingreso en fondos provinciais e municipais se fagan por remate e poxa pública.

urxencia, nacida de circunstancias imprevistas, que non haxa tempo para realizar os trámites exixidos nas poxas”, sen esquecer que seguirá sendo de aplicación, de modo supletorio, o Real decreto do 27 de febreiro de 1852 (art. 38).

3 Fitos destacados das sucesivas reformas

3.1 Lei de administración e contabilidade da facenda pública de 1911

A seguinte regulación básica que atopamos en materia de contratación é a Lei de administración e contabilidade da facenda pública do 1 de xullo de 1911, que dedica o capítulo V aos contratos¹².

Dentro do seu articulado, considera as situacións de necesidade, principalmente, en dous preceptos.

En primeiro lugar, o seu artigo 55.3 exceptúa das solemnidades da poxa, principal forma de adxudicación dos contratos na época¹³, podendo, pola súa vez, ser concertados directamente pola Administración aqueles “contratos de recoñecida urxencia que por circunstancias imprevistas demandaren un servizo rápido que non dea lugar aos trámites da poxa”. A propia lei non determina o que se entende por circunstancias imprevistas e, a diferenza da anterior lexislación, xa non se utiliza o termo “forza maior”. Malia iso, este segue a ser utilizado pola normativa contemporánea (un claro exemplo atopámolo no artigo 42 do Prego de condicións xerais para a contratación de obras públicas, publicado polo Real decreto do 13 de marzo de 1903 e vixente nese momento, que regula os casos de forza maior en relación coa indemnización do contratista e que realiza unha remisión expresa ao xa citado Regulamento do 17 de xullo de 1868¹⁴). Polo tanto, podemos entender que se engloban todas aquelas situacións anteriormente mencionadas.

En segundo lugar, sen prexuízo do previamente exposto, o artigo 66 considera expresamente dúas situacións excepcionais que, pola súa magnitude e entidade, deben quedar fóra de ser consideradas simplemente como situacións imprevistas, a saber, as guerras e as epidemias oficialmente declaradas. En consecuencia, coa finalidade de poder facerlles fronte, confírense poderes exorbitantes ao Goberno, quen pode suspender as disposicións contidas en todo o capítulo V para a contratación de servizos urxentes do Exército e a Mariña. Por exemplo, tras o inicio da Guerra Civil española, o Decreto lei do 22 de outubro de 1936¹⁵ declara en suspenso tanto

¹² A preocupación pola orde financeira e o control do gasto do Real decreto do 27 de febreiro de 1852 fixo que a seguinte regulación en materia de contratos se encadrara dentro desta lexislación, e como resquicio a día de hoxe temos o acusado protagonismo do Ministerio de Facenda nesta materia. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Aranzadi, 19.ª ed., Pamplona, 2020, p. 755.

¹³ Neste sentido, o artigo 47 sinala que “todos os contratos de obras ou servizos por conta do Estado se realizarán por poxa pública, agás os determinados por esta lei”.

¹⁴ Do mesmo xeito, e debido á remisión en bloque que realiza a lei ao dereito privado, poderíamos tamén acudir ao Código civil, ao recoller este no seu artigo 1105 o concepto de forza maior como aquel suceso imprevisible e inevitable.

¹⁵ BOE n. 17, do 31 de outubro de 1936, pp. 69 a 70.

os preceptos do capítulo V da Lei de administración e contabilidade do Estado do 1 de xullo de 1911 como os restantes artigos da propia lei que sexan incompatibles coa organización transitoria do Estado. Esta declaración, malia non se realizar baixo o abeiro do artigo anteriormente citado, é coincidente na súa finalidade, xustificándose, no preámbulo da dita norma, o recurso á suspensión baixo o pretexto de non se “deter ou atrasarse, fronte a trámites dilatorios de procedemento ou obstáculos de execución”, suspendendo temporalmente as garantías procedementais en materia de contratación, para así “obviar esas dificultades, sen que exista sequera vulneración formal das disposicións legais”. Por conseguinte, a conclusión que pode extraerse desta actuación que recolle a nosa historia é a necesidade de establecer mecanismos dentro da regulación da contratación pública que permitan facer fronte a situacións extraordinarias sen contravir ou suspender a lexislación vixente, equilibrio que, con carácter xeral, achega o recurso ao dereito de necesidade¹⁶ na actualidade e, particularmente, a tramitación de emerxencia dentro do ámbito da contratación.

Esta situación de suspensión manteríase, polo menos formalmente¹⁷, ata a promulgación da Lei do 20 de decembro de 1952, pola que se substitúe a redacción do capítulo V da Lei de administración e contabilidade da facenda pública, do 1 de xullo de 1911, relativo aos contratos para a execución de obras e servizos públicos. Esta lei, que vén recuperar a vixencia das normas reguladoras da contratación pública, aproveita, e así o contempla no seu preámbulo, para introducir unha nova redacción baixo o pretexto de adaptala ás novas circunstancias. Deste xeito, establécese con carácter xeral a celebración previa de poxa ou concurso, aínda que se amplían, pola súa vez, os casos nos que está permitida a contratación directa.

Para os efectos que agora nos interesan, débense sinalar o artigo 57.4, que se mantén nos mesmos termos que o anteriormente citado artigo 55.3, e o artigo 66, que comparte numeración co anterior texto, pero que é modificado para dar cabida a novas situacións extraordinarias, ademais de á guerra e á epidemia oficialmente declarada, pois contéplase tamén a revolución ou grave alteración de orde pública¹⁸. Ademais, recóllese novamente que, en caso de que non sexa posible cumprir as formalidades establecidas no capítulo V para facer fronte a estas situacións mediante a contratación administrativa, e sen que supoña un grave prexuízo do interese nacional, “poderá suspenderse, mediante decreto emanado da Xefatura do Estado, a observancia das disposicións contidas naquel para a realización das adquisicións, subministracións, obras e servizos perentorios e urxentes directa e inmediatamente relacionados cos devanditos acontecementos”. Así pois, matízase o ámbito temporal da suspensión, que se circunscribe unicamente mentres persistan as circunstancias excepcionais que a motivasen. Como vemos, vaise perfilando a actuación administrativa en

¹⁶ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

¹⁷ Respecto á nova redacción, entende GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa”, *Revista de Administración Pública*, n. 10, 1953, p. 245, que non existe unha restauración da vixencia, pois en virtude do Real decreto-lei do 22 de outubro de 1936 entendíase que, ao desapareceren as circunstancias excepcionais que o motivaron, este perdera a súa vixencia, sendo de aplicación as normas do capítulo V, e neste sentido o Consello de Estado, Recompilación de doutrina legal 1940-1943, Madrid, 1944, p. 37, onde xa en 1941 se fai preceptiva a aplicación das normas recollidas no referido capítulo.

¹⁸ Supostos que, como se apuntou anteriormente, coinciden cos previstos como forza maior.

materia de contratación fronte a situacións de extrema gravidade que implican unha pronta resposta por parte dos poderes públicos, delimitándose pola súa vez o ámbito obxectivo e temporal.

3.2 Lei de contratos do Estado de 1965

O Decreto 923/1965, do 8 de abril, polo que se aproba o texto articulado da Lei de contratos do Estado¹⁹, regula por primeira vez de xeito sistemático os contratos nos que é parte a Administración. Esta normativa reordena e moderniza a materia, superando o sistema de contratación directa²⁰ e adaptándoa ás necesidades da época²¹.

No tema obxecto do traballo, o seu artigo 25 xa diferencia tres tipos de expedientes de contratación, a saber, de tramitación ordinaria, de tramitación urxente e de réxime excepcional para as obras de emerxencia²². Nótese que é desde este primeiro momento cando a expresión emerxencia aparece ligada á tramitación do expediente, o cal é considerado como un réxime excepcional de contratación e non meramente como un tipo de tramitación.

O artigo 26 considera a tramitación de urxencia en caso de circunstancias imprevistas, reducindo os prazos e axilizando os trámites, mentres que, por outro lado, o artigo 27 recolle ese réxime excepcional unicamente para acontecementos catastróficos²³. Esta dicotomía que recolle a lei sobre as situacións imprevisibles entre urxencia e emerxencia vai ser a mantida nas seguintes regulacións da materia.

Desta forma, ante os ditos acontecementos, a autoridade competente poderá ordenar a execución directa ou contratar libremente²⁴ sen necesidade de cumprir cos

¹⁹ Habilitación conferida pola Lei 198/1963, do 28 de decembro, de bases de contratos do Estado.

²⁰ Produto da desconfianza do lexislador na súa procura da maior publicidade e transparencia na elección do contratista. *Vid.* NIETO, A., *La organización del desgobierno*, Editorial Ariel, 2.ª ed., Barcelona, 1984, pp. 77-79.

²¹ Unha análise contemporánea dela en PARADA VÁZQUEZ, J.R., "La nueva Ley de contratos del Estado", *Revista de Administración Pública*, n. 47, 1965, pp. 397-454.

²² *Vid.* informe 8/66, do 25 de febreiro de 1966, Xunta Consultiva de Contratación Administrativa. Obras de emerxencia por acontecementos imprevistos. Necesidade de executalas conforme a lei, onde gradúa as distintas situacións de urxencia que poden producirse nos contratos, considerando a emerxencia como urxencia de terceiro grao. Deste modo, a urxencia de primeiro grao permitiría a licitación urxente, a urxencia de segundo grao habilitaría, ademais, a contratación directa e, por último, a urxencia de terceiro grao permitiría, tamén a contratación verbal. Neste sentido, MORENO GIL, O., *Contratos administrativos legislación y jurisprudencia*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1978, p. 601.

²³ Artigo 27. BOE n. 97, do 23 de abril de 1965.

Cando a Administración teña que acometer obras de emerxencia a causa de acontecementos catastróficos, observarase o seguinte réxime excepcional:

1. O xefe do departamento ministerial competente, sen necesidade de tramitar expediente previo, poderá ordenar a directa execución das obras ou contratalas libremente en todo ou parte, sen suxeitarse aos requisitos formais establecidos na presente lei. Do acordo correspondente dará conta inmediata ao Consello de Ministros.
2. Simultaneamente, o Ministerio de Facenda, en expediente sumarísimo, autorizará o libramento dos fondos precisos a favor do xefe do departamento competente para facer fronte aos gastos, co carácter de a xustificar.
3. Desaparecido o perigo ou o grave trastorno que motivase as obras, o xefe do departamento competente dará conta ao Ministerio de Facenda dos gastos e contratos verificados para os efectos da súa fiscalización e ulterior aprobación, se é o caso, polo Goberno.

O resto das obras que poidan ser precisas contrataranse de conformidade co establecido nesta lei.

²⁴ Noutras palabras, o lexislador considera a posibilidade de contratación directa para aquelas circunstancias imprevisibles que, sen constituíren un acontecemento catastrófico, necesitasen unha execución inmediata que non puidese realizarse de xeito eficiente mediante a tramitación de urxencia. Sería, como menciónen, unha urxencia de segundo grao. Neste sentido, o artigo 37.2 para os contratos de obra, o artigo 69.2 para os contratos de xestión de servizos e o artigo 87.3 para o contrato de subministracións.

formalismos establecidos na lei, pois expresamente xa dispensa da tramitación de expediente previo. Igualmente, establécense unha serie de garantías. Por un lado, dando conta da súa actuación ao Consello de Ministros e, por outro, establecendo límites á súa utilización, pois unha vez desaparecido o perigo non tería cabida o uso deste réxime²⁵, así como tampouco podería utilizarse para todos aqueles contratos instrumentais que puidesen tramitarse de forma ordinaria.

Tamén é importante resaltar que se fai mención por primeira vez ao recurso aos fondos do Estado para facer fronte ás obras públicas, determinando que será o Ministerio de Facenda o encargado tanto de autorizar o libramento dos fondos precisos como da súa fiscalización posterior. Este novidoso control do gasto que aquí se establece adquirirá maiores dimensións co paso dos anos debido principalmente á inmediatez e a ausencia de formalismos que a emerxencia implica.

É significativo salientar neste apartado o Regulamento xeral de contratación²⁶ dada a importancia da lei que desenvolve. Deste modo, o seu artigo 91 considera as obras de emerxencia do artigo 27 da lei ampliando aquelas situacións nas que se pode recorrer a este réxime excepcional. Concretamente fai referencia, ademais de a acontecementos catastróficos, a “situacións ou estados de excepción que afecten directamente á defensa nacional”²⁷.

Respecto ao ámbito subxectivo, a situación segue invariable. A lei, como ata o momento, prevé unicamente os contratos celebrados pola Administración do Estado, mentres que, por outro lado, o Real decreto legislativo 781/1986, do 18 de abril, polo que se aproba o texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local, recolle un réxime excepcional de similares características para as entidades locais no seu artigo 117²⁸.

²⁵ Dito doutro modo, o uso da tramitación de emerxencia debe limitarse a aquelas prestacións imprescindibles para remediar o acontecemento producido ou satisfacer a necesidade sobrevida.

²⁶ Aprobado polo Decreto 3354/1967, do 28 de decembro, polo que se aproba o Regulamento xeral de contratación para a aplicación da Lei de contratos do Estado, texto articulado, aprobado polo Decreto 923/1965, do 8 de abril.

²⁷ Esta previsión sería posteriormente recollida no texto legal mediante a Lei 5/1973, do 17 de marzo, sobre modificación parcial da Lei de contratos do Estado. Deste xeito, tamén se inclúen aquelas “situacións que supoñan grave perigo ou necesidades que afecten directamente á defensa nacional”. Nos mesmos termos considérase no novo regulamento establecido polo Decreto 3410/1975, do 25 de novembro, polo que se aproba o Regulamento xeral de contratación do Estado.

²⁸ Artigo 117. BOE n. 96, do 22 de abril de 1986.

1. Cando as entidades locais teñan que realizar obras, servizos, adquisicións ou subministracións de emerxencia, a causa de acontecementos catastróficos, situacións que supoñan grave perigo ou necesidades que afecten directamente á seguridade pública, observarase o seguinte réxime excepcional:

1.º O pleno da corporación poderá ordenar a directa execución das obras, prestación dos servizos ou realización de adquisicións ou subministracións indispensables ou contratalas libremente, en todo ou en parte, sen suxeitarse aos requisitos formais legalmente establecidos.

Poderá, igualmente, exercer esa facultade o presidente da corporación local, debendo dar coñecemento ao pleno da corporación na primeira sesión que se celebre.

2.º Simultaneamente, autorizarase o libramento dos fondos precisos para facer fronte aos gastos co carácter de a xustificar, sen prexuízo de instruír o oportuno expediente de modificación de créditos, cando fose necesario.

2. O resto das obras, servizos, subministracións ou adquisicións que poidan ser necesarias contratarase de conformidade cos requisitos formais legalmente establecidos.

3.3 Lei de contratos das administracións públicas de 1995

A entrada de España na Comunidade Económica Europea fixo necesario acomodar a lexislación para incluír o bloque de directivas dos anos noventa sobre a materia²⁹. Esta incorporación ao noso ordenamento realizouse mediante a Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas. En primeiro lugar, cómpre observar polo seu título que se amplía o seu ámbito subxectivo, englobando, ademais dos contratos realizados pola Administración xeral do Estado, aqueles que formalizan as comunidades autónomas e entidades locais, entre outros. En segundo lugar, e para os efectos deste estudo, cómpre destacar que se mantén a división entre os expedientes de contratación, podendo ser ordinarios, urxentes ou de emerxencia (art. 71), recollendo estes últimos no artigo 73 baixo o título de “tramitación de emerxencia”³⁰, pero mantendo o carácter de réxime excepcional³¹ no seu desenvolvemento.

Por un lado, as previsións establecidas no mencionado precepto manteñen a liña seguida pola lexislación precedente. Non existe variación sobre os acontecementos ou situacións que poden motivala nin sobre a exención de formalidades. En cambio, amplíase a súa extensión, volvendo a súa redacción máis complicada, ao darlles cabida ás diversas entidades e organismos que aparecen como consecuencia das exi-xencias da nova organización territorial do Estado, así como á súa descentralización e á repartición competencial na materia³².

²⁹ Sobre o papel da Unión Europea na unificación e vertebración do dereito da contratación pública, *vid.* GIMENO FELIÚ, J.M., *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Editorial Civitas, Madrid, 1995. O desenvolvemento e evolución da normativa comunitaria en materia contractual, así como a súa influencia no ordenamento xurídico español, amplamente tratado en MORENO MOLINA, J.A., *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, MacGraw-Hill, Madrid, 1996.

³⁰ O artigo 73. Tramitación de emerxencia. BOE n. 119, do 19 de maio de 1995.

1. Cando a Administración teña que actuar de xeito inmediato a causa de acontecementos catastróficos, de situacións que supoñan grave perigo ou de necesidades que afecten á defensa nacional, observárase o seguinte réxime excepcional:

a) O órgano de contratación competente, sen obriga de tramitar expediente administrativo, poderá ordenar a execución do necesario para remediar o evento producido, satisfacer a necesidade sobrevida ou contratar libremente o seu obxecto, en todo ou en parte, sen suxeitarse aos requisitos formais establecidos nesta lei, mesmo o da existencia de crédito suficiente. Do acordo correspondente darase conta inmediata ao Consello de Ministros, se se trata da Administración xeral do Estado, os seus organismos autónomos, entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social ou demais entidades públicas estatais.

b) Simultaneamente, o Ministerio de Economía e Facenda, se se trata da Administración xeral do Estado, ou os representantes legais dos organismos autónomos e entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social autorizarán o libramento dos fondos precisos para facer fronte aos gastos, con carácter de a xustificar.

c) Executadas as actuacións obxecto deste réxime excepcional, procederase a cumprir os trámites necesarios para a fiscalización e aprobación do gasto.

2. O resto da actividade necesaria para completar o obxectivo proposto pola Administración, pero que xa non teña carácter de emerxencia, contratarase conforme o establecido nesta lei.

³¹ “Non é en realidade un tipo de tramitación, senón un réxime excepcional caracterizado xustamente pola dispensa de tramitar o expediente e, en xeral, de todos «os requisitos formais establecidos nesta lei, mesmo o da existencia de crédito suficiente», en palabras de SÁNCHEZ MORÓN, M. e GARCÍA TORRES, J., “Actos de preparación y adjudicación de los contratos”, Gómez-Ferrer Morant, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1996, p. 372.

³² A competencia en materia de contratación pública correspóndelles ao Estado e ás comunidades autónomas; o primeiro ten competencia para establecer a lexislación básica de acordo co artigo 148.1.18 da Constitución e as segundas, no relativo ao seu desenvolvemento. Unha análise sobre o desenvolvemento desta competencia compartida, en BERNAL BLAY, M.Á., “El desarrollo autonómico de la normativa sobre contratos públicos”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 18, 2018, pp. 91-104.

Por outro lado, podemos apreciar que as modificacións sufridas son resultado tanto das interpretacións realizadas pola xurisprudencia³³ como dos criterios establecidos pola Xunta Consultiva de Contratación Administrativa³⁴ (en relación co artigo 27 da Lei de contratos do Estado). Eses cambios, polo que aquí interesa, son os seguintes: en primeiro lugar, suprímese a condición de que a situación de emerxencia afecte “directamente” á defensa nacional³⁵; en segundo lugar, amplíase o ámbito de aplicación a todos os tipos de contratos e non só aos de obras; en terceiro lugar, delimitáanse as facultades do órgano de contratación; en cuarto e último lugar, inclúese expresamente que a actividade que non teña carácter de emerxencia³⁶ observará o disposto na lei, concretándose con todos eles cada vez máis esta excepcional figura.

Posteriormente, como consecuencia das cuantiosas obrigas fronte a terceiros producidas pola realización de gastos sen cobertura orzamentaria, fíxose necesario, coa finalidade de controlar o déficit público, o establecemento dunha normativa máis rigorosa na orzamentación e xestión do gasto na realización de obras de emerxencia³⁷, motivo polo cal se acabou modificando o mencionado artigo 73, reforzando os mecanismos de fiscalización, así como o establecemento dun prazo máximo para dar conta destes³⁸.

Nos mesmos termos recóllese no artigo 72 do Real decreto legislativo 2/2000, do 16 de xuño, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas³⁹.

Regap

ESTUDIOS

³³ Neste sentido, a STS 188/1987, do 20 de xaneiro de 1987, trata de perfilar o concepto de emerxencia, diferenciándoo do de urxencia.

³⁴ De acordo co Informe 34/79, do 5 de outubro de 1979, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa. Comunicación das obras de emerxencia ao Consello de Ministros: Consecuencias orzamentarias que produce o dito trámite, indícase que a contratación de emerxencia debe supor un suposto verdadeiramente excepcional para eliminar ou minorar o perigo e os danos previsibles nos supostos de acontecementos catastróficos e de situacións que supoñan un grave perigo inminente. Así mesmo, sinala que as obras necesarias que poden contratarse por medio deste réxime son, unicamente, aquelas que teñan carácter de indispensable.

³⁵ De acordo con SÁNCHEZ MORÓN, M. e GARCÍA TORRES, J., “Actos de preparación y adjudicación de los contratos”, cit., p. 372-373, esa supresión corresponde a unha limitación por parte do lexislador cara á discrecionalidade que os órganos competentes mostraban ao ampararse nese réxime excepcional.

³⁶ Mesmo no caso de que sexa necesaria para completar o obxectivo proposto pola Administración para atender a situación de emerxencia, en palabras de DOMÍNGUEZ OLIVERA, R., “De las actuaciones administrativas preparatorias de los contratos”, Jiménez Aparicio, E. (coord.), *Comentarios a la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 623-655.

³⁷ Segundo se recolle na Lei 11/1996, do 27 de decembro, de medidas de disciplina orzamentaria.

³⁸ A través do previsto na Lei 11/1996, do 27 de decembro, de medidas de disciplina orzamentaria, e mediante a Lei 53/1999, do 28 de decembro, pola que se modifica a Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas, modifícase o apartado 1.a) do citado artigo 73 coa seguinte redacción:

a) O órgano de contratación competente, sen obriga de tramitar expediente administrativo, poderá ordenar a execución do necesario para remediar o acontecemento producido, satisfacer a necesidade sobrevida ou contratar libremente o seu obxecto, en todo ou en parte, sen suxeitarse aos requisitos formais establecidos na presente lei, mesmo o da existencia de crédito suficiente. O acordo correspondente acompañarase da oportuna retención de crédito ou documentación que xustifique a iniciación do expediente de modificación de crédito. Dos ditos acordos darase conta, no prazo máximo de sesenta días, ao Consello de Ministros se se trata da Administración xeral do Estado, dos seus organismos autónomos, entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social ou demais entidades públicas estatais.

³⁹ BOE n. 148, do 21 de xuño de 2000, pp. 21.790-21.791.

3.4 Lei de contratos do sector público de 2007

A seguinte norma que debemos destacar é a Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público, que, como o seu propio preámbulo sinala, atopa “o impulso primordial para a súa elaboración” na influencia da normativa comunitaria, incorporando dúas novas directivas que refunden e simplifican a lexislación en materia contractual⁴⁰.

Desta forma, modifícase a tramitación de emerxencia, agora recollida no artigo 97⁴¹. Incorporáanse dous novos apartados que, ademais de contribuír a facilitar a súa lectura e comprensión, completan determinados aspectos da súa regulación. Por un lado, establécese o límite temporal dun mes para a realización das prestacións que xustificaron a emerxencia, prazo que considero necesario, non por establecer unha determinada extensión, senón pola necesidade de delimitar temporalmente o recurso a este mecanismo extraordinario e, deste xeito, poder prever o seu uso incorrecto ou unha utilización fraudulenta. Así, transcorrido o mencionado prazo, ademais de decaer esta forma de tramitación se non se iniciou a execución, deberá xustificarse o gasto realizado, deixando á norma regulamentaria o desenvolvemento do procedemento dese control.

Posteriormente, o Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos do sector público, recolle a tramitación de emerxencia, en idénticos termos no artigo 113⁴².

⁴⁰ Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 31 de marzo de 2004, sobre a coordinación dos procedementos de adjudicación de contratos nos sectores da auga, da enerxía, dos transportes e dos servizos postais; e a Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 31 de marzo de 2004, sobre coordinación dos procedementos de adjudicación dos contratos públicos de obras, de subministración e de servizos.

⁴¹ Artigo 97. Tramitación de emerxencia. BOE n. 261, do 31 de outubro de 2007.

1. Cando a Administración teña que actuar de xeito inmediato a causa de acontecementos catastróficos, de situacións que supoñan grave perigo ou de necesidades que afecten á defensa nacional, observarse o seguinte réxime excepcional:

a) O órgano de contratación, sen obriga de tramitar expediente administrativo, poderá ordenar a execución do necesario para remediar o acontecemento producido ou satisfacer a necesidade sobrevida, ou contratar libremente o seu obxecto, en todo ou en parte, sen suxeitarse aos requisitos formais establecidos na presente lei, mesmo o da existencia de crédito suficiente. O acordo correspondente acompañarase da oportuna retención de crédito ou documentación que xustifique a iniciación do expediente de modificación de crédito.

b) Se o contrato foi celebrado pola Administración xeral do Estado, os seus organismos autónomos, entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social ou demais entidades públicas estatais, darase conta dos ditos acordos ao Consello de Ministros no prazo máximo de sesenta días.

c) Simultaneamente, polo Ministerio de Economía e Facenda, se se trata da Administración xeral do Estado, ou polos representantes legais dos organismos autónomos e entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social, será autorizado o libramento dos fondos precisos para facer fronte aos gastos, con carácter de a xustificar.

d) Executadas as actuacións obxecto deste réxime excepcional, procederase a cumprir os trámites necesarios para a intervención e aprobación da conta xustificativa, sen prexuízo dos axustes precisos que se establezan regulamentariamente para os efectos de dar cumprimento ao artigo 49 da Lei xeral orzamentaria.

e) O prazo de inicio da execución das prestacións non poderá ser superior a un mes, contado desde a adopción do acordo previsto na letra a). Se se excedese este prazo, a contratación das ditas prestacións requirirá a tramitación dun procedemento ordinario.

Así mesmo, transcorrido o dito prazo, renderase a conta xustificativa do libramento que, no seu caso, se tivese efectuado, con reintegro dos fondos non investidos. Nas normas de desenvolvemento desta lei desenvolverase o procedemento de control destas obrigas.

2. As restantes prestacións que sexan necesarias para completar a actuación acometida pola Administración e que non teñan carácter de emerxencia contrataranse conforme a tramitación ordinaria regulada nesta lei.

⁴² BOE n. 276, do 16 de novembro de 2011, p. 117.798.

4 Regulación actual

4.1 Lei de contratos do sector público de 2017

En resposta, unha vez máis, ás exixencias europeas, dítase a vixente Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público⁴³ (en diante, LCSP). Non obstante, o lexislador aproveita a transposición das mencionadas directivas de cuarta xeración para reforzar o sistema de contratación. Apóíase, principalmente, en piares tales como a eficiencia, a transparencia ou a loita contra a corrupción⁴⁴. Desta forma, modifícanse e mellóranse diversos procedementos. Entre eles, o que recolle o réxime excepcional que supón a tramitación de emerxencia (art. 120⁴⁵).

Os principais cambios que se aprecian na súa redacción, de acordo coa orde establecida no propio precepto, son: en primeiro lugar, os relativos á dotación de crédito, remitíndose á Lei 4/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria; en segundo lugar, diminúese o prazo, de sesenta a trinta días, para dar conta do acordo de iniciación do procedemento e do acordo de retención ou dotación de crédito ao Consello de Ministros; en último lugar, remítese ao establecido na lei sobre o cumprimento dos contratos, recepción e liquidación da prestación.

De tal xeito, chegamos á configuración actual desta figura deseñada para facer fronte a conxunturas imprevisibles. Para iso, o seu procedemento, conformado arredor dela pola lexislación na materia a consecuencia das experiencias xurdidas, permite reducir o tempo de resposta mediante a flexibilización dos diferentes trámites á vez que respecta as garantías propias que deben de rexer a contratación pública.

Regap

ESTUDOS

⁴³ Lei de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014. BOE n. 272, do 9 de novembro de 2017.

⁴⁴ Unha análise máis pormenorizada da reforma legal, en DÍEZ SASTRE, S., "Los ejes de la reforma y la nueva sistemática de la LCSP: El régimen jurídico aplicable", Díez Sastre, S. (coord.), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: Curso de actualización: especial referencia a la contratación de las entidades locales*, Iuris Utilitas, 2.ª ed., A Coruña, 2018, pp. 27-28.

⁴⁵ Artigo 120. Tramitación de emerxencia. BOE n. 272, do 9 de novembro de 2017.

1. Cando a Administración teña que actuar de xeito inmediato a causa de acontecementos catastróficos, de situacións que supoñan grave perigo ou de necesidades que afecten á defensa nacional, observarase o seguinte réxime excepcional:

a) O órgano de contratación, sen obriga de tramitar expediente de contratación, poderá ordenar a execución do necesario para remediar o acontecemento producido ou satisfacer a necesidade sobrevida, ou contratar libremente o seu obxecto, en todo ou en parte, sen suxeitarse aos requisitos formais establecidos nesta lei, mesmo o da existencia de crédito abondo. En caso de que non exista crédito axeitado e suficiente, unha vez adoptado o acordo, procederase á súa dotación de conformidade co establecido na Lei xeral orzamentaria.

b) Se o contrato foi celebrado pola Administración xeral do Estado, os seus organismos autónomos, entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social ou demais entidades públicas estatais, darase conta dos ditos acordos ao Consello de Ministros no prazo máximo de trinta días.

c) O prazo de inicio da execución das prestacións non poderá ser superior a un mes, contado desde a adopción do acordo previsto na letra a). Se se excedese este prazo, a contratación desas prestacións requirirá a tramitación dun procedemento ordinario.

d) Executadas as actuacións obxecto deste réxime excepcional, observarase o disposto nesta lei sobre cumprimento dos contratos, recepción e liquidación da prestación.

No suposto de que o libramento dos fondos necesarios se tivese realizado a xustificar, transcorrido o prazo establecido na letra c) anterior, renderase a súa conta xustificativa, con reintegro dos fondos non investidos.

2. As restantes prestacións que sexan necesarias para completar a actuación acometida pola Administración e que non teñan carácter de emerxencia contrataranse conforme a tramitación ordinaria regulada nesta lei.

Desta forma, pode apreciarse como o lexislador, consciente do perigo dun uso indebido deste polas necesarias prerrogativas que leva aparellada a súa utilización, foi concretando e delimitando progresivamente os seus límites. Así pois, converteuse nunha das principais ferramentas ao servizo dos poderes públicos para facer fronte, mediante a contratación pública, ás diferentes continxencias ás que a nosa sociedade deba enfrontarse. Un claro exemplo disto último é o vivido actualmente e sobre o que me deterei a continuación para analizar como foi a resposta das nosas autoridades ante a devandita situación.

4.2 As previsións durante a crise sanitaria

Desde que a Organización Mundial da Saúde declarase o 30 de xaneiro de 2020 que a situación en relación co coronavirus COVID-19 supuña unha emerxencia de saúde pública de importancia internacional e, posteriormente, o 11 de marzo a catalogase como unha pandemia, produciuse unha fervenza normativa orientada a paliar os seus posibles, ademais de moi probables, efectos adversos. En consecuencia, adoptáronse unha serie de medidas enfocadas non só a protexer a saúde, conter o avance da enfermidade e reforzar o noso sistema sanitario, senón tamén a facer fronte ás inevitables repercusións sociais e económicas que unha crise desta entidade leva consigo.

Neste contexto sociopolítico, extremadamente dinámico e cambiante, que improu durante os primeiros meses, producíronse unha inxente cantidade de cambios normativos intentando adaptar o dereito á realidade social. Debo sinalar, con especial significación, os que afectaron á contratación pública, pois a través dela púidose prover de obras, bens e servizos os cidadáns, ofrecendo, ademais, solución ás urxentísimas necesidades naquel momento. Entre elas considerouse utilizar a tramitación de emerxencia con carácter xeral para facer fronte a todas as contratacións que, pola súa inmediatez⁴⁶, eran imposibles de realizar mediante outros procedementos, tales como o procedemento de urxencia, o procedemento negociado sen publicidade, o procedemento aberto simplificado do artigo 159.1 ou o máis simplificado aínda do artigo 159.6 da LCSP.

Deste xeito, ao inicio da pandemia, aprobouse o Real decreto-lei 7/2020, do 12 de marzo⁴⁷, que adoptou numerosas medidas encamiñadas a paliar os efectos negativos que, irremediabilmente, se estaban a producir na nosa sociedade. Entre a batería de disposicións adoptadas, considérase, no preámbulo da citada norma, que a tramitación de emerxencia “encaixa á perfección na situación actual” e, por iso, no artigo 16 determínase a súa utilización para a contratación de todo tipo de bens ou servizos que precise a Administración xeral do Estado para a execución de calquera

⁴⁶ Debe terse en conta que “non basta con que se produza unha situación de emerxencia, senón que cómpre ademais que a prestación concreta a obter mediante o contrato sexa de necesidade inaprazable”. MOREU CARBONELL, E., “El expediente de contratación”, Gimeno Feliu, J.M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 924. No mesmo sentido, a STSX da Rioxa 45/2010, do 4 de febreiro de 2010, FX 3.º: “O que ampara a normativa de emerxencia é unha situación administrativa inmediata, absolutamente necesaria para evitar ou remediar no posible as consecuencias do suceso en cuestión”.

⁴⁷ Real decreto-lei 7/2020, do 12 de marzo, polo que se adoptan medidas urxentes para responder ao impacto económico do COVID-19. BOE n. 65, do 13 de marzo de 2020.

medida para facer fronte á COVID-19. Desta forma, establécese que debe aplicár-selles o réxime excepcional do artigo 120 da LCSP a todos os contratos celebrados pola Administración xeral do Estado ou os seus organismos públicos e entidades de dereito público para atender as necesidades derivadas da COVID-19, pois a adopción de calquera medida, directa ou indirecta, para facer fronte á pandemia será xustificación suficiente da súa necesaria inmediatez e, polo tanto, do recurso a esta figura.

Dous días máis tarde, declarouse o segundo estado de alarma da nosa democracia mediante o Real decreto 463/2020, do 14 de marzo⁴⁸. Baixo o seu paraugas, de forma coetánea, adóptanse, coa mesma necesidade e fundamentación que o mencionado Real decreto-lei 7/2020, do 12 de marzo, novas normas e modifícanse as anteriores, afectando, polo que agora nos ocupa, ao uso da tramitación de emerxencia. Analizarei estas normas a continuación.

Por un lado, o Real decreto-lei 8/2020, do 17 de marzo⁴⁹, recolle, no seu artigo 34, unha serie de medidas específicas encamiñadas a paliar as consecuencias dos problemas xerados pola pandemia no ámbito da contratación pública, mentres que, na súa disposición derradeira sexta, modifica o xa mencionado artigo 16 do anterior real decreto-lei, permitindo, desta forma e no suposto especial de que fose necesario, o pagamento por adiantado ao realizar actuacións preparatorias, podendo efectuarse un aboamento á conta de acordo cos artigos 198.3, con carácter xeral, e 240.2, referido ao contrato de obras, da LCSP. Todo iso, ademais, sen a necesidade de presentar garantías por parte dos contratistas.

Por outro lado, o Real decreto-lei 9/2020, do 27 de marzo⁵⁰, introduce, na súa disposición derradeira segunda, novas modificacións do citado precepto intentando adaptar a normativa á realidade imperante. A pandemia demostrou que a esquecida contratación de emerxencia é un mecanismo idóneo para facer fronte a situacións de necesidade e, en consecuencia, ampliase o seu ámbito subxectivo a todos os contratos que deban asinar as entidades do sector público. Así mesmo, o inicio da crise sanitaria implicou unha forte competencia entre os diferentes gobernos de todo o mundo ante a escaseza de subministracións, o colapso dos mercados e, en definitiva, o desespero nuns momentos críticos. Ante esta situación de gran demanda, impúxose que o pagamento por envíos de realización incerta –e que non sempre cumprían coa calidade e finalidade necesaria– debía realizarse por adiantado⁵¹. Por este motivo, e malia a premisa da nosa lexislación contractual que exige que o pagamento sexa pola prestación realizada (art. 198 LCSP), permítese que, en todas aquelas contratacións realizadas de emerxencia, mesmo no estranxeiro, o pagamento poida realizarse por adiantado, na súa totalidade ou en parte, á realización da prestación, establecendo,

⁴⁸ Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se declara o estado de alarma para a xestión da situación de crise sanitaria ocasionada pola COVID-19. BOE n. 67, do 14 de marzo de 2020.

⁴⁹ Real decreto-lei 8/2020, do 17 de marzo, de medidas urxentes extraordinarias para facer fronte ao impacto económico e social da COVID-19. BOE n. 73, do 18 de marzo de 2020.

⁵⁰ Real decreto-lei 9/2020, do 27 de marzo, polo que se adoptan medidas complementarias, no ámbito laboral, para paliar os efectos derivados da COVID-19. BOE n. 86, do 28 de marzo de 2020.

⁵¹ Máis detallada esta resposta normativa dos gobernos fronte á escaseza de medios producida pola crise sanitaria en PASCUAL MATEO, F., "La contratación administrativa ante la COVID-19", *Revista de Administración Pública*, n. 213, 2020, pp. 444-464.

así mesmo, que o eventual risco de quebranto será asumido polo orzamento do Estado⁵². Deste modo, complementábase o artigo 120 da LCSP, converténdoo nunha ferramenta que, pola súa versatilidade, devén imprescindible ao ser a única capaz de facer fronte, de xeito inmediato e, polo tanto, efectivo, a todas as situacións que poidan producirse.

Chegados a este punto e ante esta atribución de tan amplas potestades aos poderes públicos que, como mencionei, leva consigo de forma inescindible o risco de abuso destas, adoptáronse unha serie de resolucións e informes buscando delimitar e concretar a ampla marxe de actuación atribuída á contratación de emerxencia.

O primeiro deles, o Informe da Avogacía Xeral do Estado do 1 abril de 2020, sobre a interpretación e aplicación do artigo 34 do Real decreto-lei 8/2020, malia non estar directamente relacionado con este réxime excepcional obxecto do estudo, resulta importante, pois nel pártese da relación entre a lexislación ordinaria en contratos públicos e a norma especial. Defínese o mencionado real decreto-lei como “unha norma de rango legal, de efectos temporais limitados, que atende unha situación excepcional (a declaración de estado de alarma ante a crise sanitaria derivada da COVID-19)” e que resulta de aplicación preferente mentres dure esta situación. Destas premisas despréndese que a aplicación dos reais decretos-leis 8/2020 e 9/2020 ten unha vixencia temporal limitada circunscrita, neste caso, á duración do primeiro estado de alarma, que, por outro lado, xa establecían os dous nas súas disposicións derradeiras destinadas á vixencia da norma. Porén, cabe recordar que o Real decreto-lei 7/2020 se publica dous días antes de declararse este estado excepcional e que, polo tanto, non estaría suxeito a esta interpretación, malia ser, como se mencionou, coincidente na necesidade e finalidade coas mencionadas normas, cuestión que non é banal, como logo veremos.

En segundo lugar, tamén de xeito temperán, a Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado emite unha nota informativa o 9 de abril co fin de “prever que se poidan producir situacións de mal uso ou de abuso desta figura xurídica”. A xunta recordou a interpretación das condicións baixo as cales procede a súa utilización e a forma en que ha de realizarse⁵³, facendo especial fincapé nos seus puntos débiles: a publicidade, transparencia, xustificación e dación de contas, aspectos negativos que, atendendo ao maior número de contratos suxeitos a unha tramitación de emerxencia na conxuntura actual, se consolidaron como as principais carencias que esta habilitación excepcional leva consigo.

En terceiro e último lugar, de forma practicamente simultánea, a Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación, no exercicio das súas funcións recollidas no artigo 332.7.c) da LCSP, aborda a supervisión dos contratos

⁵² Esta previsión non implica a ausencia de control ou responsabilidade contable. Desta forma, o programa de fiscalizacións do Tribunal de Contas para o ano 2021. Aprobado polo Pleno o 22 de decembro de 2020 e modificado na súa sesión do 25 de febreiro de 2021, fai fincapé na fiscalización dos contratos de emerxencia celebrados en 2020 para a xestión da situación de crise sanitaria ocasionada pola COVID-19.

⁵³ Neste sentido, GIMENO FELIÚ, J.M., “La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2020, p. 7, xa avanzaba que “a utilización da tramitación de emerxencia como rápida resposta ás necesidades derivadas da pandemia non supón, de ningún xeito, unha exoneración do resto de regras da contratación pública, que, hai que advertir, continúan viventes”.

adxudicados mediante a tramitación de emerxencia por calquera entidade do sector público durante o estado de alarma, velando polo cumprimento dos requisitos de publicidade e transparencia como principios da contratación pública⁵⁴. Deste modo, realízase o “Informe especial de supervisión: Principio de publicidade nos contratos tramitados por emerxencia durante a vixencia da declaración do estado de alarma como consecuencia da COVID-19”, que, ante o imparable recurso á contratación, debe actualizarse periodicamente. Así pois, a primeira versión publícase o 30 de abril e actualízase semanalmente ata a finalización do estado de alarma o 23 de xuño, supervisándose un total de 11.177 contratos.

Cando finaliza o estado de alarma, durante a chamada nova normalidade, onde a Administración intenta recuperar a súa normal singradura, todo parece apuntar a que, como medida de necesidade que é, a tramitación de emerxencia recupera a súa antiga posición e a súa utilización como último recurso, pois non existe a imperiosa urxencia que a motivou, todo iso malia a nova declaración, que posteriormente se produciu, doutro estado excepcional. Neste sentido, aínda que xa comezou o ano 2021, o 21 de xaneiro, a Avogacía Xeral do Estado, no seu Informe 1/21, pronúnciase ao respecto e indícanos que “un procedemento tan excepcional como é o procedemento de contratación de emerxencia do artigo 120 da LCSP (...) non pode ser obxecto de aplicación indefinida sen causa que o xustifique, sendo así que no novo estado de alarma declarado polo Real decreto 926/2020, do 25 de outubro⁵⁵, non se produciu unha interrupción da actividade económica que xustifique a inaplicación xeneralizada dos procedementos de contratación previstos na Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público”. Tamén matiza e reitera que non serán de aplicación “as normas ditadas baixo a vixencia do anterior estado de alarma, salvo que tales normas fosen prorrogadas expresamente”⁵⁶.

Non obstante, a realidade foi ben distinta, porque a tramitación de emerxencia continuou aplicándose. Podemos atopar a mostra diso na ambiciosa investigación desenvolvida pola Fundación Civio respecto da contratación de emerxencia, cuxos resultados saíron á luz o pasado 23 de marzo. En concreto, puxeron de manifesto non

⁵⁴ Principios que, como xa se apuntou, representan un dos maiores puntos débiles desta contratación, e todo iso a pesar de que nin a Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, nin a LCSP presentan excepcións no réxime xeral de publicidade previsto para os contratos nestas situacións de emerxencia.

Non obstante, mesmo cando non representou nunca unha excepción, o problema non é novo, podendo atopar referencias no pasado a esta necesidade de publicidade e transparencia que debe rexer a tramitación de emerxencia. Un exemplo podemos observalo durante a tramitación parlamentaria da Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas, onde se presentaron varias emendas á tramitación de emerxencia, contemplada daquela no artigo 73. Entre elas, a emenda n. 291 do Grupo Parlamentario Popular, BOCG, CD, do 12 de setembro de 1994, encamiñada á expresa publicación no boletín oficial correspondente do acordo de aceptación do trámite de emerxencia, cuxa finalidade non era outra que “promover a publicidade como garantía de transparencia”. Sobra dicir que todas as emendas presentadas foron rexeitadas.

Tamén a Axencia Catalá de Competencia se pronunciou neste sentido e con relación á actual crise sanitaria mediante o Informe 45/2020, do 2 de xuño de 2020. Riscos para a competencia na contratación pública de emerxencia en tempos da COVID-19, p. 13, onde nos indica que “a sombra de potenciais influencias indebidas nas decisións públicas pode esvaecerse cunha axeitada motivación e transparencia de datos obxectivos ou dos precedentes documentados que levaron a seleccionar determinadas opcións”.

⁵⁵ Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, polo que se declara o estado de alarma para conter a propagación de infeccións causadas polo SARS-CoV-2. BOE n. 282, do 25 de outubro de 2020.

⁵⁶ Este inciso realízao en relación cos artigos 2 (medidas extraordinarias para a protección do emprego) e 5 (interrupción do cómputo da duración máxima dos contratos temporais) do Real decreto-lei 9/2020, do 27 de marzo, que foron prorrogados nesa data dúas veces e, a día de hoxe, teñen prorrogada a súa vixencia ata o 30 de setembro de 2021.

só a súa utilización xeneralizada, en ocasións desmedida e sen control, senón que tamén remarcaron os problemas que anteriormente citamos, así como a ausencia dunha espada de Damocles colgando sobre as autoridades competentes que as advirta do perigo que un mal uso leva consigo⁵⁷. Nesta mesma liña, a OIREscon publica un novo “Informe especial de supervisión dos contratos tramitados por vía de emerxencia”, aprobado o 16 de maio, onde amplía e completa o estudo anterior, supervisando un total de 22.379 contratos⁵⁸, correspondentes a todo o exercicio do ano 2020.

Chegados a este punto, e a pesar dos informes da Avogacía do Estado, o certo é que o Real decreto-lei 7/2020 continúa, polo menos formalmente, vixente, sen prexuízo de que este poida entenderse tacitamente derogado. Pode argumentarse que a situación fáctica que o motivou desapareceu e, polo tanto, debe primar o propósito da norma sobre a palabra escrita, máxime na utilización da tramitación de emerxencia recollida no seu artigo 16, que, pola súa natureza excepcional, debe ser obxecto dunha interpretación restritiva⁵⁹. Fose como fose a marea normativa que nos afecta continúa e, a este respecto, o 13 de abril de 2021 é publicada a Lei 3/2021, do 12 de abril, pola que se adoptan medidas complementarias, no ámbito laboral, para paliar os efectos derivados da COVID-19, que supón a validación do Real decreto-lei 9/2020, do 27 de marzo, reproducindo o seu contido e a substitución implícita deste⁶⁰, establecendo na súa disposición derradeira primeira que procede á modificación do artigo 16 do Real decreto-lei 7/2020, do 12 de marzo. Así pois, xérase un novo debate ao suscitarse dúbidas sobre a vixencia e utilización da tramitación de emerxencia con carácter xeral.

Por este motivo, a Dirección Xeral do Patrimonio do Estado dirixiu unha consulta á Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado sobre a aplicación do citado artigo. Foi resolta polo Informe 30/2021, do 30 de abril de 2021. Neste texto, a xunta analiza a intención do lexislador e os distintos informes xa mencionados da Avogacía do Estado para concluír que a eficacia do discutido precepto é limitada e que, na actualidade, as excepcionais razóns que moveron o lexislador a adoptar unha medida como a aplicación da tramitación de emerxencia con carácter xeral xa desaparece- ron. Malia que coincido cos seus argumentos e con parte das súas consideracións, a saber, que a aplicación dunha norma excepcional como o artigo 120 da LCSP non pode manterse neste momento e que debe aplicarse só en supostos taxados e can- do resulte imprescindible, non coincido, en cambio, con aquelas que indican que a

⁵⁷ Desde a propia fundación, coa finalidade de contribuír con organismos de control da contratación pública e de loita anticorrupción, compartíronse os datos obtidos do estudo con: a Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación; o Servizo Nacional de Coordinación Antifraude; diferentes órganos autonómicos, como Antifrau en Cataluña, a AVAF na Comunidade Valenciana ou a OAIIB en Baleares; os reguladores do mercado e a competencia; e os distintos tribunais administrativos de recursos contractuais, cámaras de contas e colectivos de interventores.

⁵⁸ Falamos de 11.202 contratos a maiores respecto do último informe do 21 de xuño.

⁵⁹ Non debe esquecerse que se trata dunha institución tradicionalmente residual na contratación pública, é dicir, un mecanismo excepcional que debe ser aplicado restritivamente e como último recurso. Así o considera o Informe 20/03, do 20 de xuño de 2003. Acordo da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa sobre criterios interpretativos na aplicación da tramitación de emerxencia prevista no artigo 72 do Texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas, publicado pola Resolución do 27 de xuño de 2003, da Dirección Xeral do Patrimonio do Estado. BOE n. 195, do 15 de agosto de 2003, p. 31.861 a 31.863.

⁶⁰ Como mencionei, nese momento os artigos 2 e 5 mantiñan a súa vixencia.

vixencia do artigo 16 do Real decreto-lei 7/2020, do 12 de marzo, decaeu en canto finalizou a do primeiro estado de alarma e que así debería entenderse agora, mesmo cando unha norma con rango legal lle deu unha nova redacción. Tampouco comparto a solución proposta, isto é, derrogar a disposición derradeira primeira da Lei 3/2021, do 12 de abril, que, aínda que é concorrente co resto do argumentario, me parece que non axuda a disipar as dúbidas existentes acerca da vixencia do tan reiterado artigo 16 do Real decreto-lei 7/2020. Emporiso, este dilema foi rapidamente resolto pola disposición derogatoria única 2.a) do Real decreto-lei 8/2021, do 4 de maio⁶¹, que derroga expresamente o dito precepto. Esta decisión, como se pode supor, considero que achega seguridade xurídica ao noso ordenamento⁶² e que pon, pola súa vez, fin a esta viaxe tan convulsa que viviu estes últimos tempos a xa non tan esquecida e descoñecida tramitación de emerxencia.

4.3 Rumbo a seguir

O sistema de contratación pública en España constitúe unha ferramenta fundamental para facer fronte ás necesidades de interese xeral e, de xeito especial, a aquelas producidas a partir dunha emerxencia. A actual crise sanitaria mostrou claros exemplos diso. Non obstante, do mesmo modo, tamén puxo de manifesto as carencias e problemas que toda aplicación práctica do dereito implica.

Neste sentido, considero preciso que, mediante as leccións aprendidas, poida mellorarse este réxime xurídico que constitúe un instrumento necesario para que os poderes públicos poidan responder de xeito áxil e efectivo ante a emerxencia.

En primeiro lugar, debe revisarse a súa regulación co obxecto de establecer un procedemento máis detallado, que teña en conta tanto a tramitación como todas as excepcións ás regras xerais que agora o conforman e que se atopan diseminadas pola lei. Ese procedemento debe facer especial fincapé en reforzar a súa publicidade e transparencia, materia pendente e que representa a súa principal insuficiencia. Así mesmo, sería conveniente un desenvolvemento regulamentario onde se detallasen e completasen as medidas adoptadas.

En segundo lugar, o papel dos órganos de supervisión da contratación debería reforzarse, pois a actual crise mostrou o importante labor que desenvolven detectando e analizando os problemas xurdidos nesta situación excepcional, tanto coas súas recomendacións de mellora para evitar os riscos de posibles condutas impropias como cos resultados dos seus informes –que representan unha vía expedita para a investigación de posibles infraccións ou delitos e a determinación das correspondentes responsabilidades–.

⁶¹ Real decreto-lei 8/2021, do 4 de maio, polo que se adoptan medidas urxentes na orde sanitaria, social e xurisdiccional, a aplicar tras a finalización da vixencia do estado de alarma declarado polo Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, polo que se declara o estado de alarma para conter a propagación de infeccións causadas polo SARS-CoV-2. BOE n. 107, do 5 de maio de 2021.

⁶² Como recolle a STC 27/1981, do 20 de xullo, FX 10.º, a seguridade xurídica é “suma de certeza e legalidade, xerarquía e publicidade normativa, irretroactividade do non favorable, interdición da arbitrariedade (...). A seguridade xurídica é a suma destes principios, equilibrada de tal sorte que permita promover, na orde xurídica, a xustiza e a igualdade, en liberdade”.

Por último, considero que, aínda que é certo que cómpre un grao amplo de discrecionalidade, entendéndose esta como a marxe de liberdade necesaria para o aseguramento dunha correcta apreciación e comprensión na aplicación da tramitación de emerxencia, tamén o é que este sexa limitado para non caer na arbitrariedade. Por este motivo, é importante reforzar a xustificación no uso desta, así como a dación de contas para, desta maneira, responder á necesidade de xustificar un correcto e axeitado uso deste procedemento excepcional.

Bibliografía

- ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- BERNAL BLAY, M.Á., “El desarrollo autonómico de la normativa sobre contratos públicos”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 18, 2018.
- CARBONERO GALLARDO, J.M., *La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual. Tesis doctoral*, Universidad de Granada, Granada, 2010.
- DÍEZ SASTRE, S., “Los ejes de la reforma y la nueva sistemática de la LCSP: El régimen jurídico aplicable”, Díez Sastre, S. (coord.), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: Curso de actualización: especial referencia a la contratación de las entidades locales*, Iuris Utilitas, 2.ª ed., A Coruña, 2018.
- DOMÍNGUEZ OLIVERA, R., “De las actuaciones administrativas preparatorias de los contratos”, Jiménez Aparicio, E. (coord.), *Comentarios a la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, *Revista de administración pública*, n. 2, 1950.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa”, *Revista de Administración Pública*, n. 10, 1953.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Aranzadi, 19.ª ed., Pamplona, 2020.
- GIMENO FELIÚ, J.M., *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2020.
- MEILÁN GIL, J.L., “La actuación contractual de la Administración Pública española. Una perspectiva histórica”, *Revista de administración pública*, n. 99, 1982.
- MORENO GIL, O., *Contratos Administrativos Legislación y jurisprudencia*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1978.
- MORENO MOLINA, J.A., *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, MacGraw-Hill, Madrid, 1996.
- MOREU CARBONELL, E., “El expediente de contratación”, Gimeno Feliú, J.M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Pamplona, 2018.

- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIII - Contratos del sector público*, Editorial Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2.ª ed., Madrid, 2018.
- MUÑOZ MACHADO, S., “El poder y la peste de 2020”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 90-91, 2020.
- NIETO, A., *La organización del desgobierno*, Editorial Ariel, 2.ª ed., Barcelona, 1984.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1963.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., “La nueva ley de contratos del Estado”, *Revista de Administración Pública*, n. 47, 1965.
- PASCUA MATEO, F., “La contratación administrativa ante la COVID-19”, *Revista de Administración Pública*, n. 213, 2020.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. e GARCÍA TORRES, J., “Actos de preparación y adjudicación de los contratos”, Gómez-Ferrer Morant, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1996

Regap

ESTUDIOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_xullo-decembro 2021 | pp. 141-174
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4871>
© Dionisio Fernández de Gatta Sánchez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 30/11/2021 | Aceptado: 16/12/2021

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Finalización do estado de alarma: a desorganización xurídico-administrativa continúa

Finalización del estado de alarma: la desorganización jurídico-administrativa continúa

End of the state of alarm: the legal-administrative disorganization continues

62 Regap

Regap

ESTUDIOS

DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ
Profesor titular de Dereito Administrativo
Universidade de Salamanca

<https://orcid.org/0000-0002-7776-0783>

dgatta@usal.es

Resumo: A pandemia da COVID-19 provocou en España a declaración de tres estados de alarma (en marzo e outubro de 2020), con bastantes problemas xurídico-constitucionais e administrativos, os cales se agudizaron coa finalización do último, en maio de 2021, xa que o Goberno da nación se desentendeu da xestión da epidemia, responsabilizando as comunidades e cidades autónomas desta, nun proceso mal chamado de “cogobernanza” que provocou máis problemas aínda. Por outra banda, déronse ao Tribunal Supremo uns poderes cuasi-normativos e administrativos que así mesmo xeraron outros problemas. Finalmente, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucionais o primeiro e o terceiro dos estados de alarma declarados, así como o peche do Congreso dos Deputados. E todo iso sen ter unha lexislación apropiada para loitar contra a COVID-19, sen ter que apelar sempre aos estados excepcionais, e iso en pleno ascenso da sexta *onda* da epidemia en España.

Palabras clave: COVID-19, estado de alarma, problemas xurídico-administrativos, Constitución española, dereito, España.

Resumen: La pandemia del COVID-19 provocó en España la declaración de tres estados de alarma (en marzo y octubre de 2020), con bastantes problemas jurídico-constitucionales y administrativos, los cuales se han agudizado con la finalización del último, en mayo de 2021, ya que el Gobierno de la nación se ha desentendido de la gestión de la epidemia, responsabilizando a las comunidades y ciudades autónomas de esta, en un proceso mal llamado de “cogobernanza” que ha provocado más problemas aún. Por otra parte, se han dado al Tribunal Supremo unos poderes cuasi-normativos y administrativos que asimismo han generado otros problemas. Finalmente, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales el primero y el tercero de los estados de alarma declarados, así como el cierre del Congreso de los Diputados. Y todo ello sin tener una legislación apropiada para luchar contra el COVID-19, sin tener que apelar siempre a los estados excepcionales, y ello en pleno ascenso de la sexta *ola* de la epidemia en España.

Palabras clave: COVID-19, estado de alarma, problemas jurídico-administrativos, Constitución española, derecho, España.

Abstract: The COVID-19 pandemic caused in Spain the declaration of three states of alarm (in March and October 2020), with many legal-constitutional and administrative problems; which have worsened with the completion of the last one, in May 2021, since the Government of the Nation has disregarded the management of the epidemic, holding the Autonomous Communities and Cities responsible for it, in a process misnamed “co-governance”, which has caused even more problems. On the other hand, the Supreme Court has been given quasi-normative and administrative powers, which have also generated other problems. Finally, the Constitutional Court has declared unconstitutional the first and third of the states of alarm declared, as well as the closure of the Congress of Deputies. And all this without having appropriate legislation to fight against COVID-19, without always having to appeal to exceptional states, and this in the midst of the rise of the sixth wave of the epidemic in Spain.

Key words: COVID-19, state of alarm, legal and administrative problems, Spanish Constitution, Law, Spain.

SUMARIO: 1 O mal chamado “modelo de cogobernanza” e a súa incidencia na desorganización da xestión da loita contra a COVID-19. 2 A finalización do estado de alarma... sen lexislación axeitada, e aumentando a desorde xurídico-administrativa. 3 A intervención xudicial en relación con medidas sanitarias que inciden en dereitos fundamentais. O novo papel (cuasi-normativo e administrativo) do Tribunal Supremo. 4 A Sentenza do Tribunal Constitucional 148/2021, do 14 de xullo: a inconstitucionalidade do estado de alarma declarado en marzo de 2020. 5 A Sentenza do Tribunal Constitucional 168/2021, do 5 de outubro, que concede amparo polo peche do Congreso dos Deputados durante o estado de alarma de marzo de 2020. 6 A inconstitucionalidade do mal chamado “*proceso de cogobernanza*” e da prórroga do estado de alarma de outubro de 2020: a STC 183/2021, do 27 de outubro.

1 O mal chamado “modelo de cogobernanza” e a súa incidencia na desorganización da xestión da loita contra a COVID-19

Sen ter rematado aínda a última prórroga do primeiro estado de alarma pola crise da COVID-19, o 21 de xuño de 2020, e malia que algúns altos representantes institucionais afirmaban que a crise sanitaria “parecía” que se continúa¹, a terrible situación provocada pola pandemia do coronavirus continuou, volvendo coller forza no verán dese ano e agudizándose en outubro coa denominada segunda *onda*, que algúns altos

¹ Véxase a intervención do presidente do Goberno da nación no Congreso dos Deputados o 20 de maio: <https://www.psoe.es/actualidad/noticias-actualidad/sanchez-hemos-parado-juntos-al-virus-y-ahora-debemos-culminar-con-unidad-esta-victoria-y-emprender-tambien-unidos-la-reconstruccion-social-y-economica-de-espana/> (decembro de 2021).

cargos públicos sanitarios negaron, producíndose moitos máis falecidos e enfermos, cunhas perspectivas económicas e sociais moi negativas e complicadas, e con problemas xurídicos e administrativos engadidos.

A epidemia do coronavirus en España acadou o “pico” de contaxios da primeira “onda” o 26 de marzo de 2020, con 9.159 novos casos, e con 929 falecidos o día 31 de marzo (aínda que os datos oficiais de falecidos nesta época, como é sabido, deben pórse en dúbida, ao non coincidiren cos datos dos rexistros civís ou doutros informes especializados). Comeza a partir de entón a baixar ata 1.787 novos contaxios o 21 de maio e 283 falecidos o 26 de maio; e desde entón segue a baixar ata chegar a 2.615 novos casos o día 23 de xullo e 12 falecidos o 14 de agosto. A partir de entón confirmase a nova “onda” de aumento dos contaxios, tendencia alcista que continuou aumentando ata o 22 de outubro, cando os novos contaxios diarios foron 20.986 e os falecidos 140. Pasouse, en incidencia acumulada, de 10,22 casos por 100.000 habitantes en 14 días o 1 de xullo a 151,47 casos o 20 de agosto, a 361,66 casos o 23 de outubro e a 436 o 27 de outubro. E 1.116.738 contaxiados en total, co que España se colocou, por desgraza, entre os países con peores datos do mundo.

Non obstante, e malia o acontecido neses meses, a nivel político, xurídico e administrativo, aprendeuse pouco ou nada², tendo en conta os problemas expostos pola declaración do estado de alarma do 14 de marzo de 2020, en relación coa súa incidencia nos dereitos fundamentais e a algúns excesos normativos producidos (que confirmou, aínda que algo tarde, a STC 14/8/2021, do 14 de xullo), que se plasmaron na interposición dun bo número de recursos e querelas contra actuacións realizadas, ou por non realizalas, nese tempo, xa que, aínda co compromiso formal no mes de maio dalgúns membros destacados do Goberno da nación para realizar reformas legislativas³, malia os avisos e propostas formuladas para facer fronte a unha posible nova crise sanitaria (p. ex., a Proposición de Lei orgánica de protección da saúde e dos dereitos e liberdades fundamentais, presentada polo Grupo Parlamentario Popular, BOCG-CD, Serie B, n. 106-1, 7/9/2020)⁴, finalmente non se aprobou ningunha nova norma nin se realizou reforma legislativa ningunha, a nivel nacional, que paliase algúns dos problemas xurdidos e que lles permitise ás administracións públicas competentes adoptar medidas máis adecuadas para loitar contra a epidemia, sen

Regap

ESTUDIOS

² A esta tremenda situación pode aplicarse a atinada frase de ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19 (Estudios jurídicos)*, lustel, Madrid, 2021, p. 69, ao afirmar que “... calquera resposta para a loita contra unha gran crise (como é a pandemia que agora nos asola) debe ser dirixida desde órganos que non só teñan o poder xurídico de actuar (“potestas”), senón que as persoas que os integran deben contar, ademais, cunha forza moral (“auctoritas”) que os faga acredores do maior respecto e da maior confianza social...”.

³ Véxanse as declaracións da daquela vicepresidenta primeira do Goberno da nación, señora Calvo, o 14 de maio de 2020: <https://www.elmundo.es/espana/2020/05/13/5ebc2a4521efa022768b45fd.html> (decembro de 2021).

⁴ A pesar do seu axeitado sentido xurídico común, e que podía terse modificado na súa tramitación, ao presentala a oposición parlamentaria, esta proposición de lei orgánica debateuse na sesión plenaria do Congreso dos Deputados n. 59, celebrada o 17 de novembro de 2020 (BOCG-*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* n. 62/2020 https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-62.PDF#page=17), e foi rexeitada (por 249 votos en contra, 98 a favor e 1 abstención <https://www.congreso.es/web/guest/operdata/votaciones?targetDate=17%2F11%2F2020&targetLegislatura=XIV>).

ter que declarar unha vez máis o estado de alarma e, en todo momento, garantir os dereitos fundamentais e as liberdades públicas dos cidadáns⁵.

Ademais, as resolucións e actuacións xudiciais relativas aos recursos e querelas interpostas, e á propia realidade da epidemia, provocaron desde o inicio interpretacións e intervencións diversas, e ás veces contraditorias, sobre algúns dos problemas xerados, en especial nos casos que inciden en dereitos fundamentais e liberdades públicas; aínda que, neste punto, algúns problemas se intentaron solucionar coa reforma da Lei da xurisdición contencioso-administrativa de 1998 mediante a disposición derradeira 2.^a da Lei 3/2020, do 18 de setembro, de medidas procesuais e organizativas para facer fronte á COVID-19 no ámbito da Administración de xustiza (BOE do 19), ao modificar e ordenar dunha maneira máis axeitada as competencias de certos órganos xudiciais, en relación con estas situacións; aínda que non solucionou o problema das discrepancias, e mesmo decisións contraditorias, entre xuíces e tribunais, e non parece que as novas disposicións sexan suficientes para avalar limitacións de dereitos indiscriminadas como as que adoptaron determinadas comunidades autónomas, xa que a posible incidencia-limitación dos dereitos fundamentais previstos nos artigos 15 a 29-CE unicamente lle corresponde, se é o caso, ao Estado mediante lei orgánica, e nin a declaración do estado de alarma, conforme a CE e a LOEAE, nin a lexislación sanitaria e de medidas especiais vixente permiten en ningún caso que as comunidades e cidades autónomas poidan limitar os dereitos fundamentais⁶.

Por outra parte, desde o punto de vista administrativo e organizativo, a pesar das claras, e irrenunciabes, competencias do Estado en materia de sanidade exterior e sobre bases e coordinación xeral da sanidade que reconece a Constitución española (art. 149-1.^o-16.^a), o Goberno da nación, desde antes de que finalizase, o 21 de xuño de 2020, o estado de alarma declarado en marzo, nunha calculada operación de tipo político, renunciou a exercer as súas propias competencias na materia⁷ e deixou-lles ás comunidades autónomas a xestión principal das accións contra a epidemia, producíndose unha apreciable desorde normativa e administrativa⁸ e importantes

⁵ FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Los estados de alarma por el COVID-19 (Prólogo de Ángel Sánchez Blanco)*, Ratio Legis, Salamanca, 2021, pp. 111-126.

⁶ ARAGÓN REYES, M., "Covid-19 y Estado Autonómico", Tudela Aranda, J. (coord.), *Estado Autonómico y Covid-19*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, pp. 4-5, <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0204>; e TAJADURA TEJADA, J., "El Estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 120, 2021, pp. 137-175, <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.04>.

⁷ De feito, pódese manter que esta situación se produce desde a aprobación da Orde SND/387/2020, do 3 de maio (BOE do 3), dos reais decretos 514/2020, do 8 de maio, e 555/2020, do 5 de xuño (BOE do 6), que aprobaron a cuarta e as sexta prorrogas do primeiro estado de alarma, e especialmente do Real decreto-lei 21/2020, do 9 de xuño, de medidas urxentes de prevención, contención e coordinación para facer fronte á crise sanitaria ocasionada pola COVID-19 (BOE do 10), cuxa tramitación como lei, unha vez validado, comezou o 25 de xuño e que se plasmou, bastantes meses despois, na Lei 2/2021, do 29 de marzo, de medidas urxentes de prevención, contención e coordinación para facer fronte á crise sanitaria ocasionada pola COVID-19 (BOE do 30), coloquialmente denominada "Lei das máscaras", debido ao problema xurdido ao ser máis exixente no seu uso en todo momento e lugar. Posteriormente, o modelo confirmárase no estado de alarma declarado en outubro (Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, BOE do 25).

⁸ Neste sentido, ARAGÓN REYES sinala con claridade que "... un dos problemas principais que, ao meu xuízo, se puxeron de manifesto é a decisión de descargar nas comunidades autónomas esa tarefa [de loitar contra a pandemia], pois, respecto dela, nin o Estado deixa de ter competencias de obrigatorio exercicio nin os poderes autonómicos as posúen para adoptar, por si sós, as medidas que a grave situación require" (ARAGÓN REYES, M., "Covid-19 y Estado Autonómico", cit., p. 1).

problemas tanto na propia xestión da epidemia como na afectación ás liberdades públicas (p. ex., algunhas das normas rexionais referidas a confinamentos de poboacións enteiras ou outras medidas)⁹.

En efecto, os Estados democráticos tiveron que facer fronte, e teñen que facelo de feito, no presente, por problemas e situacións reais de anormalidade, provocadas por múltiples causas, entre elas as crises sanitarias e epidemias, como a actual da COVID-19¹⁰. Estas circunstancias en xeral adoitan estar previstas nos ordenamentos, para avalar medidas xurídicas, administrativas, económicas, etc., baixo a cobertura dunha declaración de emerxencia, que permite o uso, perfectamente lexítimo e democrático, do denominado dereito de necesidade¹¹ ou de emerxencia, que avala a adopción de medidas especiais para loitar ou atallar as circunstancias sinaladas, pero non polo lexislador ordinario, senón por outro de carácter extraordinario, que adopta medidas, algunhas mesmo con forza de lei, coa finalidade de salvagardar o Estado e a sociedade correspondente.

Nos países da Unión Europea, tales estados de emerxencia, con distintos nomes e regulacións, como xa sabemos, prevense nas súas constitucións, en particular nas máis modernas (así acontece, por citar algúns próximos, en Alemaña, Italia, Francia ou Portugal), aínda que nalgúns outros, non pertencentes á UE, por razóns históricas non se regulan nos seus textos constitucionais (como nos Estados Unidos e no Reino Unido). En todos estes textos, a regulación dos estados de emerxencia caracterízase por producirse unha concentración do poder público, principalmente do lexislativo e o administrativo, e así mesmo a nivel territorial, ao ser o método máis efectivo para adoptar decisións, de forma eficaz e rápida como adoitan existir esas circunstancias; e en ningún deses países se permite unha descentralización total na adopción de decisións, xa que provoca unha apreciable descoordinación e desorganización, e en última instancia unha ineficacia real nas medidas de loita contra a crise ou calamidade concreta; en tales países non hai descentralización de accións cara a outras instancias territoriais, senón unha concentración de accións e poderes, xeralmente, na instancia superior, no Goberno do Estado (sexa federal ou rexional)¹².

⁹ En palabras de ARAGÓN REYES, "o Goberno estatal optou por descargar nas comunidades autónomas a responsabilidade de adoptar as medidas que considerasen necesarias para resolver a crise sanitaria, provocando (...) unha variedade de actuacións caracterizadas pola descoordinación, a confusión e, mesmo, o enfrontamento territorial nalgúns casos, que non contribúen á eficacia das decisións autonómicas que se foron tomando" (ARAGÓN REYES, M., "Covid-19 y Estado Autonómico", cit., p. 2).

¹⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, V. e ARIAS APARICIO, F., "El derecho ante situaciones de crisis: apuntes esenciales sobre cómo se ha procedido para hacer frente a la pandemia de coronavirus", *Revista Administración & Ciudadanía (EGAP)*, n. 2, 2020, pp. 281-294, <https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4676>.

¹¹ ÁLVAREZ GARCÍA sinala, con acerto, que "... a necesidade está ligada ao instituto de autoconservación inherente a todo organismo vivo, e, polo tanto, tamén ao Estado. Así, desde tempos inmemoriais, o Estado intentou asegurar a súa supervivencia a través de distintos mecanismos que, aínda que de natureza meramente fáctica nas súas orixes, estaban plenamente xustificadas por aquel sacrosanto principio de autoconservación"; engadindo que "... o dereito non podía ser, de ningún modo, alieo a esa realidade e, por iso, intentou, progresivamente, establecer un marco normativo dirixido a canalizar xuridicamente aquelas actuacións extraordinarias 'de necesidade' de carácter fáctico. Ese marco xurídico tiña o dobre obxectivo de habilitar, á vez que limitar, a actuación dos diferentes poderes públicos" (ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 32-33).

¹² No caso de Italia, as rexións participan na xestión da crise do coronavirus, pero no marco das normas e directrices de emerxencia aprobadas polo Goberno da República; e no caso de Alemaña, que é un Estado federal, e non rexional como España, modificouse en maio a Lei de protección contra as infeccións de 2000, precisamente para centralizar no Goberno federal a adopción de medidas contra a COVID-19. Véxase FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Los estados de alarma por el COVID-19*, cit., pp. 27-36.

Esa mesma idea recóllese claramente na Constitución española de 1978 (art. 116) e, sobre todo, na Lei orgánica dos estados de alarma, excepción e sitio (LOEAES) de 1981 (BOE do 5 de xuño). En efecto, polo que se refire ao estado de alarma, que é o que nos afecta agora, o artigo 7-LOEAES establece claramente que no estado de alarma a autoridade competente será o Goberno ou, por delegación deste, o presidente da comunidade autónoma “*cando a declaración afecte exclusivamente a todo ou parte do territorio dunha Comunidade*”, precepto que está en consonancia co artigo 5-LOEAES, que prevé que, cando os supostos que xustifican o estado de alarma “*afecten exclusivamente a todo ou parte do ámbito territorial dunha Comunidade Autónoma*”, o seu presidente poderá solicitar do Goberno (sen que sexa preceptiva nin vinculante a solicitude) a declaración de estado de alarma¹³, interpretación que confirmou a STC 83/2016, do 28 de abril (FX n. 8). Nos dous preceptos, particularmente no artigo 7, prevese que a solicitude da alarma e/ou a designación como autoridade competente delegada recaia nos presidentes das comunidades autónomas cando a declaración ou os feitos que xustifican o estado de alarma afecten exclusivamente a todo ou parte do ámbito territorial da comunidade correspondente; pero en ningún caso se prevé que, sendo unha pandemia como a actual, que non coñece fronteiras, e que afecta, polo tanto, a toda España ou, mellor dito, a todo o mundo, se poidan designar como autoridades competentes delegadas os dezasete presidentes rexionais e os presidentes de Ceuta e Melilla¹⁴.

Dados os problemas neste caso de saúde e sanitarios derivados da pandemia da COVID-19, que obviamente non se detén na liña xeográfico-administrativa que separa unhas comunidades autónomas doutras, e que xustifican o estado de alarma, a LOEAES pregoa a dirección da crise centralizada no Goberno da nación, e só no caso previsto (cando as causas da emerxencia “*afecten exclusivamente a todo ou parte do ámbito territorial dunha comunidade autónoma*”) pode dar lugar á intervención do correspondente presidente autonómico, e ser designado, se é o caso, como autoridade delegada do estado de alarma¹⁵.

Ademais, insistimos, o artigo 7-LOEAES permite a designación do presidente rexional como autoridade competente delegada “*cando a declaración*” afecte exclusivamente a todo ou parte do territorio dunha comunidade (aínda que esa solicitude

¹³ Non obstante, as previsións dos dous preceptos non se utilizaron no estado de alarma de Madrid (Real decreto 900/2020, do 9 de outubro, BOE do mesmo día 9), pois, a pesar de que afectaba unicamente a algunhas cidades do territorio da comunidade, o Goberno da nación declarou sen que a presidenta da comunidade o solicitase e designouse a si mesmo como autoridade competente, e non á presidenta citada, que tería sido o máis adecuado constitucional e legalmente e desde o punto de vista da xestión sanitaria da epidemia.

¹⁴ Neste mesmo sentido, ÁLVAREZ GARCÍA afirma, en relación co estado de alarma de marzo, con claridade que “[n]on é de recibo a delegación de competencias aos presidentes autonómicos na medida en que estamos ante unha crise que se estende de xeito inclemente [e indivisible] por todo o territorio nacional”. (ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19 (Estudios jurídicos)*, cit., p. 45). Pola súa parte, nesta mesma liña argumental, ARAGÓN REYES sinala que “*o Estado non está inerte, por suposto, e facilita sobradamente os instrumentos xurídicos necesarios para combater a dita crise, iso si, respectando as regras e procedementos exixidos: habilitacións legais suficientes e, cando iso non existe, declaración dos estados excepcionais. Ambos os dous instrumentos son de exclusiva e obrigada titularidade estatal, que non pode ser transferida ás comunidades autónomas*” (ARAGÓN REYES, M., “Covid-19 y Estado Autonómico”, cit., p. 7).

¹⁵ Neste mesmo sentido, sinala ARAGÓN REYES que “[u]n dos problemas que están na raíz desta situación é, paréceme, a inadecuación de combater un mal xeral, que se estende (con maior ou menor gravidade) en todo o territorio nacional, con medidas territorialmente limitadas ao ámbito de cada comunidade autónoma. A pandemia, díxose con frase gráfica, non coñece fronteiras, menos aínda dentro do territorio estatal” (ARAGÓN REYES, M., “Covid-19 y Estado Autonómico”, cit., p. 2).

nin é preceptiva nin vinculante), pero no estado de alarma de marzo e no actual, declarado polo Real decreto 926/2020, do 25 de outubro (BOE do mesmo día 25), artigo 3, a declaración do estado de alarma “*afecta a todo o territorio nacional*” (non así no caso do estado de alarma de Madrid, que como sabemos afectou exclusivamente á capital e a outras cidades da comunidade, e a pesar do cal non se designou como autoridade delegada a súa presidenta)¹⁶. Parece claro, pois, que non é posible constitucionalmente designar os 19 presidentes das comunidades e cidades autónomas como autoridades competentes delegadas.

Por outra banda, a designación como tales autoridades competentes delegadas aos presidentes autonómicos e de Ceuta e Melilla implica, na actualidade, o outorgamento de poderes non precisamente de menor importancia, xa que o artigo 2-3.º do Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, polo que se declara o actual estado de alarma, e prorrogado ata o 9 de maio de 2021, habilítaos para ditar, por delegación do Goberno da nación, as ordes, resolucións e disposicións para a aplicación do previsto nos artigos 5 a 11, que son os que implican limitacións e afectacións aos dereitos e liberdades, e, o que é máis importante, para iso non será precisa a tramitación de procedemento administrativo ningún nin é de aplicación o réxime de ratificación xudicial de medidas, previsto na Lei da xurisdición contencioso-administrativa. Desta forma, concédeselles un importante poder real a tales autoridades competentes delegadas, nunca coñecido, e eliminando un importante sistema de control xudicial, posibilitando (como efectivamente aconteceu) unha desorde normativa e administrativa na adopción e aplicación das medidas contra o virus. Ademais, por se o anterior fose pouco, o artigo 11 do mesmo Real decreto 926/2020 permite, de acordo co artigo 11-b-LOEAES, que as autoridades competentes delegadas poderán impor no seu ámbito territorial a realización das prestacións persoais obrigatorias que resulten imprescindibles no ámbito dos seus sistemas sanitarios e sociosanitarios para responder á situación de emerxencia sanitaria actual.

En efecto, como xa resaltamos, a pesar das claras competencias en materia de sanidade exterior e, en particular, sobre as bases e coordinación xeral da sanidade que recoñece o Estado á Constitución española (art. 149-1.º - 16.ª)¹⁷, o Goberno da nación, desde que finalizou o 21 de xuño o estado de alarma declarado en marzo, non exerceu as súas propias competencias na materia (cuxo negativo e claro exemplo é a situación do Aeroporto Adolfo Suárez Madrid-Barajas, en relación coa entrada de persoas de países afectados pola epidemia en España, practicamente sen ningún control sanitario efectivo) e deixou ás comunidades autónomas a primeira fronte de actuacións contra a epidemia, producíndose unha desorde normativa real e problemas de importancia na propia xestión da epidemia¹⁸.

¹⁶ Ver o comentario de ARAGÓN REYES da nota anterior.

¹⁷ Este artigo 149-1.º-16.ª-CE atribúelle ao Estado, co carácter de exclusiva, a competencia sobre as bases e coordinación xeral da sanidade, o que supón, entre outras cousas, segundo xurisprudencia constitucional consolidada, que está obrigado (e non só facultado) a adoptar unha regulación uniforme e de vixencia en todo o territorio nacional destinada a preservar os intereses xerais que concorren na sanidade, mediante normas legais e, excepcionalmente, regulamentarias, e mesmo para adoptar decisións e actuacións que teñan como obxecto a regulación inmediata de situacións concretas.

¹⁸ Sobre as disfuncións do Estado fortemente descentralizado que creou a Constitución española de 1978 e da acción das comunidades autónomas, algunhas das cales se reflectiron claramente nos estados de alarma actuais, así como algunhas

É dicir, dunha apreciable centralización de competencias no Goberno da nación e nalgúns dos seus ministros, como autoridades delegadas, durante o estado de alarma de marzo e algunhas das súas prórrogas, pasouse a unha “devolución”¹⁹ competencial ás comunidades autónomas, e ás cidades de Ceuta e Melilla, practicamente completa sen suxeición a directriz de coordinación a nivel nacional ningunha, ao non exercer o Goberno da nación as súas funcións constitucionais en relación con esta situación de emerxencia, aínda non finalizada. De feito, como se dixo, pasouse a unha especie dun dereito “confederal” de excepción ou de “estado de alarma composto” onde a loita xurídica e administrativa contra o coronavirus xira case completamente sobre as autoridades sanitarias rexionais e de Ceuta e Melilla²⁰. Este proceso, como sinalamos, non parece moi conforme co bloque de constitucionalidade, formado pola propia Constitución española e pola Lei orgánica dos estados de alarma, excepción e sitio.

Este proceso, que se denominou indebidamente de “cogobernanza” (pois non se “cogoberna” aquilo que xuridicamente non se pode, como vimos)²¹, estableceuse principalmente, como sinalamos, na Orde SND/387/2020, do 3 de maio (BOE do 3), no Real decreto-lei 21/2020, do 9 de xuño (BOE do 10), e nos reais decretos das prórrogas do estado de alarma de marzo, con valor de lei, especialmente no artigo 6-1.º do Real decreto 555/2020, do 5 de xuño (BOE do 6), que aproba a sexta prórroga da alarma, confirmándose no estado de alarma declarado en outubro de 2020²².

propostas de reforma, ver SÁNCHEZ BLANCO, Á., *Cauces sociales para la democracia. Reforma del Estado y consolidación de la Constitución de 1978*, Thomson Reuters-Aranzadi, Universidade de Málaga (Facultade de Dereito-Dpto. de Dereito Público), Cizur Menor, 2020, especialmente o capítulo “Las disfunciones generadas por las comunidades autónomas. Alternativa correctora”, pp. 127-157.

¹⁹ Así o denomina ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 55, 2020; e ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19 (Estudios jurídicos)*, cit., pp. 75-107.

²⁰ Con nitidez o sinala, cuxas palabras compartimos, o maxistrado da Sala do Contencioso do Tribunal Superior de Xustiza de Aragón D. Juan José CARBONERO REDONDO, no seu atinado traballo “De la Ley... ¿a la Ley? ¿Involucionando hacia un Estado sin Derecho? Apuntes de urgencia sobre los decretos reguladores del segundo estado de alarma: la fundación de un derecho ‘confederal’ de excepción”, *Diario La Ley*, n. 9749, 4 de decembro de 2020, pp. 1 e 2, quen afirma que “... non queda claro se estamos ante un estado de alarma ao uso, ou é outra cousa diferente, dificilmente encadrable en ningún dos estados excepcionais. En realidade, (...) non se está a aplicar a normativa vixente, senón que se está, baixo o seu paraugas e asumindo enunciados desta –modo de coartada–, configurando un dereito de emerxencia de contido moi diferente e tamén novo”, e seguidamente, con máis claridade aínda se cabe, continúa afirmando que ese novo dereito de excepción se caracteriza por dúas notas: “pola primeira, adáptase e actualízase este espazo normativo –o único que quedaba intacto por falta de uso ata a data– a un sistema de organización territorial e de distribución do poder, no centro do cal non está xa o Estado, senón a comunidade autónoma, comezando a intuírse que se empeza a superar o federal para entrar en terreo máis parecido ao confederal; pola segunda, dótase de extraordinaria potencia as administracións protagonistas da actuación fronte á crise, con controis xudiciais exiguos, cando existen, e laxos controis parlamentarios, co Goberno da nación como paraugas”.

²¹ Neste sentido, ARAGÓN REYES afirma, con rotundidade, que “[p]ara combater a situación sanitaria que, desde o pasado xullo (de 2020), se está a reproducir, o Estado, de acordo coas regras constitucionais, ten unhas competencias irrenunciáveis, de exercicio obrigatorio, que non pode endosar ás comunidades autónomas”, engadindo que “... nin o Estado pode evitar a súa responsabilidade na adopción de medidas sanitarias (...) para facer fronte á pandemia, nin as comunidades autónomas, que si teñen recoñecida competencia para “desenvolver” as bases estatais, poden substituír a obriga de regulación (e mesmo ás veces de execución) básica que só ao Estado lle corresponde. A chamada “cogobernanza” (...) non pode inducir á confusión de que o Estado só pode actuar a través de tal colaboración, xa que ten determinadas competencias exclusivas que, por si só, e non supeditado á vontade concorde dunha comunidade autónoma (ou de todas elas), ha de exercer, necesariamente” (ARAGÓN REYES, M., “Covid-19 y Estado Autonómico”, cit., pp. 2 a 4).

²² Este proceso normativo análizao con detalle ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19”, cit.; e ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19 (Estudios jurídicos)*, cit., pp. 75-107.

Efectivamente, a Orde SND/387/2020, do 3 de maio (BOE do mesmo día 3), sen unha base clara nos reais decretos de declaración da alarma de marzo (a pesar das referencias xerais á consideración do ministro de Sanidade como autoridade delegada do Goberno da nación no estado de alarma, *ex* artigos 4-2.º e 3.º, 7-6.º e 10-6.º do Real decreto 463/2020), e as prórrogas establecidas ata entón, regulou o proceso de cogobernanza coas comunidades autónomas e as cidades de Ceuta e Melilla para a transición a “*unha nova normalidade*” [sic], mediante o cal, de acordo co denominado “*Plan para a transición a unha nova normalidade*”, adoptado polo Consello de Ministros o 28 de abril de 2020²³, a decisión sobre o avance ou retroceso nos diferentes territorios a través das distintas fases do plan lle corresponde ao ministro de Sanidade mediante un proceso de gobernanza conxunta ou cogobernanza coas comunidades e cidades autónomas, no que as dúas institucións actuarán en permanente diálogo baixo os principios de cooperación e colaboración, tomando as decisións finais a partir da avaliación conxunta dos indicadores previstos no plan e considerando todos os factores que poden influír sobre a evolución da epidemia, decisión que en todo caso se procurará que sexa consensuada, pero que a adoptará o ministro de Sanidade. Así mesmo, prevese que, neste proceso de cogobernanza, as comunidades autónomas e as cidades de Ceuta e Melilla poidan trasladar ao Ministerio de Sanidade propostas específicas de desescalada nos seus territorios de acordo co esquema orientativo previsto no citado plan, así como propor algunha actividade non contemplada entre as actividades permitidas nas diferentes fases.

Posteriormente, o contido substantivo esencial da regulación da “*cogobernanza*” desta orde ministerial foi elevado a rango legal polo Real decreto 514/2020, do 8 de maio (BOE do 9), polo que se prorroga o estado de alarma declarado en marzo, ao asumilo no seu artigo 3, que regula o procedemento para a denominada desescalada; ademais, incorpórase un proceso de codecisión Goberno da nación-comunidades e cidades autónomas, e permitiuse, durante o estado de alarma declarado, a celebración das eleccións galegas e vascas convocadas.

O marco autonómico de intervención no denominado proceso de desescalada ratificouse polo Real decreto 537/2020, do 22 de maio (BOE do 23), que aproba a cuarta prórroga do estado de alarma, engadindo algunhas medidas máis, e polo Real decreto 555/2020, do 5 de xuño (BOE do 6), que aproba a sexta, e última, prórroga do estado de alarma de marzo, que reafirmou as medidas de cogobernanza, de desescalada e de codecisión.

Pero ademais, e isto é máis destacable, o artigo 6-1.º deste último real decreto establece que, durante o período de vixencia desta prórroga, as autoridades competentes delegadas para o exercicio das funcións a que se fai referencia no Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, serán o ministro de Sanidade, baixo a superior dirección do presidente do Goberno, conforme o principio de cooperación coas comunidades autónomas, e quen posúa a presidencia da comunidade autónoma, engadindo que a autoridade competente delegada para a adopción, supresión, modulación e execución

²³ Acceso web: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2020/PlanTransicionNuevaNormalidad.pdf> (decembro de 2021).

de medidas correspondentes á fase III do plan de desescalada será, en exercicio das súas competencias, exclusivamente quen posúa a presidencia da comunidade autónoma, agás para algunhas. É dicir, prodúcese unha designación de autoridades delegadas e un traslado de funcións ás comunidades autónomas en contra do previsto na CE e na LOEAE, que se reafirmará no estado de alarma xeral de outubro, pero non no aplicable a Madrid.

Pola súa parte, o Real decreto-lei 21/2020, do 9 de xuño, de medidas urxentes de prevención, contención e coordinación para facer fronte á crise sanitaria ocasionada pola COVID-19 (BOE do 10), nos seus artigos 1 a 3, inclúe as comunidades autónomas no proceso de desescalada²⁴.

Finalmente, serán a declaración do estado de alarma de outubro de 2020 e as súas prórrogas as normas que consoliden ese modelo de “*cogobernanza*” da crise do coronavirus.

Consonte estas normas, e o chamado “*proceso de cogobernanza*” implantado, a situación (que xa se vía vir)²⁵ dunha apreciable desorganización xurídico-administrativa agravouse na segunda *onda* da epidemia, ao que contribuíu indubidablemente que o Goberno da nación se desentendese totalmente, e continuou facéndoo, da súa xestión e da adopción de medidas comúns e debidamente coordinadas para todo o país, deixando, pola contra, que as comunidades e cidades autónomas xestionen a loita contra o virus (e, con certa sorpresa, tamén o complexo proceso de vacinación, sobre o que desde xaneiro de 2021 xa se coñeceron problemas, como, p. ex., a repartición

²⁴ Non obstante, a exposición de motivos do Real decreto-lei (apdo. III) sinala que “... *é necesario establecer a continuidade dunha serie de medidas no conxunto do territorio nacional co fin de previr e controlar posibles rebrotes da enfermidade cando deixen de ser aplicables as medidas adoptadas durante o estado de alarma, prazo no que non resulta factible a súa aprobación mediante o procedemento lexislativo ordinario, nin sequera utilizando unha eventual vía de urxencia*”, parágrafo que concorda pouco co proceso de cogobernanza establecido e introduce ao final unha afirmación incerta, pois se o Goberno da nación tivese querido remitir ás Cortes Xerais un proxecto de lei de modificación da lexislación sanitaria, orgánica e ordinaria, coa finalidade de non ter que acudir á declaración do estado de alarma, tivo tempo suficiente, de marzo a xuño (...) e desde o 21 de xuño de 2020, en que finalizou o primeiro estado de alarma, ata o mes de outubro, en que se declararon dous estados de alarma máis. Sobre o mal uso do decreto-lei durante a epidemia do coronavirus, con exemplos, ver FERNANDES ROMERO, I., “*Patologías del Decreto-ley durante la crisis sanitaria generada por la Covid-19*”, Diario La Ley, n. 9888, 9 de xullo de 2021.

²⁵ Certamente, aínda que hai que afirmar claramente que afrontar esta pandemia desde o punto de vista sanitario non está a ser nada doado, que as perspectivas socioeconómicas son moi negativas e que, ademais, xuridicamente se complicaron moito as medidas e as actuacións das administracións públicas, igualmente debe afirmarse que na primeira *onda* da epidemia a imprevisión e os erros de apreciación por parte do Goberno da nación, xunto con outras circunstancias, trouxeron consigo a declaración do estado de alarma en marzo e as súas sucesivas prórrogas ata o 21 de xuño, con algúns problemas constitucionais (principalmente, pola afectación a dereitos e liberdades fundamentais), e moitas actuacións con certos problemas legais que provocarían a interposición dun bo número de recursos, demandas e querelas.

Así, recorreuse contra a propia declaración do estado de alarma de marzo e as súas prórrogas (providencia do Tribunal Constitucional do 6 de maio, BOE do 8), recurso que non foi resolto polo Tribunal Constitucional ata xullo de 2021, a pesar da súa esencial transcendencia, á vista de que posteriormente se declararon dous estados de alarma máis, tamén con problemas constitucionais e legais claros. De terse resolto ese recurso antes, un gran número dos problemas constitucionais e legais xerados teríanse resolto moito antes (aínda que, dependendo do sentido da sentenza, poderían xurdir outros de natureza distinta).

Ademais, durante o período do estado de alarma de marzo ditáronse normas e tomáronse decisións administrativas, ás veces confusas e contraditorias entre si, ou dun territorio a outro, con incidencia en dereitos e liberdades, que, ao teren que ser ratificadas polos correspondentes órganos xudiciais, produciron resolucións confusas e contraditorias; por exemplo, en materia do exercicio dos dereitos de reunión e manifestación (ata que se ditou o Auto TC 40/2020, do 30 de abril), ou da liberdade relixiosa, da existencia de medios sanitarios (polo menos, por agora, ata a STS 1271/2020, do 8 de outubro, que admite parcialmente o recurso interposto, constatando a falta de tales medios), ou da autorización xudicial de intervencións sanitarias, o que provocou un apreciable desconcerto entre os cidadáns, incidindo negativamente na efectividade das medidas contra o virus.

Posteriormente, a situación descrita manteríase en España durante as sucesivas ondas da epidemia (seis ata agora, en decembro de 2021).

non igualitaria das vacinas e algunhas dificultades en relación coas xiringas), as cales comezaron a publicar un importante número de normas de todo tipo²⁶, con medidas ás veces contraditorias que cambiaban moi rapidamente, aínda que é verdade que moitas veces tales modificacións e a rapidez na súa adopción estaban xustificadas debido á propia evolución da pandemia²⁷, case todas elas sen poderse encaixar na lexislación sanitaria, tanto orgánica como ordinaria (a Lei xeral de sanidade de 1986, a Lei orgánica de medidas especiais en materia de saúde pública, tamén de 1986, e a Lei de cohesión e calidade do Sistema Nacional de Saúde de 2003)²⁸.

Os exemplos desta desorde xurídico-administrativa son moitos: os problemas coas compras de material sanitario na primeira *onda* da epidemia e coas máscaras²⁹ (incluíndo o surrealista debate posterior sobre a redución do IVE, permitida pola UE desde había tempo); as limitacións de movementos e reunións das persoas, que cada comunidade adopta en función dos seus razoamentos particulares, e con ámbitos territoriais moi diversos, incidindo nas liberdades públicas (principalmente, a libre circulación, o dereito de reunión e a liberdade de empresa); a imposición de *toques de queda* xerais e de horarios de peche de actividades, variando dunhas a outras; as medidas económicas de axuda pola epidemia, a realización descoordinada de test do virus e da propia campaña de vacinación contra o coronavirus; as modificacións de normas por canles non axeitadas³⁰; os excesos normativos³¹, etc. Descoordinación e desgobierno favorecido polo desentendemento do Goberno da nación, tamén claramente apreciable³².

²⁶ O código electrónico sobre o dereito autonómico aplicable á epidemia da COVID-19 inclúe nada menos que 550 páxinas... unicamente de referencias normativas. Véxase BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, *COVID-19. Derecho Autonómico*, Marinero Peral, Á.M.^a (ed.), Madrid, 2021. Acceso web: https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=396_COVID-19_Derecho_Autonómico&tipo=C&modo=1 (decembro de 2021).

²⁷ Á relación entre a pandemia do coronavirus e os cambios no sistema normativo refírese atinadamente o importante auto do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid 128/2020, do 8 de outubro, ao sinalar que: "*A Sala é consciente da gravidade da crise sanitaria sen precedentes, ante a que se enfrontan os poderes públicos e que padece a nosa sociedade, constatada xa o 11 de marzo de 2020, cando a Organización Mundial da Saúde elevou a situación de emerxencia de saúde pública ocasionada pola COVID-19 a pandemia internacional. Tamén o é da necesidade de adoptar medidas inmediatas e eficaces de diversa índole para protexer a saúde dos cidadáns, conter a propagación da enfermidade e reforzar o Sistema Nacional de Saúde, entre as que cabería incluír medidas limitativas de dereitos fundamentais de maior ou menor alcance. Para iso o noso sistema constitucional articula instrumentos xurídicos de diversa natureza que ofrecen canles xurídicas diferentes para delimitar, modular, restrinxir, e mesmo suspender os dereitos fundamentais das persoas, respectuosos coas garantías constitucionais.*"

²⁸ ARAGÓN REYES mantén, con bastante razón, que "[n]on pode existir, en materia de limitación de dereitos fundamentais, unha especie de *habilitación en branco* efectuada pola lei orgánica a favor doutras normas (segundo doutrina constante do TC), e menos a simples ordes... Ademais de que (...) tal *habilitación para limitar dereitos non está prevista, nin sequer de xeito expreso, na propia LO 3/1986. En definitiva, o noso ordenamento constitucional non permite unha especie de 'lei de plenos poderes' para a adopción de 'calquera medida' que as autoridades públicas consideren necesaria para facer fronte a unha crise sanitaria. Nin o fin xustifica os medios, nin os dereitos fundamentais poden estar supeditados ao vello lema salus publica suprema lex esto*". (ARAGÓN REYES, M., "Covid-19 y Estado Autonómico", cit., pp. 4 y 7).

²⁹ A legalidade da imposición do uso obrigatorio das máscaras confírmaa a STS 1569/2020, do 20 de novembro. Posteriormente, o artigo 6 da Lei 2/2021, do 29 de marzo, de medidas urxentes de prevención, contención e coordinación para facer fronte á crise sanitaria ocasionada pola COVID-19 (BOE do 30), ratifica o dito uso obrigatorio (con certa polémica, tamén).

³⁰ Por exemplo, mediante o Real decreto-lei 6/2020, do 10 de marzo (BOE do 11), reformouse o artigo 4 da Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública (BOE do 29), argumentándose que este precepto non tiña carácter de lei orgánica, aínda que é obvio que esa afirmación unicamente a pode facer o Tribunal Constitucional.

³¹ FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Los estados de alarma por el COVID-19*, cit., pp. 90-96. Non obstante, polo menos, algúns dos excesos normativos máis rudos foron declarados inconstitucionais polo Tribunal Constitucional (ver, p. ex., as SSTC 110 e 111/2021, do 13 de maio).

³² FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Los estados de alarma por el COVID-19*, cit., pp. 147-167.

Ademais, ante o feito de que o Goberno da nación non elaborase nin remitise ás Cortes Xerais proxecto de lei ningún que permitise loitar contra a pandemia nin procedese a modificar, polo menos, a lexislación sanitaria vixente (que actualmente o segue estando), varias comunidades autónomas comezaron a adoptar leis propias na materia, algunhas das cales incluíron preceptos con claros problemas constitucionais, por afectar a competencias nacionais ou aos dereitos fundamentais.

Entre estas, en plena vixencia do estado de alarma declarado en outubro de 2020, pode citarse a Lei galega 8/2021, do 25 de febreiro (DOG do 26), de modificación da Lei de saúde de Galicia, que na súa exposición de motivos xustifica a súa aprobación nos problemas existentes por non contar con instrumentos legais suficientes para loitar contra o coronavirus, sinalando algunhas das carencias da lexislación sanitaria vixente, precisando, por iso, que a lei aprobada inclúe medidas globais que complementan a lexislación nacional na materia. Non obstante, algunhas disposicións teñen claros problemas constitucionais e legais. Por exemplo, ao permitirles ás autoridades rexionais e locais adoptar medidas que inciden nos dereitos fundamentais, sen estar declarado o estado de alarma (debendo terse en conta, ademais, que, estando declarado, unicamente o presidente da comunidade estaría avalado para adoptalas); encoméndanse as funcións de vixilancia epidemiolóxica a máis corpos de funcionarios, sen precisalos; engádense máis medidas preventivas á lista das previstas na Lei orgánica 3/1986, cuestión que non pode levar a cabo a lexislación rexional, e ademais algunhas das medidas previstas pódenas adoptar as autoridades sanitarias locais, ademais das rexionais, e prevese a vacinación obrigatoria (o que non é posible establecer pola lexislación rexional).

Contra a lei anterior, o presidente do Goberno da nación interpuxo un recurso de inconstitucionalidade, o 30 de marzo de 2021, en particular en relación coa previsión da vacinación obrigatoria³³, que trouxo consigo a suspensión desta, que o Tribunal Constitucional mantivo mediante auto do 20 de xullo de 2021 (BOE do 29).

En sentido similar, aprobouse a Lei 3/2020, do 3 de decembro, pola que se establece o réxime xurídico de alerta sanitaria para o control da pandemia COVID-19 en Aragón (BOAr do 4), modificada posteriormente, cuxo preámbulo mantén que, “*co obxecto de concretar a xenérica habilitación da Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública, é ao lexislador aragonés ao que lle corresponde, conforme a distribución constitucional de competencias, concretar o alcance das medidas que poden considerarse necesarias para reducir os riscos para a saúde pública*”, e posteriormente trata de xustificar (sen éxito, xa que non é posible constitucionalmente) que a lexislación rexional pode precisar e concretar as disposicións da Lei orgánica 3/1986 relativas á limitación de dereitos fundamentais. Con esta filosofía, asumida sen problema ningún, a lei rexional procede inconstitucionalmente a regular nada menos que o confinamento xeral da poboación (art. 6), aínda que se prevé a autorización ou ratificación xudicial para algunhas medidas (art. 15), establece certas modulacións, moi concretas, dos niveis de alerta sanitaria, excedéndose das

³³ Ver o Ditame do Consello de Estado 213/2021, do 22 de marzo, relativo á interposición do recurso de inconstitucionalidade contra esta lei.

competencias na materia, ao corresponderlle ao Estado (arts. 17 a 33); régúlase, con problemas de constitucionalidade, o denominado confinamento perimetral de ámbitos territoriais determinados por ministerio da lei (rexional), cunha forte incidencia limitativa nos dereitos fundamentais, e o confinamento ordenado pola autoridade sanitaria (arts. 34 a 36).

Así mesmo, os problemas xurídico-administrativos apareceron desde o seu inicio, en decembro de 2020, no proceso de vacinación contra o coronavirus, destacando en particular o feito de que a estratexia nacional de vacinación non se adoptou mediante ningún instrumento xurídico, plasmándose unicamente nun documento, sen valor xurídico ningún, non publicado en ningún diario oficial, e sen referencias, claro, aos posibles recursos a interpor³⁴. Con esta inseguridade xurídica, que non se solucionou despois, as comunidades autónomas iniciaron a campaña de vacinación como puideron (aínda que é verdade que houbo serias dificultades de dispoñibilidade de vacinas a nivel europeo); xurdiron certos problemas materiais e de xestión (como o das iniciais xiringas inadecuadas para vacinar, a xestión da vacina de AstraZeneca, etc.), e produciuse o episodio da dimisión, forzada, do xefe do Estado Maior da Defensa, formalmente, por vacinarse sen respectar a orde fixada³⁵.

E novamente a desorde xurídico-administrativa para facer fronte ao coronavirus³⁶ reflectiuse de forma clara nas decisións relativas ao peche perimetral das comunidades e cidades autónomas durante a “*ponte*” festiva do día de San Xosé, o 19 de marzo de 2021, que foi venres e festivo en parte de España, e sobre todo durante Semana Santa, a seren os días 1 e 2 de abril Xoves e Venres Santos.

En efecto, fronte á máis axeitada posibilidade de que o Goberno da nación adoptase as medidas restritivas correspondentes como autoridade delegada do estado de alarma, que obviamente o era, e que tivese corrixido os problemas de xestión administrativa da epidemia producidos, preferiuse seguir co mal chamado sistema de cogobernanza, que trouxo consigo a reprodución da desorde xurídico-administrativa xa coñecido, pois as comunidades autónomas comezaron a tomar medidas que non se adecuaban ao acordo do Consello Interterritorial do Sistema Nacional de Saúde do 10 de marzo de 2021, nin ao sistema competencial relativo ao estado de alarma, ao só ser posible que fosen adoptadas polas autoridades delegadas, como as decisións sobre os “*toques de queda*”, os peches perimetrais de comunidades e cidades

³⁴ CONSELLO INTERTERRITORIAL DO SISTEMA NACIONAL DE SAÚDE, *Estrategia de vacunación frente a COVID-19 en España*, Madrid, 2 de decembro de 2020, actualizado posteriormente en varias ocasións (a última o 2 de novembro de 2021) [COVID-19_EstrategiaVacunacion.pdf (mcsbs.gob.es)]. Sobre esta cuestión, véxase DEL CARPIO FIESTAS, V. e PÉREZ SÁNCHEZ, G., “La estrategia de vacunación del coronavirus: la nada jurídica para luchar contra la pandemia”, *Blog Rayas en el Agua*, 23 de xaneiro de 2021. Acceso web: <https://elotroblogdeveronicadelcarpio.com/> (decembro de 2021).

³⁵ En relación con este caso, e outros, adoptáronse decisións e produciuse un debate con certos matices demagóxicos, e politicamente moi correcto, que fixeron que o rei, o presidente do Goberno, etc., tivesen que seguir esa orde de vacinación implantada, sen base xurídica ningunha, e case “*facere colda*” nos puntos de vacinación. Non cabe dúbida, e así aconteceu noutros países europeos e do mundo, que hai persoas, polo esencial e importante cargo que ocupan e as funcións que desempeñan, que deben ser vacinadas e protexidas en primeiro lugar, precisamente porque representan o Estado, diríxeno, protéxeno, manteñen o sistema sanitario, etc., e así se realizou en moitos outros países, con absoluta normalidade, e sen demagogia ningunha.

³⁶ Sobre esa desorganización, ata marzo de 2021, véxase FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Los estados de alarma por el COVID-19*, cit., pp. 191-227.

autónomas, a fixación do número de persoas en reunións en espazos e vías públicas, e en espazos públicos pechados.

Por outra parte, a única lei ordinaria aprobada polas Cortes Xerais en materia sanitaria, despois dun ano e tres meses de epidemia e un ano desde o primeiro estado de alarma contra o coronavirus, é a Lei 2/2021, do 29 de marzo, de medidas urxentes de prevención, contención e coordinación para facer fronte á crise sanitaria ocasionada pola COVID-19 (BOE do 30 de marzo), que procede da tramitación como lei do Real decreto-lei 21/2020, do 9 de xuño de 2020 (BOE do 10), sen apenas cambio ningún no seu contido, e con algúns erros, o que é un reflexo da situación de descoido e de non preocuparse polas cuestións que importan. De feito, o segundo parágrafo do preámbulo, ao describir o contido da nova lei, refírese ao real decreto-lei 21/2020, cuxo artigo 1 se refire á situación posterior ao estado de alarma declarado en marzo de 2020, cando desde entón se declararon outros dous, e o declarado en outubro de 2020 foi prorrogado ata maio de 2021, e ademais, por exemplo, a súa disposición adicional 3.^a, que é idéntica á do real decreto-lei, refírese á concesión de determinados avais, previsión que tiña sentido en xuño de 2020, ao aprobarse o real decreto-lei, pero xa non moito en marzo de 2021, e se introduciron algunhas novidades, que causaron certa sorpresa, como, por exemplo, a obrigatoriedade total do uso das máscaras en calquera lugar (art. 6; introducido no texto mediante unha emenda do Grupo Socialista), cuxa obrigatoriedade, e cumprimento, foron rapidamente postos en dúbida por algunha comunidade autónoma, presión que deu resultado, e, finalmente, o réxime de uso das máscaras en espazos abertos e ao aire libre flexibilizouse ao modificarse ese artigo mediante o Real decreto-lei 13/2021, do 24 de xuño (BOE do 25), xerando (consciente ou inconscientemente) a impresión a moitas persoas da súa non obrigatoriedade, o que contribuíu sen dúbida á *quinta onda*, cuxo pico máis alto foi o 26 de xullo, e ao inicio da *sexta*, en novembro de 2021.

2 A finalización do estado de alarma... sen lexislación axeitada, e aumentando a desorde xurídico-administrativa

O cuarto estado de alarma da nosa historia constitucional, como é sabido, declarouse mediante o Real decreto 926/2020, do 25 de outubro (BOE do mesmo día 25), con polémica, principalmente debido á súa extensa prórroga, ata nada menos que o 9 de maio de 2021 (Real decreto 956/2020, do 3 de novembro, BOE do 4) e a que confirmou practicamente a desaparición do Goberno da nación da dirección e xestión da epidemia da COVID-19³⁷. Ademais, a súa finalización, prevista para ese mesmo día 9 de maio, tamén se produciu cunha importante polémica xurídico-administrativa,

³⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19 (Estudios jurídicos)*, cit., pp. 134-147; ARAGÓN REYES, M., "Covid-19 y Estado Autonómico", cit., pp. 8-12; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., "El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre: del estado de alarma de Madrid y el desbarajuste jurídico-administrativo de las medidas contra el coronavirus a otro estado de alarma, con prórroga (...) de nuevo con problemas constitucionales", *Diario La Ley* (Grupo Wolters Kluwer), n. 9741, de 23 de novembro de 2020. Acceso web: [https://diariolaley.laleynext.es/di/2020/11/23/el-real-decreto-926-2020-de-25-de-octubre-del-estado-de-alarma-de-madrid-y-el-desbarajuste-juridico-administrativo-de-las-medidas-contra-](https://diariolaley.laleynext.es/di/2020/11/23/el-real-decreto-926-2020-de-25-de-octubre-del-estado-de-alarma-de-madrid-y-el-desbarajuste-juridico-administrativo-de-las-medidas-contra)

xa que a expansión do coronavirus non estaba controlada aínda (pois, malia que a cuarta onda parecía que remitía, a quinta onda iniciárase en xuño), a pesar do avance do proceso de vacinación³⁸.

Non obstante, cando se intentou dobregar a cuarta onda da pandemia, que foi menos virulenta (chegaría o 26 de abril a 235 de incidencia acumulada, e logo comezou a descender), e ante a negativa do Goberno a elaborar e tramitar ningún texto lexislativo para non ter que declarar novamente o estado de alarma, malia os anuncios realizados en maio de 2020³⁹, o marco xurídico-administrativo para loitar contra a COVID-19 continuaba (e continúa, a finais de novembro de 2021) sendo o mesmo que antes de declararse a pandemia de coronavirus e o estado de alarma de marzo de 2020⁴⁰, e que está constituído, en canto ás súas principais normas, pola Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública (BOE do 29); a Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade (BOE do 29); e a Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública (BOE do 5)⁴¹, sen prexuízo da utilización, se é o caso, da lexislación en materia de seguridade nacional e cidadá ou en materia de emerxencias e protección civil. E debe sinalarse que, por razóns constitucionais, esta lexislación ordinaria e orgánica non pode ser a base para limitar dereitos fundamentais con carácter xeral⁴², e menos aínda polas comunidades e cidades autónomas.

En efecto, entre as normas anteriores para facer fronte a epidemias ou outras calamidades similares destaca a importancia da Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública, e en concreto o seu artigo 3, que, como é sabido, co fin de controlar as enfermidades transmisibles, permite á autoridade sanitaria, ademais de realizar as accións preventivas xerais, “adoptar as medidas oportunas para o control dos enfermos, das persoas que estean ou estivesen en contacto con estes e do medio ambiente inmediato, así como as que se consideren necesarias en caso de risco de carácter transmisible”. Certamente, e á vista da gravidade da pandemia actual da COVID-19 e á súa expansión mundial, parece evidentemente insuficiente o texto deste precepto, en particular as dúas primeiras partes subliñadas, que se refiren ao control de enfermos e das persoas que estean ou estivesen en contacto cos

Regap

ESTUDIOS

elcoronavirus-a-otro-estado-de-alarma-con-prorroga-de-nuevo-con-problemas-constitucionales (decembro de 2021), e FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Los estados de alarma por el COVID-19*, cit., pp. 169-190.

³⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, V., “Un nuevo capítulo en el desconcierto jurídico de la lucha contra la pandemia de Covid-19: ¿la rebelión de los jueces?”, *Foro de Investigación CSYJ, Universidad de Extremadura*, 10 de maio de 2021. Acceso web: forocsyj.com; e TAJADURA TEJADA, J., “Sin legalidad no hay libertad”, diario *El País*, 29 de abril de 2021. Véase la opinión del entonces ministro de Justicia, CAMPO, J.C., “La buena noticia del fin del estado de alarma”, diario *El País*, 10 de maio de 2021.

³⁹ Véxanse as declaracións da vicepresidenta primeira do Goberno da nación do 14 de maio de 2020: <https://www.elmundo.es/espana/2020/05/13/5ebc2a4521efa022768b45fd.html>.

⁴⁰ Ver *BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, Ámbitos de la Seguridad Nacional: Seguridad frente a Pandemias y Epidemias*, Lozano Miralles, J. e Carazo Liébana, M.ª. (selección e ordenación), Madrid, 2021. Acceso web: https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=406_Ambitos_de_la_Seguridad_Nacional_Seguridad_frente_a_Pandemias_y_Epidemias&tipo=C&modo=2 (decembro de 2021).

⁴¹ CARDONA FERNÁNDEZ, A.M.ª, “Finalización del Estado de Alarma ¿Y ahora con qué marco regulador nos encontraremos?”, *Diario La Ley*, n. 9850, 14 de maio de 2021, 4 pp.; e CARMONA CONTRERAS, A., “Mejor prorrogar la alarma que la incertidumbre”, diario *El País*, 13 de maio de 2021.

⁴² En xeral, sobre o problema, véxase ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La normativa habilitante para dictar medidas sanitarias generales limitativas de derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Foro de Investigación CSYJ, Universidad de Extremadura*, 8 de junio de 2021. Acceso web: forocsyj.com (decembro de 2021).

anteriores, frases que fan referencia a enfermos e persoas concretas, pero non parece que con esas frases se poidan adoptar medidas para referirse aos miles de enfermos e contagiados polo coronavirus.

Neste sentido, entre o gran número de resolucións xudiciais ditadas durante esta crise, é moi claro na interpretación dese precepto o Auto do TSX de Aragón 89/2020, do 10 de outubro (relativo ás medidas de restrición da liberdade deambulatoria no termo municipal de La Almunia de Doña Godina, en Zaragoza, adoptadas polo Goberno de Aragón), ao sinalar que, *“para empezar, fala do control de enfermidades transmisibles, non fala de acometer situacións de crise sanitaria, de epidemia, ou de pandemia”*, e que *“[p]ara afrontar situacións de crise sanitaria o ordenamento xurídico español conta con outros medios e ferramentas xurídicas e normativas”*, pero *“sen que, de maneira específica (...) se faga referencia a medidas que impliquen privación a grande escala da liberdade deambulatoria dun grupo indiferenciado de persoas, e moito menos dunha poboación enteira. En definitiva, a corentena de grupos indiferenciados, non identificados de poboación”* (que era o asunto sometido a ratificación xudicial), engadindo, nun parágrafo destacable, que *“o artigo 3 se está a referir sempre, como non pode ser doutro modo dado que nos atopamos ante un dereito fundamental por definición de titularidade individual e non colectiva, a persoas concretas e determinadas, que presentan unha clara relación ou asociación co axente causante da intervención administrativa, isto é, a enfermidade. Fálase de enfermos e persoas que se relacionaron con eles. A cláusula aberta final non salva o baleiro existente cando se pretende a restrición –intensísima debe dicirse unha vez máis– que se impón a toda calquera persoa, non identificable senón pola súa soa pertenza ao termo municipal no que a incidencia da enfermidade é maior. A medida que se adopta refírese a persoas que viven no mesmo municipio, pero das que se descoñece todo outro dato ou relación coa enfermidade, as cales son obrigadas, a prevención, a someterse a determinadas condicións de exercicio –ou de non exercicio– dun dereito fundamental...”*. É máis, o tribunal conclúe con claridade que *“o artigo 3 da Lei orgánica 3/1986 non ampara limitacións ou restricións –ou quasi suspensións– de dereitos fundamentais a grande escala ou de grupos non identificados de persoas...”*, e que *“[e]n todo momento, sempre, se entendeu (...) que as medidas de control de enfermidades transmisibles adoptables pola Administración eran medidas sobre persoas concretas e determinadas, pola súa relación directa ou indirecta coa enfermidade, pero en ningún caso co territorio ou núcleo de poboación afectado”*.

Non obstante, a frase final do artigo 3, citado, ao ser máis aberta e ampla, parecía que podería permitir adoptar todas as medidas que se consideren necesarias en caso de risco de carácter transmisible, e podería así servir de base xurídica segura para a adopción de medidas efectivas contra o coronavirus, aínda que afectasen a dereitos fundamentais. Pero esta interpretación tamén foi posta en dúbida polo Auto do TSX de Castela e León 273/2020, do 25 de outubro (relativo ás medidas de limitación parcial e temporal da liberdade de circulación na Comunidade de Castela e León), que comeza precisando, de forma positiva en relación coa frase sinalada, que *“a fórmula aberta utilizada no artigo 3 da Lei orgánica 3/1986 que se refire ás medidas que se consideren ‘necesarias en caso de risco de carácter transmisible’ considerouse suficiente*

para establecer medidas que non comportaban unha afectación intensa dun dereito fundamental, circunscribíanse xeograficamente a unha parte da poboación especialmente afectada pola enfermidade transmisible cunha duración temporal tamén moi limitada, tendo en conta que se daba o presuposto legal habilitante e o fin perseguido é constitucionalmente lexítimo ao estar dirixido á protección da saúde e da vida dos cidadáns, ao que viña unir a necesidade da autorización e ratificación xudicial das medidas, como mecanismo de protección dos dereitos fundamentais afectados”; pero o tribunal non ratifica as medidas da Junta de Castela e León mediante unha doutrina moi garantista das liberdades públicas, precisamente facendo referencia aos límites de interpretación e aplicación da Lei orgánica 3/1986, citada, ao sinalar que as medidas adoptadas pola Junta de Castela e León “...supera[n] o orzamento habilitante da Lei 3/1986, tanto pola extraordinaria situación de crise sanitaria mundial existente, persistindo no tempo, como pola intensidade da afectación do dereito fundamental á libre circulación das persoas, que queda en suspenso durante unha franxa horaria para toda a poboación de Castela e León, de forma indiferenciada, sen distinción, a diferenza do realizado nas medidas anteriores, entre municipios máis ou menos afectados pola enfermidade transmisible, o que esixe unha lei que a posibilite coas garantías e exixencias da doutrina constitucional sobre esta materia. Así se fixo agora mediante o Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, polo que se declara o estado de alarma para conter a propagación de infeccións causadas polo SARS-Cov-2”.

Con todo, hai algúns pronunciamentos xudiciais que aceptan o artigo 3 da Lei orgánica 3/1986 como base xurídica suficiente para adoptar medidas (sen necesidade de declarar o estado de alarma), tales como, por exemplo, o auto do TSX da Comunidade Valenciana 142/2020, do 27 de outubro, que, aínda asumindo que ese precepto é suficiente para a adopción das medidas previstas pola comunidade, finaliza cunhas rotundas afirmacións sobre a necesidade de ter realizado os adecuados cambios lexislativos para evitar esta situación de inestabilidade e desorde derivada das medidas adoptadas, e da súa interpretación por xuíces e tribunais (ao afirmar que “o desexable de lege ferenda tería sido –e segue a ser– unha produción normativa idónea e ad hoc que resolva os problemas interpretativos cos que nos atopamos e evite a consecuente contradición de criterios á que estamos a asistir”).

Ante a negativa do Goberno da nación de elaborar e tramitar unha lexislación específica sobre as pandemias, as comunidades autónomas seguirían aprobando normas legais, con problemas constitucionais, para loitar contra o coronavirus, coa conseguinte desorganización xurídico-administrativa, ben visible, que se produciu (e que, como veremos, continúa na actualidade).

Así, unha vez finalizado o estado de alarma de outubro de 2020, adoptouse a Lei vasca 2/2021, do 24 de xuño, de medidas para a xestión da pandemia de COVID-19 (DOPV do 30), cuxa aprobación se xustifica nas mesmas razóns que no caso da lei galega citada: non contar as comunidades autónomas con instrumentos legais ordinarios e suficientes para loitar contra o coronavirus, ao non ter elaborado o Goberno da nación textos legais axeitados para afrontar esa loita. Non obstante, esta lei tamén ten problemas constitucionais e legais, ao prever a declaración rexional dun estado

Regap

ESTUDIOS

de emerxencia, que parece un pequeno estado de alarma, e que constitucionalmente nunca pode adoptar unha comunidade autónoma; prevense medidas de control da epidemia de coronavirus no marco da Lei orgánica 3/1986 que as comunidades autónomas non poden levar a cabo ao afectar a dereitos fundamentais; establécense niveis de alerta propios, e distintos dos establecidos pola autoridade sanitaria nacional, que é a competente; remite a un regulamento o establecemento do réxime de vinculación de recursos públicos para loitar contra o virus, e mesmo dos privados, con referencias a hospitais privados e hoteis para corentenas, o cal non pode levarse a cabo mediante normas regulamentarias, e prevese o réxime de uso das máscaras de forma distinta á establecida na lexislación nacional.

Pero mesmo algunhas comunidades autónomas volverán (pois xa o fixera antes, p. ex., a Comunidade de Aragón en outubro de 2020) a utilizar decretos-leis para regular certos aspectos da loita contra o coronavirus, con problemas constitucionais e legais, ao incidir en dereitos e liberdades. Neste sentido, na Comunidade das Illas Baleares aprobouse o Decreto-lei 5/2021, do 7 de maio (BOIB do 8), que modifica a Lei de saúde pública de 2010 para permitir, en situacións de pandemia ou de epidemia declaradas polas autoridades competentes, que o Consello de Goberno (que, como é sabido, non se prevé como autoridade delegada no estado de alarma, en ningún caso) poida adoptar medidas de limitación da actividade, do desprazamento das persoas e da prestación de servizos (incluíndo, p. ex., a confiscación ou inmovilización de produtos, a suspensión do exercicio de actividades, o peche de empresas ou das súas instalacións, a intervención de medios materiais ou persoais ou limitacións de horarios de apertura e/ou peche de establecementos, lugares ou actividades). Ademais, prevé a adopción, polas autoridades sanitarias rexionais, de accións, dise, en desenvolvemento da Lei orgánica de medidas especiais en materia de saúde pública de 1986, pero con moita precisión e aumentado as medidas a adoptar, o cal xa foi rexeitado por algunhas decisións dos tribunais, como vimos; aínda que esquecen establecer que, se as ditas medidas afectan a dereitos fundamentais, requiren autorización ou ratificación xudicial; e mesmo se prevé a intervención (sen estar declarado o estado de alarma e polas autoridades sanitarias rexionais) de centros de servizos sociais de carácter privado, o cal é constitucionalmente dubidoso que se poida levar a cabo.

Máis adiante no tempo, non obstante, pode atoparse con máis problemas constitucionais algunha outra norma legal rexional, como na Comunidade das Illas Canarias o Decreto-lei 11/2021, do 2 de setembro, polo que se establece o réxime xurídico de alerta sanitaria e as medidas para o control e xestión da pandemia de COVID-19 (BOCan do 6), que establece, de forma minuciosa, o réxime completo das medidas e alertas para loitar contra o coronavirus, formalmente no marco establecido pola Lei orgánica de medidas especiais en materia de saúde pública de 1986 e, entre outras, pola normativa básica do Estado. Non obstante, a minuciosidade da regulación e a amplitude das medidas e accións, incluíndo varias que inciden nos dereitos fundamentais, dificilmente poden xustificarse na lei orgánica citada, conforme a xurisprudencia mencionada; e ademais inclúese un sistema de alertas sanitarias propio (aínda que formalmente se vincula aos acordos do Consello Interterritorial).

3 A intervención xudicial en relación con medidas sanitarias que inciden en dereitos fundamentais. O novo papel (cuasi-normativo e administrativo) do Tribunal Supremo

Parece claro que a intervención da xurisdición contencioso-administrativa relacionada coas situacións de crise non estaba pensada polo lexislador para pandemias como a actual, moi contaxiosa e estendida por todo o mundo de xeito xeneralizado, e moito menos o importante papel que, como veremos, ten actualmente o Tribunal Supremo, despois da última reforma desa lexislación, ao asignarlle unha función “*cuasi normativa e administrativa*”.

En efecto, o texto orixinal da Lei da xurisdición contencioso-administrativa de 1998 non facía referencia ningunha á autorización ou ratificación xudicial de medidas que incidisen nos dereitos fundamentais. Será a reforma desa lei aprobada en 2000, incorporando un novo parágrafo ao daquela artigo 8-5.º-LXCA (despois pasaría ao artigo 8-6.º), a que engada, entre as competencias dos xulgados do contencioso-administrativo, a relativa “*á autorización ou ratificación xudicial das medidas que as autoridades sanitarias consideren urxentes e necesarias para a saúde pública e impliquen privación ou restrición da liberdade ou doutro dereito fundamental*”, que certamente parece que ten un carácter moi amplo e xeral; aínda que debe terse en conta que, xa entón, esta competencia se lle asigna un órgano xudicial de ámbito menor, que certamente non parece o máis axeitado territorialmente para facer fronte a unha pandemia de ámbito mundial. Conforme coa interpretación do artigo 3 da Lei orgánica 3/1986, como sinalamos, parece así mesmo que as funcións de autorización e ratificación dos xulgados do contencioso se prevían para casos concretos, pero non para situacións como a pandemia da COVID-19.

Así pois, pode manterse que o ordenamento anterior a esta crise do coronavirus non estaba deseñado para unha situación tan complexa e complicada como a actual, senón que se refería a situacións concretas e que non fosen de ámbito mundial.

Non obstante, debe sinalarse que unha máis axeitada regulación da intervención xudicial na autorización ou ratificación de medidas para facer fronte ao coronavirus se produciu coa aprobación da Lei 3/2020, do 18 de setembro, de medidas procesuais e organizativas para facer fronte á COVID-19 no eido da Administración de xustiza (BOE do 19), ao modificar varios artigos da Lei da xurisdición contencioso-administrativa en relación coas competencias dos distintos órganos xudiciais.

En efecto, a disposición derradeira 2.^a desa lei modifica o artigo 8-6.º da Lei da xurisdición contencioso-administrativa, engadindo un parágrafo que avala a interpretación anterior, ao precisar agora que, entre outras, a competencia dos xulgados do contencioso se estende así mesmo á “*autorización ou ratificación xudicial das medidas adoptadas conforme a lexislación sanitaria que as autoridades sanitarias consideren urxentes e necesarias para a saúde pública e impliquen limitación ou restrición de dereitos fundamentais cando esas medidas estean plasmadas en actos administrativos*”.

Regap

ESTUDIOS

singulares que afecten unicamente a un ou varios particulares concretos e identificados de xeito individualizado”.

Por outra banda, modificouse o artigo 10-LXCA, relativo ás competencias das salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza, engadindo un apartado 8.º que lles asigna a estas o coñecemento da *“autorización ou ratificación xudicial das medidas adoptadas conforme a lexislación sanitaria que as autoridades sanitarias de ámbito distinto ao estatal consideren urxentes e necesarias para a saúde pública e impliquen a limitación ou restrición de dereitos fundamentais cando os seus destinatarios non estean identificados individualmente”.*

Finalmente, modificouse o artigo 11-i-LXCA, que lle encomenda á Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional *“a autorización ou ratificación xudicial das medidas adoptadas conforme a lexislación sanitaria que a autoridade sanitaria estatal considere urxentes e necesarias para a saúde pública e impliquen a limitación ou restrición de dereitos fundamentais, cando os seus destinatarios non estean identificados individualmente”.*

Certamente, esta reforma, aprobada en setembro de 2020 (no inicio da segunda onda da epidemia do coronavirus), aínda que se podía ter aprobado antes, resolvía algúns dos problemas causados polo texto LXCA orixinal de 1998 (obviamente, non pensado para unha pandemia desta magnitude), ao aclarar as competencias dos distintos órganos xudiciais en relación coa autorización ou ratificación das diferentes medidas sanitarias adoptadas polas autoridades sanitarias para facer fronte á COVID-19, aínda que parece que continúa referíndose a casos concretos e non a, por exemplo, comunidades autónomas completas (aínda que a última frase dos preceptos modificados está redactada de forma moi aberta). Porén, esta reforma de 2000 confirma o papel cuasi-normativo dos xuíces e tribunais a coparticipar, con carácter xeral, mediante a autorización ou ratificación das medidas sanitarias adoptadas polas autoridades administrativas, modelo que non se compaxina moi ben coa división de poderes establecida na Constitución española⁴³.

Pero, fronte á postura máis atenta á difícil xestión da pandemia, e a intentar soluciónala ou paliála, o Goberno da nación, ademais de desentenderse desa xestión, non aprobou nin remitiu ás Cortes Xerais, en máis dun ano de pandemia, os proxectos de leis de modificación dos anteriores textos en materia sanitaria ou outros novos para afrontar con seguridade a adopción de medidas axeitadas para loitar contra o coronavirus, e non ter que seguir declarando estados de alarma.

Non obstante, estes problemas xurídico-administrativos, e a desorde conseguinte, agraváronse coa finalización, o 9 de maio de 2021, do estado de alarma de outubro de 2020, despois dunha longuíssima prorroga, ao aprobarse o Real decreto-lei 8/2021,

⁴³ ARAGÓN REYES afirma, con bo criterio, que *“[e]sta reforma, repentina e pouco meditada, da LXCA xera polo menos dous problemas. O primeiro é a súa posible contradición coa función constitucional do poder xudicial, cuxas competencias (incluídas as que por lei lle poidan ser atribuídas segundo o art. 117.4 CE) non poden invadir as que son propias do poder lexislativo e o poder executivo, neste caso ditar normas xerais (de ámbito nacional ou territorial). En definitiva, o poder xudicial non pode colexislar, que é o que sucede se para que unha norma poida entrar en vigor primeiro se exige a autorización xudicial previa. O segundo problema é que unha norma de carácter procesual, como é a previsión legal dese control previo, non pode servir como título atributivo de competencia material ao poder (neste caso autonómico) do que emana a medida susceptible de control”* (ARAGÓN REYES, M., “Covid-19 y Estado Autonómico”, cit., p. 5).

do 4 de maio, polo que se adoptan medidas urxentes na orde sanitaria, social e xurisdiccional, a aplicar tras a finalización da vixencia do estado de alarma declarado polo Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, polo que se declara o estado de alarma para conter a propagación de infeccións causadas polo SARS-CoV-2 (BOE do 5)⁴⁴, en pleno descenso da cuarta onda da epidemia do coronavirus (a súa exposición de motivos “constata que a situación epidemiolóxica, mesmo cando continúa resultando preocupante, presenta elementos de control e contención fundamentalmente debidos á positiva evolución do proceso de vacinación”).

Conforme cos avances do proceso de vacinación contra a COVID-19, a extensa exposición de motivos sinala que “non concorren neste momento causas que xustifiquen o mantemento dun réxime excepcional como o é o estado de alarma, previsto na Constitución como un instrumento para asegurar o restablecemento da normalidade en circunstancias extraordinarias, pero que pola súa propia natureza non se pode nin debe prolongar de forma indefinida ou permanente no tempo, estando a súa vixencia temporal supeditada á necesidade de adoptar medidas de natureza excepcional para previr e controlar graves alteracións como as derivadas da aguda crise sanitaria ocasionada polo SARS-CoV-2”.

“Por iso (continúa sinalando a exposición de motivos), a valoración da proporcionalidade entre o actual nivel de gravidade da situación e o recurso ao estado de alarma como réxime de posible limitación de dereitos e liberdades fundamentais determinou que o Goberno da nación decidise non facer uso da súa prerrogativa constitucional de solicitar do Congreso dos Deputados unha prórroga daquel”.

Engade, ademais, e isto é bastante importante resaltalo, que “[d]urante a vixencia e prórroga do estado de alarma adoptáronse numerosas medidas ao amparo deste polas autoridades competentes delegadas, cuxa vixencia decaerá no mesmo momento de expiración da prórroga do estado de alarma. Non obstante, a maioría desas medidas poden articularse, en caso de necesidade, no marco definido pola Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública; e pola Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública; quedando suxeitas ao control xurisdiccional ordinario”. De feito, afirmase que “se considera que a lexislación sanitaria citada, unida ás previsións contidas no resto da normativa sanitaria, incluída a Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade, coas modificacións puntuais introducidas neste real decreto-lei, constitúen un marco xurídico suficiente e adecuado para dar resposta á situación de crise sanitaria nas actuais circunstancias epidemiolóxicas e de control da enfermidade”.

Estas afirmacións, como destacamos, están lonxe de ser certas, xa que as medidas ás que se refiren eses parágrafos non se articularon nin se articulan doadamente nas leis citadas, mesmo con ratificación xudicial, senón que se produciu unha desorganización ben visible nelas e en relación coas decisións xudiciais correspondentes.

E continúa engadindo que “[a] este respecto, este real decreto-lei contén, en relación coa situación sanitaria, regulacións puntuais que afectan, por unha parte, ao réxime de

⁴⁴ LOZANO CUTANDA, B., “Real decreto-lei 8/2021: la reforma del recurso de casación que ahonda en un ‘Estado de gobierno judicial’ y socava el principio de responsabilidad patrimonial”, *Diario La Ley*, n. 9850, 14 de maio de 2021, 4 pp.; PALOMAR OLMEDA, A., “Las medidas sanitarias y la actuación judicial: la nueva modalidad del recurso de casación contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, n. 9852, 18 de maio de 2021, 13 pp.; e GONZÁLEZ GRANDA, P., “Sobre el control del interés casacional en el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, n. 9865, 7 de xuño de 2021, 16 pp.

autorización ou ratificación xudicial das medidas que teñan que adoptarse en aplicación da lexislación citada cando impliquen limitación ou restrición de dereitos fundamentais ou cando os seus destinatarios non estean identificados individualmente; reforzando a súa eficacia e coherencia". Precisión esta última que así mesmo debe pórse en dúbida, pois, como veremos, o novo sistema de intervención xudicial xera dúbidas e bastante inseguridade xurídica, e desde logo máis incerteza que unha axeitada regulación legal (orgánica ou ordinaria, ou ambas as dúas) sobre pandemias.

De acordo coas ideas anteriores, e ao non terse intentado modificar a lexislación sanitaria vixente ou elaborar unha nova lei sobre pandemias, o Goberno da nación procede a modificar a Lei da xurisdición contencioso-administrativa, polo artigo 15 do Real decreto-lei, coa finalidade, segundo a súa exposición de motivos, de modificar a regulación do recurso de casación para posibilitar que a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo poida entrar a coñecer sobre os autos adoptados polas referidas salas dos tribunais superiores de xustiza e da Audiencia Nacional e ademais fixar doutrina legal, con intervención das administracións públicas autonómica e estatal, ademais da do Ministerio Fiscal, sobre o alcance da lexislación sanitaria en relación coas limitacións ou restricións de dereitos fundamentais dos cidadáns impostas polas autoridades sanitarias, e todo iso nun prazo moi breve de tempo (concretamente, o Tribunal Supremo debe decidir nun prazo de 5 días), que é o que require unha situación sanitaria tan grave e extraordinaria como a que obriga esas autoridades para ter que adoptar esta clase de medidas.

Certamente, este novo sistema contribúe a sentar doutrina sobre a cuestión, eliminando as diferentes, e bastantes veces contraditorias, interpretacións dos tribunais superiores de xustiza e da Audiencia Nacional na ratificación, ou non, das medidas sanitarias adoptadas polas autoridades administrativas; non obstante, non supón un instrumento áxil nin eficaz para implantar medidas efectivas de loita contra o coronavirus, pois primeiro a Administración adopta a medida, seguidamente hase de solicitar a ratificación ao órgano xudicial competente e finalmente, se é o caso, pode intervir o Tribunal Supremo, e ademais estáselle a dar aos xuíces e tribunais sinalados un poder cuasi-normativo e administrativo que constitucionalmente non lle corresponde ao poder xudicial, senón ao poder lexislativo (establecer o réxime de intervención nos dereitos fundamentais das medidas de loita contra a COVID-19, no marco da Constitución española) e á Administración (adoptar as medidas contra o coronavirus e levalas a efecto e executalas; de feito, sitúase os xuíces e tribunais nunha situación de copartícipes executivos na adopción de medidas administrativas, as medidas contra o coronavirus, como se fosen competencias administrativas compartidas)⁴⁵.

⁴⁵ Sobre as primeiras sentenzas ditadas polo Tribunal Supremo, e os seus problemas, véxase ÁLVAREZ GARCÍA, V., "La ratificación judicial de las medidas sanitarias de carácter general: su configuración jurisprudencial y sus problemas constitucionales (A propósito de la Sentencia n. 719/2021, de 24 de mayo, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo)", *Diario del Derecho-Iustel*, 27 de maio de 2021; ÁLVAREZ GARCÍA, V., "La ratificación judicial de las medidas sanitarias de carácter general: su configuración jurisprudencial y sus problemas constitucionales", *Foro de Investigación CSYJ-Universidad de Extremadura*, 8 de xuño de 2021. Acceso web: forocsyj.com (decembro de 2021); e ÁLVAREZ GARCÍA, V., "La normativa habilitante para dictar medidas sanitarias generales limitativas de derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Diario del Derecho-Iustel*, 7 de xuño de 2021.

O novo sistema naceu con problemas constitucionais importantes, derivados do feito de que se aprobouse mediante un real decreto-lei, aínda que o réxime afecta aos dereitos fundamentais⁴⁶, cuestión vetada constitucionalmente; neste sentido, foi impugnado por deputados do Grupo Parlamentario Popular e, mediante providencia do Tribunal Constitucional do 7 de outubro de 2021, admitiuse a trámite o recurso de inconstitucionalidade interposto.

Fronte a esta opción adoptada, parece máis necesaria unha nova lexislación sobre pandemias, ou a modificación da normativa actual, que permita adoptar medidas sen ter que declarar o estado de alarma, e prevendo a incidencia das medidas nos dereitos fundamentais e dunha forma máis completa e axeitada que a lexislación actual⁴⁷.

4 A Sentenza do Tribunal Constitucional 148/2021, do 14 de xullo: a inconstitucionalidade do estado de alarma declarado en marzo de 2020

Despois de quizais demasiado tempo (xa que o recurso foi interposto o 28 de abril e admitido a trámite o 6 de maio, BOE do 8), tendo en conta que a súa doutrina tería sido moi útil en relación cos outros estados de alarma declarados máis tarde e coas actuacións e medidas adoptadas nese tempo, e mesmo despois, finalmente (resaltando así mesmo as presións sobre os maxistrados constitucionais e as filtracións de borradores da sentenza e dos votos particulares, interesadas, aos medios de comunicación) ditouse a STC 148/2021, do 14 de xullo, que declara inconstitucional e nula a suspensión da liberdade de circulación (art. 7-1.º, 3.º e 5.º) e parte das medidas relativas ao peche da actividade comercial (art. 10-6.º) do Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, citado, que declarou o estado de alarma pola pandemia da COVID-19⁴⁸.

Esta importante sentenza constitucional cambiou a forma de interpretar os estados excepcionais, segundo o disposto na Constitución española e a Lei orgánica reguladora, non admitindo a interpretación maioritaria ata entón, que denomina interpretación orixinalista ou orixinaria.

Da doutrina establecida nesta sentenza, en primeiro lugar, o Tribunal Constitucional (FX n. 2 e 3) precisa que non se discute o presuposto, as causas, que permiten declarar o estado de alarma, e que non está en cuestión a decisión política para declaralo, correspondéndolles a valoración destas aos órganos constitucionais correspondentes (Goberno da nación e Congreso dos Deputados), e, aínda que reconece que teñen unha ampla marxe de apreciación, o tribunal confirma que, non

⁴⁶ Sobre a insuficiencia ou inadecuación do real decreto-lei para regular cuestións que afectan aos dereitos fundamentais, incide o informe do Gabinete Técnico do Tribunal Supremo, emitido en relación co RD-L citado, coñecido o 6 de maio de 2021. Acceso web: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-ts-apunta-possible-insuficiencia-decreto-ley-regular-temas-afectan-derechos-fundamentales-20210506154410.html> (decembro de 2021).

⁴⁷ ALISTE SANTOS, T.J., "Limitando a Leviatán. La hora del Tribunal Constitucional para garantizar la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el escenario pandémico de la Covid-19", *Diario La Ley*, n. 9872, 16 de xuño de 2021, 6 pp.

⁴⁸ ARAGÓN REYES, M., "¿Alarma o excepción?", diario *El País*, 6 de xullo de 2021; ARAGÓN REYES, M., "El Tribunal Constitucional cumplió", diario *El País*, 4 de agosto de 2021; e SORIANO, J.E., "Crónica de una sentencia imprescindible", *Blog Almendron.com-Revista de prensa*, 5 de agosto de 2021. Acceso web: almendron.com (decembro de 2021).

obstante, non é ilimitado. En relación coas causas que xustifican a declaración dos estados excepcionais, e máis en concreto o estado de alarma, o tribunal subliña “*que nin as apelacións á necesidade poden facerse valer por enriba da legalidade, nin os intereses xerais poden prevalecer sobre os dereitos fundamentais á marxe da lei*”, e que non cabe “*acudir ao estado de alarma [nin a ningún outro, diríamos] se non constan (...) ‘unhas circunstancias extraordinarias que fixesen imposible o mantemento da normalidade mediante os poderes ordinarios das autoridades competentes’*”.

A continuación, a STC afirma (FX n. 3) que a Constitución española prevé tres estados que se distinguen tendo en conta as causas habilitantes para declaralos, polos seus mecanismos de adopción e control, así como polos seus efectos, engadindo que a distinción que interesa ao caso é entre o estado de alarma e o estado de excepción, sobre todo en relación coa limitación e suspensión dos dereitos fundamentais, afirmando que o estado de alarma é de menor intensidade (citando aquí a STC 83/2016, FX n. 9), sobre o que subliña que non consente a suspensión de ningún dos dereitos fundamentais (suspensión que si é posible nos outros dous estados de excepción e de sitio, *ex* artigos 55-1.º e 116-3.º e 4.º-CE), pero si a adopción de medidas que poden supor limitacións ou restricións ao seu exercicio (tal como sinalou a STC 83/2016, FX n. 8), pero estas, se é o caso, deberán acomodarse ao disposto na Constitución española e na Lei orgánica dos estados de alarma, excepción e sitio.

De acordo co anterior, seguidamente o Tribunal Constitucional (FX n. 3) procede a establecer a distinción entre limitación (posible no estado de alarma) e suspensión dos dereitos fundamentais (unicamente posible, como sabemos, nos estados de excepción e de sitio, pero non no de alarma, subliñando que a LOEAES é unha norma que limita a posible incidencia da declaración do estado de alarma sobre o réxime dos dereitos fundamentais en relación con tres cuestións: para declaralo deben existir circunstancias extraordinarias que fagan imposible o mantemento da normalidade mediante os poderes extraordinarios das autoridades; esa necesidade non pode facerse valer por enriba da legalidade nin os intereses xerais poden prevalecer sobre os dereitos fundamentais á marxe da lei, e que, en todo caso, as limitacións exorbitantes dos dereitos fundamentais que poidan disporse no estado de alarma, e que non supoñan unha suspensión destes, deben adecuarse ao principio de proporcionalidade (previsto no artigo 1-2.º-LOEAES), que supón que as medidas limitativas sexan acordadas coa legalidade, que non impliquen unha suspensión dos dereitos fundamentais, e que as medidas limitativas sexan idóneas, necesarias e proporcionadas, é dicir, razoables (exixencias que a STC utiliza posteriormente para analizar a constitucionalidade do real decreto de declaración do estado de alarma).

En terceiro lugar, a STC (FX n. 11) procede a interpretar o sentido constitucional do estado de alarma (con necesarias referencias ao estado de excepción, no que interesa ao caso), comezando por non admitir a que denomina interpretación orixinalista dos estados excepcionais, e que, con base nos debates constituíntes e na propia LOEAES, fai referencia á gradación dos tres previstos e a que o estado de alarma é o que capacita para reaccionar fronte a catástrofes naturais ou tecnolóxicas, recalcando, non obstante, que o que si deixou claro o debate constituínte foi o rexeitamento tallante

a que certas situacións excepcionais provoquen unha resposta tamén excepcional de tal magnitude que exceda as posibilidades que outorga o estado de alarma, ata alcanzar a suspensión de dereitos fundamentais. Entende o tribunal que a interpretación orixinalista excluíría radicalmente a posibilidade de que unha epidemia grave habilítase o Goberno da nación para declarar outro estado que non fose o estado de alarma e, xa que logo, a posibilidade de suspender distintos dereitos dos previstos na lexislación sanitaria ordinaria sobre enfermidades infecciosas (ex artigo 12-LOEAES), polo que, afirma o tribunal, debería modificarse a LOEAES para, se é o caso, permitir que as crises sanitarias ou epidemias xustificasen a declaración do estado de excepción, reformas, incide a STC, que xa foron recomendadas tanto polo Consello de Estado (ditame 213/2021, do 22 de marzo) como polo Tribunal Supremo (STS 719/2021, do 24 de maio).

Neste punto, o tribunal (FX n. 11) mantén que debe facerse unha lectura do texto constitucional á luz de problemas contemporáneos e de exixencias correspondentes, subliñando, con cita do Auto TC 40/2020, do 30 de abril, que os estados previstos na Constitución española (art. 116) non constitúen “*compartimentos estancos e impermeables*”, xa que, engade, o artigo 28-LOEAES prevé a concorrencia de circunstancias habilitantes para declarar distintos estados, que xustifican a ampliación das medidas dispoñibles, polo que debe permitirse unha interpretación integradora, capaz de superar unha distinción radical entre as circunstancias habilitantes dos dous estados: “naturais e tecnolóxicas” para o estado de alarma e “políticas ou sociais” para o estado de excepción, engadindo que a gravidade da crise do coronavirus tería podido xustificar a declaración do estado de excepción, xa que a epidemia-pandemia inicialmente xustificou, seguindo a interpretación orixinalista, e maioritaria, a declaración do estado de alarma, pero, continúa, as dimensións descoñecidas e imprevisibles que acadou esta obrigou a dar un resposta imprevista pola autoridade competente, como foi declarar o estado de alarma, pero incluíndo medidas como as que se discuten no proceso.

Sobre a base, prevista na LOEAES, de distinguir no estado de alarma as causas que o xustifican (art. 4) e no estado de excepción os efectos perturbadores provocados na sociedade como causa para decláralo (art. 13-LOEAES), a STC sinala que a situación que debía afrontar o poder público se axustaba tamén aos efectos perturbadores que xustificarían a declaración do estado de excepción, xa que “*cando unha circunstancia natural, como é unha epidemia, alcanza esas ‘dimensións descoñecidas e, desde logo, imprevisibles’ para o lexislador a que aludiamos no noso reiterado ATC 40/2020, pode dicirse que o cuantitativo devén cualitativo: o relevante pasan a ser os efectos e non a súa causa*”, engadindo (FX n. 11) que “[c]ando a gravidade e extensión da epidemia imposibilitan un normal exercicio dos dereitos, impiden un normal funcionamento das institucións democráticas, saturan os servizos sanitarios (ata temer pola súa capacidade de afrontar a crise) e non permiten manter con normalidade nin as actividades educativas nin as de case calquera outra natureza, é difícil argumentar que a orde pública constitucional (nun sentido amplo, comprensivo non só de elementos políticos, senón tamén do normal desenvolvemento dos aspectos máis básicos da vida social e económica) non

Regap

ESTUDOS

se vexa afectada; e a súa grave alteración podería lexitimar a declaración do estado de excepción. Outra cousa implicaría aceptar o fracaso do Estado de Dereito, atado de mans e incapaz de atopar unha resposta ante situacións de tal gravidade.

En definitiva, tal situación tería permitido xustificar a declaración dun estado de excepción atendendo ás circunstancias realmente existentes, máis que á causa primeira destas; lexitimando, con iso, mesmo a adopción de medidas que impliquen unha limitación radical ou extrema (suspensión, nos termos razoados no fundamento xurídico 5) dos dereitos aquí considerados. O cal tería exixido a ‘autorización previa do Congreso dos Deputados’ prevista no artigo 116.3.

Unha opción diferente levaría a desfigurar a apuntada distinción constitucional. En efecto, se, en canto ás súas causas, a alarma serve tanto para resolver conflitos ‘político-sociais’ (como o dos controladores, militarizando a súa organización e o seu estatuto xurídico); como para afrontar circunstancias naturais, como unha epidemia, ‘de dimensións descoñecidas e, desde logo, imprevisibles’; e se, en canto aos seus efectos, permite confinar os cidadáns e restrinxir a actividade dos comercios, escolas e industrias, baleirando de contido algúns dereitos para gran parte –a maioría– da poboación, porque non existe unha suspensión formal, senón unha mera limitación, por intensa que sexa, estaríase a violentar a distinción constitucional e convertendo a alarma nun sucedáneo da excepción, pero non sometida á «autorización previa» parlamentaria. Estaríase, noutros termos, utilizando a alarma, como temían algúns constituíntes, para limitar dereitos sen dicilo, isto é, sen discusión e autorización previas da representación popular, e con menos condicionantes de duración”.

Establecida esta importante doutrina, que obriga a realizar outra interpretación e explicación dos estados excepcionais ou de emerxencia no noso ordenamento, a STC procede a aplicala a cada un dos preceptos do Real decreto 463/2020 que declarou o estado de alarma, e doutras normas relacionadas.

En relación cos preceptos do Real decreto 463/2020 impugnados, a STC (FX 4 a 7) comeza a súa análise polo artigo 7, relativo á “Limitación da liberdade de circulación das persoas”. Trata de determinar se a limitación da liberdade deambulatoria do artigo 19-CE polo artigo 7 do real decreto de alarma supón unha cesación dese dereito fundamental, o que traería consigo que fose inconstitucional, sendo só posible adaptala mediante a súa suspensión, declarando o estado de excepción. Para iso, o Tribunal Constitucional establece o sentido e o contido da liberdade deambulatoria, que supón, para os efectos constitucionais, a liberdade de circulación (incluíndo o seu despregamento e práctica) por vías e espazos de uso público con independencia duns fins que só o titular do dereito pode determinar, e sen necesidade de dar razón á autoridade do porqué da súa presenza en tales vías e espazos; e isto é, engade a STC, precisamente, o que en xeral queda cancelado mediante as medidas establecidas no artigo 7-1.º, 3.º e 5.º do real decreto de alarma, xa que ese precepto formula a posibilidade de circular, no sentido indicado, non como regra, senón como excepción (emprega o verbo “poderán”); é dicir, a regra xeral é a prohibición de circular, e non a liberdade de facelo. Por todo iso, decláranse inconstitucionais os ditos parágrafos dese artigo.

Ademais, os mesmos parágrafos considéranse tamén inconstitucionais, cos mesmos argumentos, por afectar ao dereito fundamental a elixir libremente a propia residencia (art. 19-1.º, parágrafo primeiro-CE).

Non obstante, a STC entende que o artigo 7 do real decreto do estado de alarma non afecta, suspendéndoo, ao dereito de reunión e manifestación, non declarándoo inconstitucional, xa que as limitacións que se realizan o son por razóns sanitarias, seguindo o establecido no auto TC 40/2020, do 30 de abril, e que tampouco afecta ás reunións de partidos políticos, sindicatos ou organizacións empresariais, posto que ese precepto permite desenvolver actividades análogas ás sinaladas.

En relación co artigo 9 do real decreto do estado de alarma, relativo a “*Medidas de contención no ámbito educativo e da formación*”, a STC (FX n. 8) entende que non é inconstitucional, pois algunhas desas medidas poderíanse adoptar coa lexislación sanitaria ordinaria.

Seguidamente, o Tribunal Constitucional (FX n. 9) analiza a constitucionalidade do artigo 10 do real decreto do estado de alarma, relativo a “*Medidas de contención no ámbito da actividade comercial, equipamentos culturais, establecementos e actividades recreativas, actividades de hostalaría e restauración, e outras adicionais*”, pola súa incidencia na liberdade de empresa (art. 38-CE), e en particular a remisión que o parágrafo 6.º dese precepto fai ao Ministerio de Sanidade para modificar e ampliar as medidas, lugares, establecementos e actividades sinaladas, e o seu alcance e ámbito territorial, posibilidade que se declara inconstitucional, pois debe facela o Consello de Ministros e non o ministro.

Finalmente, o Tribunal Constitucional (FX n. 10) analiza o artigo 11 do Real decreto do estado de alarma, relativo a “*medidas de contención en relación cos lugares de culto e coas cerimonias civís e relixiosas*”, e determina que non é inconstitucional, xa que a liberdade relixiosa e de culto (art. 16-CE) ten como límite constitucional o mantemento da orde pública protexida pola lei, na que se debe integrar a salvagarda da saúde pública, e ademais son medidas que non impiden o exercicio desa liberdade, senón que condicionan esa liberdade, pero non impiden o seu exercicio.

Por todo iso, a STC 148/2021, do 14 de xullo, declara inconstitucionais e nulos os parágrafos 1.º, 3.º e 5.º do artigo 7 do real decreto do estado de alarma, e os termos “*modificar, ampliar ou*” do artigo 10 do mesmo real decreto.

A STC é bastante transcendental ao declarar a inconstitucionalidade da medida máis importante do estado de alarma declarado en marzo de 2020 (o confinamento xeral de toda a poboación española); a medida xurídico-administrativa de máis transcendencia adoptada na historia de España polo Goberno da nación foi considerada inconstitucional de forma contundente, sen paliativos, e iso nunha situación moi complicada e con moitas presións sobre o Tribunal Constitucional, e outras anomalías realmente sorprendentes⁴⁹, o cal, polo menos, implica unha responsabilidade

⁴⁹ Realmente sorprendentes foron as referencias de certos cargos públicos e medios de comunicación ao feito de que a sentenza fose adoptada por seis maxistrados e contase con cinco votos particulares, cuestión que institucionalmente non ten demasiada importancia: a sentenza foi adoptada polo Tribunal Constitucional, e ten o mesmo valor que outras adoptadas por un número distinto de maxistrados; a lexitimidade do tribunal non se pode pór en dúbida por esta circunstancia. Pero de maior gravidade son as declaracións dalgúns ministros en contra da sentenza, como, por exemplo, a ministra de De-

política do Goberno da nación por adoptar esta medida sen aterse á Constitución española. Pero esta sentenza non sería a última que emendase constitucionalmente as decisións gobernamentais sobre os estados de alarma.

5 A Sentenza do Tribunal Constitucional 168/2021, do 5 de outubro, que concede amparo polo peche do Congreso dos Deputados durante o estado de alarma de marzo de 2020

Despois de declarado o estado de alarma, varios deputados do Grupo Parlamentario Vox presentaron (o 11 de maio de 2020) un recurso de amparo contra a decisión da Mesa do Congreso dos Deputados do 19 de marzo que acordou o peche da Cámara, formalmente a suspensión do cómputo dos prazos regulamentarios que afectaban ás iniciativas que se atopasen en tramitación na citada Cámara ata que a Mesa levantase esa suspensión, así como dos prazos administrativos e de prescrición e caducidade dos procedementos administrativos do Congreso dos Deputados (*Boletín Oficial de las Cortes Generales* n. 57, do 24 de marzo de 2020), peche que foi levantado con efectos do 13 de abril (*Boletín Oficial de las Cortes Generales* n. 64, do 13 de abril de 2020).

A Sentenza do Tribunal Constitucional 168/2021, do 5 de outubro, con varios votos particulares, concedeu o amparo solicitado polos deputados referidos, subliñando con énfase que nin a declaración do estado de alarma nin a dos estados de excepción e de sitio, conforme coa CE e a LOEAS, como é sabido, non pode en ningún caso interromper o funcionamento de ningún dos poderes constitucionais do Estado e, de modo particular, o Congreso dos Deputados, constatando que, neste sentido, a decisión da Mesa, que se impugna, fixo cesar temporalmente a tramitación das iniciativas parlamentarias dos recorrentes, lesionando o seu dereito á participación política (art. 23-2.º-CE), recalcando que “*no estado de alarma, o exercicio do dereito de participación política dos deputados debe estar, en todo caso, garantido e, de xeito especial, a función de controlar e, se é o caso, exixirle ao Goberno a responsabilidade política que procedese*” (FX n. 3 e 5).

En relación coa finalidade do acordo da Mesa do Congreso, impugnado, de preservar a saúde dos deputados e do persoal da Cámara, a STC (FX n. 3 e 5) sinala que, “*aínda que é conforme coa Constitución este obxectivo de preservar a vida e a saúde dos propios parlamentarios e do persoal do Congreso, a decisión de suspender o cómputo dos*

fensa, quen afirmou que a sentenza entraba en “*elucubraciones doctrinais*”, a ministra de Xustiza, nada menos, e a ministra de Asuntos Sociais. Acceso web: https://www.abc.es/espana/abci-margarita-robles-tacha-elucubraciones-doctrinales-sentencia-sobre-estado-alarma-202107151703_noticia.html (decembro de 2021). Pero moito máis preocupantes foron as expresións do maxistrado Conde-Pumpido no seu voto particular á sentenza, posición verdadeiramente pouco adecuada polo dano institucional que causou ao tribunal, aínda que uns días despois de coñecerse o seu texto emitiu o propio Tribunal Constitucional unha nota informativa (TC, n. 75/2021, do 20 de xullo) na que lamentaba as expresións desafortunadas empregadas (considerou os seus compañeiros do tribunal como “*leigos*” e “*xuristas de salón*”, e sinalou que a sentenza empregaba un “*atallo argumental*”) e pedía desculpas polas molestias causadas aos “*compañeiros da maioría*” (NOTA INFORMATIVA N. 75-2021.pdf. Acceso web: tribunalconstitucional.es), e despois eliminou tales expresións do seu voto particular, ao ser publicado. Véxase ZARZALEJOS, J.A., “Conde-Pumpido, el Gobierno y cómo reventar el Constitucional”, *El Confidencial*, 27 de xullo de 2021. Acceso web: elconfidencial.com (decembro de 2021).

prazos da tramitación de toda clase de iniciativas parlamentarias, sen excepción ningunha, e sen ter establecido unha marxe temporal de duración... /..., resulta contrario a unha das funcións máis caracterizadas do traballo parlamentario como é a do control político do Goberno e, respecto do Congreso dos Deputados, tamén da exixencia de responsabilidade política”.

Finalmente, en relación coa curta duración do peche (desde o 19 de marzo ao 13 de abril), sendo polo tanto de menor transcendencia⁵⁰, a STC (FX n. 5) afirma que “... non é tanto a duración da suspensión acordada canto máis o propio acordo de suspender a tramitación das iniciativas parlamentarias dos membros da Cámara, porque tal decisión leva consigo en si mesma un desapoderamento da función que a Constitución lle conferiu ao Congreso dos Deputados, como é a do control do Executivo; función constitucional de control que debe ser exercitada coa máxima intensidade durante un estado excepcional, como neste caso o estado de alarma, para garantir dese xeito os dereitos dos cidadáns e o propio estado de dereito”.

6 A inconstitucionalidade do mal chamado “proceso de cogobernanza” e da prórroga do estado de alarma de outubro de 2020: a STC 183/2021, do 27 de outubro

Unha das cuestións que máis chaman a atención, e contraria ao ordenamento constitucional, do estado de alarma de outubro de 2020 foi, como sinalamos, esa especie de “federalización” do estado de alarma que se implantou co mal denominado “proceso de cogobernanza”, mediante o cal o Goberno da nación se desentendeu da xestión xurídico-administrativa da loita contra a epidemia e lles remitiu a responsabilidade desta ás comunidades e cidades autónomas.

A STC 183/2021, do 27 de outubro (FX n. 10), confirma a inconstitucionalidade dese proceso de xeito rotundo ao afirmar que esta decisión do Goberno da nación, ao declarar o estado de alarma, avalada pola autorización do Congreso dos Deputados, contravén o disposto na Constitución española e na Lei orgánica dos estados de alarma, excepción e sitio de 1981, “legalidade que obriga a todos e moi en particular aos órganos aos que a Constitución confía a declaración inicial e a eventual prórroga do estado de alarma, isto é, ao Goberno e ao Congreso dos Deputados (art. 116.2)”⁵⁰; ademais, con claridade, confirma que “nin dos traballos parlamentarios que precederon á aprobación da LOEAE, nin tampouco do texto do artigo 7 da dita lei orgánica é posible, sen entrar en contradición con aquel, a delegación efectuada”.

Ademais, os seus efectos xurídicos tampouco eran conciliables coas relacións institucionais (Goberno/comunidades autónomas); de feito, a STC (FX n. 10) afirma que “se descoñeceu, tamén, o que é de esencia á posición institucional do Congreso e do Goberno, e ás relacións entre ambos os dous órganos, con ocasión e durante a vixencia dun estado de alarma e a súa prórroga”, xa que o Goberno da nación acordou inicialmente

⁵⁰ Este argumento utilizouse nos escritos contrarios ao recurso de amparo e, politicamente, nada menos que pola presidenta do Congreso dos Deputados, Sra. Batet, con pouco sentido institucional. Acceso web: <https://www.rtve.es/noticias/20211005/constitucional-suspension-actividade-parlamentaria-pandemia/2180701.shtml>.

a delegación sen reserva ningunha de instrucións, supervisión efectiva e eventual avocación do propio Goberno e, con ocasión de autorizar a prórroga, tampouco o Congreso dos Deputados obxectou aquela delegación *in genere* e sen establecer criterios relativos ao que as autoridades delegadas puidesen actuar nos seus respectivos territorios, debido ao cal, o Congreso quedou privado, primeiro, e desapoderouse, despois, da súa potestade para fiscalizar e supervisar a actuación das autoridades gubernativas durante a prórroga de seis meses. A sentenza subliña (FX n. 10) que “[q]uedou así cancelado o réxime de control que, en garantía dos dereitos de todos, lle corresponde ao Congreso dos Deputados baixo o estado de alarma. Control parlamentario que está ao servizo, tamén, da formación dunha opinión pública activa e vixiante e que non pode de ningún xeito eludirse durante un estado constitucional en crise”.

Conforme a doutrina anterior, a STC declara a inconstitucionalidade das frases e apartados do Real decreto do estado de alarma de outubro que fan referencia a esa cuestión da delegación do Goberno da nación nas comunidades e cidades autónomas.

En segundo lugar, outra das decisións máis polémicas adoptadas no estado de alarma de outubro de 2020 foi a prórroga deste, pola súa duración (ata o 9 de maio de 2021) e pola falta de control parlamentario das actuacións polo Congreso dos Deputados. Pois ben, a STC (FX n. 8 e 9) así mesmo declara a inconstitucionalidade da prórroga do estado de alarma sinalando que “a determinación temporal daquela prórroga de seis meses se realizou dun modo por enteiro inconsistente co sentido constitucional que é propio do acto de autorización e sen coherencia ningunha, mesmo, coas razóns que o Goberno fixo valer para instar a prórroga finalmente concedida”, polo que non pode cualificarse de razoable ou fundada a fixación da duración dunha prórroga por tempo de seis meses que o Congreso estableceu sen certeza ningunha acerca de que medidas ían ser aplicadas, cando ían ser aplicadas e por canto tempo serían efectivas nunhas partes ou outras de todo o territorio nacional ao que o estado de alarma se estendeu. Ademais, engade a STC, a prórroga foi autorizada cando as medidas limitativas de dereitos incluídos na solicitude non ían ser aplicadas inmediatamente polo Goberno da nación, pois supeditábase a súa posta en práctica a que os presidentes das comunidades e cidades autónomas así o decidisen, polo que aquela autorización se deu sen saber que medidas se ían aplicar para combater a pandemia. Por iso, conclúe, o que merece censura constitucional non é a duración da prórroga, por si soa e sen máis, senón o carácter non razoable ou infundado, visto o acordo adoptado polo Congreso dos Deputados, da decisión pola que se fixou o prazo referido.

Por outra banda, o Tribunal Constitucional considera, neste punto, que a existencia constitucional do establecemento dun prazo certo para a prórroga quedou desvirtuada neste caso polo Congreso dos Deputados, que fixo propio, de xeito automático, o proposto polo Goberno da nación nunha solicitude que non viña conectada á aplicación dunhas medidas que fosen rexer durante ese período, e, ademais, o control exixible ao Congreso sobre a solicitude de autorización cursada polo Goberno, nin se estendeu a que medidas eran aplicables nin tampouco á correspondencia que deba existir entre o período de prórroga de seis meses autorizado e as medidas que se deberían aplicar.

Por todo iso, a STC declara inconstitucionais as referencias do Real decreto de alarma de outubro, e as súas modificacións e acordos parlamentarios referidos á prórroga deste.

Finalmente, o Tribunal Constitucional avala a constitucionalidade dalgunhas medidas concretas do estado de alarma de outubro de 2020. Así, en primeiro lugar, en relación coa limitación da liberdade de circulación de persoas en horario nocturno durante o estado de alarma, a STC (FX n. 4) entende que esta *“debe reputarse como unha medida adecuada para combater aquela evolución negativa da pandemia, posto que se fixo fronte a unha situación de risco que fora detectada como favorecedora dos contaxios, a dos encontros sociais producidos naquelas horas da noite do tempo anterior ao estado de alarma”*, e, ademais, considérase que *“é proporcionada á consecución dun fin constitucionalmente lexítimo e de interese xeral para a comunidade social como era o da preservación da vida”*. Neste sentido, a STC expresa as diferenzas que apreciou entre o confinamento xeral acordado durante o estado de alarma de marzo (STC 148/2021, do 14 de xullo) e o acordado en outubro, limitado tan só a horas da noite, de menor actividade social e laboral, polo que considera que, neste caso, houbo tan só limitación e non suspensión do exercicio do dereito.

En segundo lugar, o Tribunal Constitucional (FX n. 5) tamén avala a constitucionalidade da limitación de entrada e saída de persoas en comunidades e cidades autónomas, ou en ámbitos territoriais inferiores, subliñando, igualmente, as diferenzas existentes entre a situación do estado de alarma de marzo respecto deste, polas mesmas razóns mencionadas. A sentenza destaca que esa medida superou o test de proporcionalidade, xa que *“resultou axeitada porque era apta para dar cumprimento a unha finalidade lexítima como era a de reducir substancialmente a mobilidade do virus”* e *“necesaria para facer fronte ás constatadas mutacións do virus e á súa crecente propagación, como tamén ao previsible incremento da presión asistencial e hospitalaria”*.

Así mesmo, en terceiro lugar, en relación coa limitación da permanencia de grupos de persoas en espazos públicos e privados e en lugares de culto, a STC (FX n. 6 e 7) considera tales limitacións como medidas necesarias e adecuadas cos mesmos argumentos citados.

Certamente, as declaracións de inconstitucionalidade do mal chamado “proceso de cogobernanza” e da prórroga do estado de alarma teñen unha transcendencia fundamental, pois supoñen unha desautorización constitucional, en toda regra, do realizado na loita contra a epidemia polo Goberno da nación desde o punto de vista xurídico-constitucional e administrativo, e iso a pesar de que se substancien ou non procedementos e procesos de exixencia de responsabilidade patrimonial.

Non obstante, esta tripla descualificación constitucional das actuacións xurídicas do estado de alarma non trouxo consigo a intención polo Goberno da nación de elaborar unha lexislación contra a pandemia, nova ou modificando a lexislación actual, e remitírllela ás Cortes Xerais, para dar seguridade xurídica nas actuacións que aínda se deben adoptar na loita contra a *quinta onda* da pandemia (cuxo pico de incidencia acumulada foi de 702 casos por cen mil habitantes a 14 días o 27 de xullo de 2021) e a que parece ser a recentemente iniciada *sexta onda* (a anterior *onda* baixou a 40 casos

Regap

ESTUDIOS

o 15 de outubro pasado, e a partir de entón comezou a subir ata os 199 casos o 30 de novembro)⁵¹, e por riba con variantes da COVID-19 novas.

Ademais, no día a día da loita contra a COVID-19, a finais de novembro de 2021, continúa a desorganización, a desorde e, ás veces, a ineficacia das medidas que se adoptan, ao reflectirse que non se adoptan medidas homoxéneas para toda España, xa que, malia a desautorización constitucional do mal chamado “modelo de cogobernanza”, segue implantado, cuns tribunais (e especialmente o Tribunal Supremo) con funcións que en puridade non lle corresponden e cunha cada vez máis perplexa sociedade pola falta de normas e medidas máis axeitadas para a complexa e grave situación actual.

BIBLIOGRAFÍA

- ALISTE SANTOS, T.J., “Limitando a Leviatán. La hora del Tribunal Constitucional para garantizar la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el escenario pandémico de la Covid-19”, *Diario La Ley*, n. 9872, 16 de xuño de 2021.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, Madrid, 1996.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 55, 2020.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19 (Estudios jurídicos)*, Iustel, Madrid, 2021.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., “Un nuevo capítulo en el desconcierto jurídico de la lucha contra la pandemia de Covid-19: ¿la rebelión de los jueces?”, *Foro de Investigación CSYJ, Universidad de Extremadura*, 10 de maio de 2021. Acceso web: forocsyj.com.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La ratificación judicial de las medidas sanitarias de carácter general: su configuración jurisprudencial y sus problemas constitucionales (A propósito de la Sentencia núm. 719/2021, de 24 de mayo, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo)”, *Diario del Derecho-Iustel*, 27 de maio de 2021.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La normativa habilitante para dictar medidas sanitarias generales limitativas de derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Diario del Derecho-Iustel*, 7 de xuño de 2021.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La ratificación judicial de las medidas sanitarias de carácter general: su configuración jurisprudencial y sus problemas constitucionales”, *Foro de Investigación CSYJ-Universidad de Extremadura*, 8 de xuño de 2021. Acceso web: forocsyj.com (diciembre de 2021).
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La normativa habilitante para dictar medidas sanitarias generales limitativas de derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal

⁵¹ Tómanse os datos do enlace: El coronavirus: gráficos, mapas y datos del COVID-19 - RTVE.es.

- Supremo”, *Foro de Investigación CSYJ, Universidad de Extremadura*, 8 de junio de 2021. Acceso web: forocsyj.com (diciembre de 2021).
- ÁLVAREZ GARCÍA, V. e ARIAS APARICIO, F., “El derecho ante situaciones de crisis: apuntes esenciales sobre cómo se ha procedido para hacer frente a la pandemia de coronavirus”, *Revista Administración & Ciudadanía (EGAP)*, n. 2, 2020. <https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4676>.
- ARAGÓN REYES, M., “Covid-19 y Estado Autonómico”, Tudela Aranda, J. (coord.), *Estado Autonómico y Covid-19*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0204>.
- ARAGÓN REYES, M., “¿Alarma o excepción?”, diario *El País*, 6 de julio de 2021.
- ARAGÓN REYES, M., “El Tribunal Constitucional cumplió”, diario *El País*, 4 de agosto de 2021.
- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, *Ámbitos de la Seguridad Nacional: Seguridad frente a Pandemias y Epidemias*, Lozano Miralles, J. e Carazo Liébana, M.^{aj}. (selección y ordenación), Madrid, 2021. Acceso web: https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=406_Ambitos_de_la_Seguridad_Nacional_Seguridad_frente_a_Pandemias_y_Epidemias&tipo=C&modo=2 (diciembre de 2021).
- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, *COVID-19. Derecho Autonómico*, Marinero Peral, Á.M.^a (ed.), Madrid, 2021. Acceso web: https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=396_COVID-19_Derecho_Autonomico&tipo=C&modo=1 (diciembre de 2021).
- CAMPO, J.C., “La buena noticia del fin del estado de alarma”, diario *El País*, 10 de mayo de 2021.
- CARBONERO REDONDO, J.J., “De la Ley... ¿a la Ley? ¿Involucionando hacia un Estado sin Derecho? Apuntes de urgencia sobre los decretos reguladores del segundo Estado de Alarma: la fundación de un derecho ‘confederal’ de excepción”, *Diario La Ley*, n. 9749, 4 de diciembre de 2020.
- CARDONA FERNÁNDEZ, A.M.^a, “Finalización del Estado de Alarma ¿Y ahora con qué marco regulador nos encontraremos?”, *Diario La Ley*, n. 9850, 14 de mayo de 2021.
- CARMONA CONTRERAS, A., “Mejor prorrogar la alarma que la incertidumbre”, diario *El País*, 13 de mayo de 2021.
- CONSELLO INTERTERRITORIAL DO SISTEMA NACIONAL DE SAÚDE, *Estrategia de vacunación frente a COVID-19 en España*, Madrid, 2 de diciembre de 2020.
- DEL CARPIO FIESTAS, V. e PÉREZ SÁNCHEZ, G., “La estrategia de vacunación del coronavirus: la nada jurídica para luchar contra la pandemia”, *Blog Rayas en el Agua*, 23 de xaneiro de 2021. Acceso web: <https://elotroblogdeveronicadelcarpio.com/> (diciembre de 2021).
- FERNANDES ROMERO, I., “Patologías del Decreto-Ley durante la crisis sanitaria generada por la Covid-19”, *Diario La Ley*, n. 9888, 9 de xullo de 2021.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., “El Real decreto 926/2020, de 25 de octubre: del estado de alarma de Madrid y el desbarajuste jurídico-administrativo de las medidas contra el coronavirus a otro estado de alarma, con prórroga, ..., de

Regap

ESTUDIOS

- nuevo con problemas constitucionales”, *Diario La Ley (Grupo Wolters Kluwer)*, n. 9741, do 23 de novembro de 2020.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Los estados de alarma por el COVID-19* (Prólogo de Ángel Sánchez Blanco), Ratio Legis, Salamanca, 2021.
- GONZÁLEZ GRANDA, P., “Sobre el control del interés casacional en el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, n. 9865, 7 de xuño de 2021.
- LOZANO CUTANDA, B., “Real decreto-ley 8/2021: la reforma del recurso de casación que ahonda en un ‘Estado de gobierno judicial’ y socava el principio de responsabilidad patrimonial”, *Diario La Ley*, n. 9850, 14 de maio de 2021.
- PALOMAR OLMEDA, A., “Las medidas sanitarias y la actuación judicial: la nueva modalidad del recurso de casación contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, n. 9852, 18 de maio de 2021.
- SÁNCHEZ BLANCO, Á., *Cauces sociales para la democracia. Reforma del Estado y consolidación de la Constitución de 1978*, Thomson Reuters-Aranzadi, Universidade de Málaga (Facultade de Dereito-Dpto. de Dereito Público), Cizur Menor, 2020.
- SÁNCHEZ BLANCO, Á., “Las disfunciones generadas por las comunidades autónomas. Alternativa correctora”, *Cauces sociales para la democracia. Reforma del Estado y consolidación de la Constitución de 1978*, Thomson Reuters-Aranzadi, Universidade de Málaga (Facultade de Dereito-Dpto. de Dereito Público), Cizur Menor, 2020.
- SORIANO, J.E., “Crónica de una sentencia imprescindible”, *Blog Almendron.com-Revista de prensa*, 5 de agosto de 2021. Acceso web: almendron.com (decembro de 2021).
- TAJADURA TEJADA, J., “El Estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 120, 2021. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.04>.
- TAJADURA TEJADA, J., “Sin legalidad no hay libertad”, diario *El País*, 29 de abril de 2021.
- ZARZALEJOS, J.A., “Conde-Pumpido, el Gobierno y cómo reventar el Constitucional”, *El Confidencial*, 27 de xullo de 2021. Acceso web: elconfidencial.com (decembro de 2021).

Regap

Comentarios e crónicas

2



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_xullo-decembro 2021 | pp. 177-202
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4819>
© Xosé Antón Sarmiento Méndez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 21/07/2021 | Aceptado: 16/12/2021

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

A centralidade parlamentaria nas decisións en tempos de pandemia: Comentario sobre a competencia autonómica na aprobación da Lei 8/2021, do 25 de febreiro, de modificación da Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia¹

La centralidad parlamentaria en las decisiones en tiempos de pandemia: Comentario sobre la competencia autonómica en la aprobación de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia

Parliamentary centrality in decisions in times of pandemic: Commentary on regional competence when passing Law 8/2021 of 25 February, amending Law 8/2008 of 10 July, on health in Galicia

XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ
Profesor asociado de Dereito Administrativo
Universidade de Santiago de Compostela

<https://orcid.org/0000-0003-4533-0233>

xa.sarmiento@usc.es /
xose.anton.sarmiento.mendez@parlamentodegalicia.gal

62 Regap

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

¹ Este comentario bebe nas fontes do traballo da letrada do Parlamento de Galicia e do relatorio da lei Purificación López Gómez, a quen lle agradezo a súa entrega e apoio permanente na asistencia xurídica á Comisión de Sanidade da Cámara.

Resumo: A pandemia supuxo unha asunción de poderes por parte dos gobernos e nos Estados territorialmente descentralizados tamén a atribución de competencias aos suxeitos do poder central. Este comentario reflexiona sobre as razóns xurídicas que apoian unha lei galega que limita a actuación do Executivo autonómico e o somete aos límites da legalidade aprobada polo Parlamento de Galicia ao tempo que reivindica a titularidade da competencia para Galicia en materia sanitaria.

Palabras clave: Pandemia, sanidade, legalidade, Administración, Parlamento.

Resumen: La pandemia ha supuesto una asunción de poderes por parte de los gobiernos y en los Estados territorialmente descentralizados también la atribución de competencias a los sujetos del poder central. Este comentario reflexiona sobre las razones jurídicas que apoyan una ley gallega que limita la actuación del Ejecutivo autonómico y lo somete a los límites de la legalidad aprobada por el Parlamento de Galicia al tiempo que reivindica la titularidad de la competencia para Galicia en materia sanitaria.

Palabras clave: Pandemia, sanidad, legalidad, Administración, Parlamento.

Abstract: The pandemic has led to an assumption of powers by governments and in territorially decentralized states also the attribution of powers to subjects of central power. This comment reflects on the legal reasons that support a Galician law that limits the performance of the regional Executive and subjects it to the limits of the legality approved by the Galician Parliament while claiming ownership of the competence for Galicia in health matters.

Key words: Pandemic, health, legality, Administration, Parliament.

SUMARIO: 1 Introducción: a competencia autonómica e o seu desenvolvemento na Lei 8/2021, do 25 de febreiro, de modificación da Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia. 2 Unha referencia á coordinación en materia sanitaria como título competencial estatal. 3 Que alcance ten a reserva de lei orgánica no ámbito das medidas preventivas en materia de saúde pública? 4 A colaboración internormativa para un correcto entendemento do Estado autonómico. 5 A técnica normativa da nova redacción do artigo 38 da Lei galega.

1 **Introdución: a competencia autonómica e o seu desenvolvemento na Lei 8/2021, do 25 de febreiro, de modificación da Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia**

A Constitución española de 1978 establece nun primeiro momento as competencias asumibles polas comunidades autónomas e as que denomina exclusivas do Estado, que, no ámbito sanitario, se concretaron en sanidade exterior, bases e coordinación xeral da sanidade e lexislación sobre produtos farmacéuticos. En sanidade exterior, a necesaria colaboración entre a Administración estatal e as administracións autonómicas está prevista na Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade (LXS), e disposicións de desenvolvemento. En relación coa lexislación sobre *produtos farmacéuticos*, a lei do medicamento recolle esta materia como competencia exclusiva do Estado, sendo competencia autonómica a execución da lexislación. No referido ás bases da sanidade, é competencia do Estado o establecemento de normas que fixen as condicións e os requisitos mínimos para unha igualación básica de condicións no funcionamento dos servizos públicos. A LXS relaciona as actuacións que lle corresponden ao Estado, sen menoscabo das competencias das comunidades autónomas.

Por último, a coordinación da sanidade debe ser entendida como a fixación de medios e de sistemas de relación que fagan posible a información recíproca, a homoxeneidade técnica en certos aspectos e a denominada acción conxunta de autoridades sanitarias do Estado central e dos poderes territoriais autonómicos no exercicio das súas correspondentes competencias, de xeito que se poida acadar a necesaria integración das súas políticas públicas na totalidade dun sistema sanitario. Como indica Muñoz Machado², a elección dun modelo sanitario actúa como elemento esencial da competencia do Estado sobre as bases. Esta reserva efectúase co fin de constituír un “sistema sanitario de alcance nacional”. Por outra banda, a pandemia sanitaria impactou de cheo no sistema constitucional español, producindo cambios de exercicio de competencias que se manifestan en todos os planos, entre eles sinaladamente o sanitario³. Neste marco normativo xeral, o Goberno impugnou o apartado 5 do artigo único da Lei 8/2021, do 25 de febreiro, de modificación da Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia, en canto á nova redacción do artigo 38.2 da lei modificada⁴, no que se establece a seguinte regulación:

«Artigo 38. Medidas preventivas en materia de saúde pública (...)

2. Así mesmo, de acordo co disposto na Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública, co obxecto de protexer a saúde pública e previr a súa perda ou deterioración, as autoridades sanitarias autonómicas, dentro do ámbito das súas competencias, cando así o exixisen razóns sanitarias de urxencia ou necesidade:

a) Poderán adoptar medidas preventivas de recoñecemento, tratamento, hospitalización ou control cando se aprecien indicios racionais que permitan supor a existencia de perigo para a saúde da poboación debido á situación sanitaria concreta dunha persoa ou grupo de persoas ou polas condicións sanitarias en que se desenvolva unha actividade.

² MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995. Tamén se recolle esta idea na xurisprudencia que estudei en: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., *O Estatuto de Galicia: 20 anos de parlamento e xustiza constitucionais*, Edicións Xerais de Galicia, Vigo, 2003.

³ Como sinalou BELLIDO ASPAS, «A pandemia COVID-19 irrompeu bruscamente e os seus efectos fixéronse sentir desde o primeiro momento pola gran mobilidade e interrelación social que caracterizan a sociedade actual. A necesidade imperiosa de reducir os contactos sociais e adoptar férreas medidas preventivas para evitar a propagación do virus afectou á gran maioría das actividades profesionais, servizos públicos e administracións...» (BELLIDO ASPAS, M., “La pandemia Covid-19 como elemento acelerador de la modernización de la justicia española”, *elderecho.com Noticias jurídicas y actualidad*, 21/06/2021. Acceso web: https://elderecho.com/la-pandemia-covid-19-como-elemento-acelerador-de-la-modernizacion-de-la-justicia-espanola?utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_campaign=20210621_Nwl, xullo de 2021). Para os seus efectos políticos e institucionais en Galicia, pode consultarse o meu traballo: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “Covid-19. Una visión desde el Parlamento de Galicia y su administración electoral”, *Corts. Anuari de dret parlamentari*, n. 34, maio 2021, pp. 225-254.

⁴ Na liña apuntada por DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, de desenvolvemento das bases sanitarias ou comercio interior, «a norma autonómica que neste caso inclúe o desenvolvemento das bases foi aprobada na sesión plenaria do 23 de febreiro de 2021 e publicada no *Diario Oficial de Galicia* número 39, do 26 de febreiro de 2021» (DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “Estado autonómico y lucha contra la pandemia”, Biglino Campos, M.P. e Durán Alba, J.F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 67). Posteriormente foi presentado por 50 deputados do grupo parlamentario Vox recurso de inconstitucionalidade n. 2901-2021 (contra o artigo único, apartado cinco, da L 8/2021, do 25 feb., de modificación da L 8/2008, do 10 xullo, de saúde de Galicia) BOE do 30 de xuño de 2021.

b) Co fin de controlar as enfermidades transmisibles, ademais de realizar as accións preventivas xerais e da posible adopción das medidas preventivas previstas no número 1 deste precepto, poderán adoptar as medidas oportunas para o control das persoas enfermas, das persoas que estean ou tivesen estado en contacto con elas e do ambiente inmediato, así como as que se estimen necesarias en caso de risco de carácter transmisible. En particular, poderán adoptarse as seguintes medidas preventivas:

1.ª) Medidas de control das persoas enfermas, cando fose procedente, como o illamento en domicilio, o internamento en centro hospitalario ou o illamento ou internamento noutro lugar axeitado para tal fin⁵.

2.ª) Sometemento das persoas enfermas a tratamento axeitado.

3.ª) Medidas de control das persoas que estean ou estivesen en contacto coas persoas enfermas, como o sometemento a unha corentena no domicilio ou noutro lugar axeitado para tal fin. Para estes efectos, entenderase por corentena a restrición das actividades e a separación, das demais persoas que non están enfermas, dunha persoa respecto á cal poida terse razoablemente a sospeita de que estivo ou puidese estar exposta a un risco para a saúde pública e sexa unha posible fonte de propagación adicional de enfermidades, de acordo cos principios científicos, as probas científicas ou a información dispoñible⁶.

4.ª) Sometemento a observación ou a medidas de vixilancia do estado de saúde, a exame médico ou a probas diagnósticas de persoas que presenten síntomas compatibles coa enfermidade transmisible de que se trate ou de persoas respecto ás cales existan outros indicios obxectivos de que poidan supor un risco de transmisión da enfermidade. A observación, o exame ou as probas serán o menos intrusivos ou invasivos posible para permitir lograr o obxectivo de saúde pública consistente en previr ou conter a propagación da enfermidade.

5.ª) Sometemento a medidas profilácticas de prevención da enfermidade, incluída a vacinación ou inmunización, con información, en todo caso, dos posibles riscos relacionados coa adopción ou non adopción destas medidas.

⁵ Como pode observarse, o lexislador galego limita a actuación do Goberno e a Administración da Xunta cando taxativamente establece os límites e garantías mediante os que se aplican na nosa comunidade autónoma as medidas establecidas con carácter xeral polas Cortes Xerais mediante lei orgánica. É necesario que as medidas se adopten para o control de persoas enfermas só en casos procedentes e exclusivamente en lugares axeitados para ese fin. Este marco limitativo da potestade administrativa vese completado, pois a lei di que só poderá adoptarse co obxecto de protexer a saúde pública e previr a súa perda ou deterioración, que soamente poderán facelo as autoridades sanitarias autonómicas, dentro do ámbito das súas competencias, e ademais cando así o exixisen razóns sanitarias de urxencia ou necesidade. Así pois, as limitacións que poderán contrastar os tribunais en aplicación do artigo 106.1 da Constitución son moi tuitivas dos dereitos dos galegos.

⁶ PRESNO LINERA entende, para o caso dos menores confinados contra a súa vontade en Mallorca a finais de xuño de 2021, que cómpre unha resolución xudicial de xeito semellante ao caso acontecido co primeiro confinamento en Tenerife en febreiro de 2020. Acceso web: <https://twitter.com/PresnoLinera/status/1409759851014729728> (xullo de 2021). En sentido moi semellante, o auto do 5 de xullo de 2020 do Xulgado de Instrución n. 1 de Albacete.

6.⁴⁾ *Medidas de control do contorno inmediato das persoas enfermas ou das persoas que estean ou estivesen en contacto con elas, así como das zonas afectadas. Para estes efectos, entenderase por zona afectada aqueles lugares xeográficos nos cales sexan necesarias medidas sanitarias de control da propagación da enfermidade. A determinación da zona afectada efectuarase de acordo cos principios de precaución e proporcionalidade, procurando, sempre que resulte posible e eficaz, actuar o antes posible ou con maior intensidade ou medida sobre as zonas concretas en que se produce a maior afección, para evitarlle prexuízos innecesarios ao resto da poboación*⁷.

7.⁴⁾ *Aqueloutras medidas sanitarias xustificadas e necesarias que, de acordo cos riscos e circunstancias en cada caso concorrentes, se estimen axeitadas para impedir ou controlar a propagación da enfermidade, en función do estado da ciencia e do coñecemento existente en cada momento, sempre con suxeición aos criterios e principios establecidos nesta lei e, en particular, de acordo co principio de proporcionalidade*⁸.

Unha primeira aproximación á norma autonómica leva a concluír que se aproba co obxecto de tutela a saúde pública en situacións de risco, cando así o exixan razóns sanitarias de urxencia ou necesidade e con escrupuloso respecto á normativa aplicable, conforme a lexislación sanitaria estatal, de rango orgánico e ordinaria, establecendo para iso un marco normativo a prol de seguridade xurídica, entendida, en palabras do propio Tribunal Constitucional, como a certeza sobre o ordenamento xurídico aplicable e os intereses xuridicamente tutelados (STC 15/1986, FX 1), a expectativa razoablemente fundada do cidadán en cal debe ser a actuación do poder na aplicación do dereito (STC 36/1991, FX 5), a claridade do lexislador e non a confusión normativa (STC 46/1990, FX 4). Como é ben sabido, só se no ordenamento xurídico en que se

⁷ Entre outras, estas medidas poderán consistir en: i) Medidas que leven consigo a limitación ou restrición da circulación ou mobilidade das persoas dentro da zona afectada ou en determinados lugares e espazos dentro da dita zona ou en determinadas franxas horarias. ii) Medidas de control da saída da zona afectada ou de entrada nela. iii) Restricións ás agrupacións de persoas, incluídas as reunións privadas entre non conviventes, especialmente nos lugares e espazos ou con ocasión do desenvolvemento de actividades que impliquen un maior risco de propagación da enfermidade; todo iso sen prexuízo das competencias estatais en relación coas reunións en lugares de tránsito público e as manifestacións realizadas en exercicio do dereito fundamental regulado no artigo 21 da Constitución española. iv) Medidas de cribado consistentes na realización de probas diagnósticas de determinados sectores ou grupos da poboación particularmente afectados ou vulnerables. As restricións aos desprazamentos e agrupacións de persoas enumeradas anteriormente nunca poderán ser absolutas, deben expresar con claridade e precisión os desprazamentos e agrupacións que se restrinxen, actuando con preferencia sobre os desprazamentos e agrupacións por razóns meramente recreativas e de lecer. Deberán admitirse, en todo caso, aqueles desprazamentos e agrupacións que se desenvolvan por motivos esenciais ou xustificados compatibles coa protección da saúde, sen prexuízo, se é o caso, dos controis ou medidas de prevención adicionais que puidesen establecerse. Trátase de medidas que foron adoptadas xa nun primeiro momento con motivo do estado de alarma e criticadas por COTINO HUESO, L., "La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid", Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 159 e ss.

⁸ O precepto impugnado é obxecto de modificación pola Lei galega 8/2021, e intégrase dentro do capítulo III, relativo ás intervencións públicas que "garanten os dereitos e deberes da cidadanía", no título II do Sistema Público de Saúde de Galicia, coa finalidade de concretar nunha norma con rango de lei as medidas preventivas que poden adoptar as autoridades sanitarias galegas, en exercicio das súas competencias, para facer fronte aos riscos de saúde pública. Outras medidas consideradas no texto galego poden supor afección do dereito de propiedade, como estudou no ámbito comparado NEKIT, K., "Restrictions of Private Property Right in Terms of the Covid-19 Pandemic: The Experience of the US, UK and Ukraine", *The Age of Human Rights Journal*, n. 16, 2021, pp. 263-277.

insiren e tendo en conta as regras de interpretación admisibles en dereito o contido ou as omisións dun texto normativo producen confusión ou dúbidas que xeraran nos seus destinatarios unha incerteza razoablemente insuperable acerca da conduta exigible para o seu cumprimento ou sobre a previsibilidade dos seus efectos podería concluírse que a norma infrinxe o principio de seguridade xurídica (SSTC 150/1990, do 4 de outubro, FX 8; 142/1993, do 22 de abril, FX 4; e 212/1996, do 19 de decembro, FX 15; STC 104/2000, FX 7). Esta é a seguridade xurídica que debe achegar o Parlamento en momentos nos que os executivos pasaron por enriba dos fundamentos da división de poderes e debilitaron, como sinala GÓMEZ CORONA, a esencia do noso sistema constitucional⁹. O aval parlamentario a decisións antes adoptadas exclusivamente pola Administración supón unha afirmación do parlamentarismo galego, reforzado, ademais de polo pluralismo político que lle é propio e polo principio agregativo do procedemento lexislativo, polas vías de participación cidadá que no proceso de elaboración da Lei de saúde foron particularmente frutíferas e que contrastan coa unilateralidade das adoptadas polos executivos¹⁰.

É dicir, a Lei galega une a tutela da saúde pública coa concreción das medidas preventivas que cómpre adoptar se é o caso, en garantía dos dereitos e deberes da cidadanía, cando o exixan razóns sanitarias de urxencia ou necesidade e, en concreto, co fin de controlar as enfermidades transmisibles, coa seguridade xurídica correspondente. Así se recolle na propia exposición de motivos da Lei 8/2021: «en exercicio da competencia autonómica en materia de sanidade interior considerada no artigo 33 do Estatuto de autonomía de Galicia, introdúcese na Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia, as modificacións necesarias co fin de facer fronte á necesidade de contar cun marco normativo claro na materia que ofrezca a necesaria seguridade xurídica, tanto para os que deben intervir na adopción das medidas e na súa inspección, vixilancia, control e sanción como para as persoas destinatarias destas. Especial atención merece a concreción das medidas preventivas que poden adoptar as autoridades sanitarias galegas, en exercicio das súas competencias, para facer fronte a riscos de saúde pública. Dada a posible afectación que tales medidas poden ter nos dereitos e liberdades da cidadanía, procede que unha norma legal regule estas medidas, delimitando con precisión os seus contornos e os requisitos para a súa adopción, tendo en conta necesariamente o marco normativo constituído pola lexislación sanitaria e procesual». Neste sentido, como apuntou TOLOSA TRIBIÑO¹¹, o alcance do dereito á saúde *ex* artigo 43 da Constitución supón pór o acento no eminente carácter colectivo de tal dereito e, nesta liña, a Lei galega engade: «Conforme

⁹ «E a todo este escenario súmase a pandemia do coronavirus que non só puxo en xaque o noso modo de vida, senón que, ademais, está a servir para pór a proba a calidade dos nosos servizos públicos e a propia resistencia democrática das nosas institucións» (GÓMEZ CORONA, E., "La desparlamentarización del sistema político español. De parlamentarismo excesivamente racionalizado a un Parlamento diluido", *Revista de Derecho Político*, n. 111, 2021, pp. 109 e ss.).

¹⁰ Neste sentido pode consultarse RUBIO NÚÑEZ, R., MARAÑÓN MARTÍN, L. e GONZALO ROZAS, M.A., "¿Existe el lobby ciudadano? Una experiencia de participación en el Congreso de los Diputados", *Revista de las Cortes Generales*, n. 110, 2021, pp. 235-271.

¹¹ TOLOSA TRIBIÑO, C., "Problemas legales de la vacunación en España", *Diario La Ley*, n. 9784, Sección Tribuna, 2021, p. 3. Neste mesmo sentido puxen de manifesto a esencialidade dos dereitos fundamentais dentro do programa constitucional en: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A. "Las decisiones constituyentes y su revisión tras XXV años de jurisprudencia y vida constitucional", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 2, 2004, pp. 1.355-1.372.

o exposto, unha das principais finalidades desta lei é, así, concretar as medidas que, tendo en conta o disposto na lexislación sanitaria estatal, de rango orgánico e ordinario, poden adoptar as autoridades sanitarias galegas para a protección da saúde pública, así como regular os requisitos que deben cumprirse para a súa correcta adopción, con especial atención ás exixencias de motivación e de proporcionalidade»¹².

O artigo 149.1.16 da CE atribúelle a competencia exclusiva ao Estado sobre as bases e coordinación xeral da sanidade e, de acordo con iso, o Estatuto de autonomía de Galicia atribúelle á nosa comunidade autónoma a competencia de desenvolvemento lexislativo e execución da lexislación básica do Estado en materia de sanidade interior (art. 33.1). Trátase, polo tanto, dunha competencia compartida entre o Estado e a comunidade autónoma, na que se reserva ao Estado a exclusiva para fixar e regular as bases da materia, correspondéndolle á Comunidade Autónoma de Galicia a potestade de desenvolvemento da regulación básica e de execución da normativa estatal que sexa aplicable. A sanidade interior contéplase nunha dobre vertente, unha función normativa estatal de carácter básico e unha función normativa autonómica de desenvolvemento do básico. Pola súa banda, a lexislación estatal na materia está constituída pola Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública, que, xunto coa Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade; a Lei 16/2003, do 28 de maio, de cohesión e calidade do sistema nacional de saúde, e a Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública, integran o corpo normativo fundamental da acción de tutela da saúde pública a nivel estatal. No ámbito autonómico, complétase, entre outras de carácter sectorial que foron validadas polo Tribunal Constitucional¹³, pola Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia. Polo demais, a competencia en materia de sanidade foi precisada polo Tribunal Constitucional no relativo ao desenvolvemento lexislativo e execución da normativa estatal que lles compete ás comunidades autónomas¹⁴.

Como sostén o Tribunal Constitucional, a normativa básica do Estado ten os seus límites marcados pola ineludible necesidade de deixar un espazo para o desenvolvemento normativo das comunidades autónomas e non pode regular unha materia cunha exhaustividade tal que lles impida ás CC. AA. desenvolver políticas propias, debendo posibilitar a configuración das políticas propias, xa que, en efecto, non

¹² Polo demais, a controversia que nos ocupa estase a negociar no marco da Comisión Bilateral de Cooperación Administración Xeral do Estado-Comunidade Autónoma de Galicia, para tratar de alcanzar un acordo extraprocesual respecto das discrepancias manifestadas pola interposición deste recurso de inconstitucionalidade (*Boletín Oficial del Estado* n. 121, 21 de maio de 2021).

¹³ Como estudei en: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., "La ordenación farmacéutica a la luz de la STC 152/2003 de 17 de julio", *Reperitorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 3, 2003, pp. 1.891-1.904.

¹⁴ Efectivamente, é doutrina consolidada do Tribunal Constitucional que a finalidade da normativa básica é atribuírle ao Estado a potestade de instaurar "un común denominador normativo para asegurar a unidade fundamental" en todo o territorio estatal, un "mínimo común denominador normativo" para todas as comunidades autónomas porque a natureza da materia de que se trata así o exige (STC 1/1982); ou ben a regulación dun núcleo de interese xeral, "marco dunha política global" dentro da que son constitucionalmente posibles unha diversidade de regulacións permitindo políticas propias ou específicas autonómicas" (STC do 4 de novembro de 1982 e do 14 de xuño de 1982).

cabe establecer regulacións uniformes por normativa básica. Así o ratifica o TC no fundamento xurídico 6 da Sentenza 98/2004¹⁵.

2 Unha referencia á coordinación en materia sanitaria como título competencial estatal

Especial consideración merecen na análise desta lei a valoración da atribución ao Estado das facultades estatais de coordinación en materia sanitaria. Non podemos esquecer que a coordinación supón integración, unidade coherente e cohesionada, pero no ámbito do básico, como sinalei *in extenso* para o caso ambiental¹⁶, sen invadir ou restar competencias estatais ou autonómicas. Consecuentemente, a coordinación da sanidade debe ser entendida como a fixación de medios e de sistemas de relación que fagan posible a información recíproca, a homoxeneidade técnica en determinados aspectos e a acción conxunta das autoridades sanitarias estatais e comunitarias no exercicio das súas respectivas competencias, de xeito que se logre a integración de actos parciais na globalidade do sistema sanitario. Noutro sentido máis estrutural cabe falar, para unha boa redacción da norma, dunha coordinación conceptual que é a base da técnica lexislativa, pois a discordancia na utilización duns mesmos conceptos con distintas acepcións en leis dun mesmo ordenamento xurídico vai directa e frontalmente contra o valor da seguridade xurídica e débese evitar de modo prioritario¹⁷.

A Sentenza do Tribunal Constitucional 32/1983, do 28 de abril, referida ás relacións entre Estado e comunidades autónomas, ofrece un concepto que se respecta na redacción do precepto plenamente asumible da coordinación, ao sinalar que “*a coordinación persegue a integración da diversidade das partes ou subsistemas no conxunto ou sistema, evitando contradicións e reducindo disfuncións que, de subsistiren, impedirán ou dificultarían, respectivamente, a súa realidade mesma*”. Cabe entender, pois, que a coordinación estatal equivale a unha ordenación harmónica, de maneira que esta actúe como unha unidade coherente e cohesionada. Como tamén sinalou a propia xurisprudencia constitucional (Sentenza 27/1987, do 27 de febreiro, entre outras), aquela permite a fixación de procedementos ou protocolos de actuación aos cales deberán aterse a pluralidade de instancias en presenza co fin de procurar tales fins¹⁸.

¹⁵ «Con esa delimitación material do básico evítase que poidan deixarse sen contido ou restrinxirse as competencias autonómicas, xa que o Estado non pode, no exercicio dunha competencia básica, esgotar a regulación da materia, senón que debe deixar unha marxe normativa propia da comunidade autónoma». Expliquei a garantía parlamentaria autonómica dos dereitos en: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “O estado social e democrático de dereito e as súas proxeccións parlamentarias no caso galego”, *REGAP: Revista Galega de Administración Pública*, vol. 1, n. 39, 2005, pp. 259-281.

¹⁶ SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “Administración pública, Constitución e protección Medio Ambiental en España”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, n. 1, 2011, pp. 363-380.

¹⁷ Así o expuxen en: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “Significado y alcance de la técnica normativa”, *Revista Debate. Revista de la Asamblea Nacional de Panamá*, n. 15, 2008, p. 94.

¹⁸ En suma, como recolle o fundamento xurídico da Sentenza do Tribunal Constitucional 99/2017: «En canto á competencia estatal de coordinación xeral da sanidade, a nosa doutrina efectuou determinadas precisións. É unha competencia distinta á de fixación de bases. Presupón lóxicamente que hai algo que debe ser coordinado; isto é, a existencia de competencias das comunidades autónomas en materia de sanidade, que o Estado, ao coordinalas, debe obviamente respectar. A coordinación xeral, polo seu propio carácter, inclúe todas as institucións territoriais na medida en que teñan competencias en materia sanitaria e, polo tanto, as corporacións locais. Ademais, a competencia estatal de coordinación xeral significa non só que hai

Así entendida polo máximo intérprete da Constitución, a coordinación non imposibilita o exercicio pola comunidade autónoma da súa competencia propia, xa que non pode implicar en ningún caso o baleirado ou solapamento de competencias nin estatais nin autonómicas nin o seu exercicio, con políticas propias autonómicas no marco das medidas preventivas en materia de saúde preceptuadas no artigo 38.2 da Lei galega 8/2021.

As medidas preventivas en materia de saúde establecidas no artigo 38.2 impugnado polo Estado respectan escrupulosamente a normativa estatal aplicable, en especial o núcleo esencial do dereito concernido desenvolvido pola Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública, e a coordinación non pode ser a causa para xustificar a enervación de políticas públicas autonómicas, pois fariamos da coordinación, cuxa oportunidade non é negada, un elemento de baleirado das lexítimas facultades autonómicas, atribuídas polo bloque de constitucionalidade¹⁹.

O recoñecemento das carencias do bo funcionamento de instrumentos federalizantes no noso sistema autonómico levou a PENDÁS GARCÍA²⁰ a afirmar que “a etapa chamada de cogobernanza pon de manifesto a fragilidade dos mecanismos de coordinación: sabíámolo hai tempo e comprobámolo no peor momento. Se falta vontade para o diálogo político, ningún instrumento xurídico é axeitado”. Non obstante, a constatación destes problemas non debe levarnos a atallar a través do desapoderamento de competencias autonómicas nunha materia de carácter exclusivo e a través dun mecanismo que está pensado para outras figuras como é a coordinación.

Regap

3 Que alcance ten a reserva de lei orgánica no ámbito das medidas preventivas en materia de saúde pública?

As medidas preventivas previstas polos lexisladores galegos non constitúen desenvolvemento frontal nin comportan restricións que supoñan limitación esencial de dereito fundamental ningún, senón que comportan unicamente a previsión da posibilidade de modulacións provisionais e limitadas á forma en que certas persoas gozan en determinadas circunstancias e non xeneralizadas do dereito fundamental

que coordinar as partes ou subsistemas do sistema xeral de sanidade, senón que esa coordinación lle corresponde facela ao Estado. Por último, a coordinación xeral debe ser entendida como a fixación de medios e de sistemas de relación que fagan posible a información recíproca, a homoxeneidade técnica en determinados aspectos e a acción conxunta das autoridades estatais e autonómicas no exercicio das súas respectivas competencias; de xeito que se logre a integración de actos parciais na globalidade do sistema sanitario (por todas, SSTC 32/1983, FX 3; 42/1983, FX 3; 22/2012, FX 3, e 33/2017, FX 4» (STC 64/2017, do 25 de maio, FX 4)».

¹⁹ A coordinación, como di o TC, ten que partir da posibilidade de que existan políticas autonómicas diversas, se non xa non caería falar de coordinar. Polo tanto, só unha vez recoñecida a posibilidade de implantación de políticas propias nun territorio autonómico será o momento de apreciar a oportunidade de buscar fórmulas para que estas políticas, lexítimamente diversas, se coordinen nun todo, pero sen que a solución ou conclusión para esa coordinación poida ser a eliminación desa política autonómica ou a de que non se pode implantar; non pode converter as comunidades autónomas en entes subordinados do Estado, nin proceder a unha rectificación das súas competencias ou impedirilles, de feito, o seu exercicio.

²⁰ PENDÁS GARCÍA, B. (ed. lit.), *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI. Ciencias Políticas y Jurídicas (con especial referencia a la sociedad poscovid 19)*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2020, p. 40.

concernido nos termos que establece a Lei orgánica 3/1986. Efectivamente a tutela da saúde pública, ben constitucionalmente protexido, imposta polo artigo 43 da Constitución española, pode xustificar o establecemento de límites ao exercicio de dereitos e liberdades, tendo en conta, ademais, a íntima conexión do devandito mandato constitucional de protección da saúde pública co dereito á vida e á integridade física recoñecido no artigo 15 da Constitución española. Así se recolle expresamente na exposición de motivos da Lei galega 8/2021 con base na doutrina xurisprudencial asentada, que no seu momento comentei en relación co dereito fundamental de educación²¹, e que fundamenta a compatibilidade internormativa entre a Lei orgánica 3/1986 e a Lei galega 8/2021 nos seguintes termos:

«En efecto, conforme a reiterada doutrina do Tribunal Constitucional, os dereitos e as liberdades que a Constitución recoñece non teñen carácter absoluto ou ilimitado, senón que poden verse sometidos a certas modulacións ou límites, xustificadas na protección doutros dereitos, bens ou valores constitucionais, sempre coa debida proporcionalidade. Neste sentido, a saúde pública é un ben constitucionalmente protexido cuxa tutela, imposta polo artigo 43 da Constitución española, pode xustificar o establecemento de límites ao exercicio de dereitos e liberdades, tendo en conta, ademais, a íntima conexión do dito mandato constitucional de protección da saúde pública co dereito á vida e á integridade física recoñecido no artigo 15 da Constitución española, como recentemente tivo oportunidade de recordar o Tribunal Constitucional no seu Auto 40/2020, do 30 de abril. Xunto con iso, o Tribunal Constitucional admitiu o establecemento de medidas limitativas de dereitos e liberdades, incluídos dereitos fundamentais e liberdades públicas, sen ter que acudir necesariamente ao chamado dereito de excepción, aínda que co necesario respecto á reserva de lei (arts. 53.1 e 81.1 da Constitución española), de xeito que debe ser a lei a que habilite a inxerencia no eido dos dereitos e liberdades e exprese os presupostos e as condicións da intervención. Sentado o anterior, no caso concreto das medidas limitativas de dereitos fundamentais e de liberdades públicas e respecto á reserva de Lei orgánica do artigo 81.1 da Constitución española, cómpre advertir que o Tribunal Constitucional, xa desde as súas primeiras sentenzas, incidiu na necesidade de aplicar un criterio estrito ou restritivo en relación co alcance da reserva de Lei orgánica para o desenvolvemento de dereitos fundamentais e de liberdades públicas previstas no artigo 81.1 da Constitución española. En concreto, de acordo con esta doutrina constitucional, require Lei orgánica unicamente a regulación dun dereito fundamental ou dunha liberdade pública que «desenvolva» a Constitución de xeito directo e en elementos esenciais para a definición do dereito fundamental, xa sexa nunha regulación directa, xeral e global deste, xa nunha parcial ou sectorial, pero igualmente relativa a aspectos esenciais do dereito, e non, por parcial, menos directa ou encamiñada a contribuír

²¹ SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., *Manual de Dereito Constitucional. Prácticas para un estudo comprensivo dá materia*, Universidade de Vigo. Servizo de Publicacións, Vigo, 2010, pp. 235 e ss. Referido a normativa comparada máis recente, SOLDEVILA FRAGOSO, S., "El confinamiento general no supone un arresto domiciliario. Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Cristian-Vasile Terhes", *Actualidad Administrativa*, n. 7-8, 2021.

á delimitación e definición legal do dereito. Non entran, en cambio, dentro da reserva de Lei orgánica as modulacions provisionais e limitadas á forma en que certos suxeitos gozan, en circunstancias moi determinadas e non xeneralizables, do dereito fundamental (entre outras, sentenzas do Tribunal Constitucional 53/2002, do 27 de febreiro, e 186/2013, do 4 de novembro)²²».

Non todo o que afecta aos dereitos fundamentais é un desenvolvemento directo ou global dos aspectos esenciais destes dereitos fundamentais, é dicir, o desenvolvemento directo do dereito fundamental considerado en abstracto ou “en canto tal –que si está reservado a lei orgánica–. Non podemos esquecer que as modalidades do seu exercicio, os presupostos ou condicións do seu exercicio son obxecto de lei ordinaria a teor do disposto no artigo 53.1 CE, é dicir, as restricións ao modo, tempo ou lugar de exercicio do dereito fundamental, entendidas como as facultades que compoñen o contido do dereito fundamental en cuestión, constituíndo un xeito de regular o seu exercicio²³.

4 A colaboración internormativa para un correcto entendemento do Estado autonómico

A compatibilidade da colaboración internormativa entre a Lei orgánica 3/1986 e a Lei galega 8/2021 é evidente nos termos que establece a exposición de motivos ao

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

²² Continúa a exposición da lei dicindo: «... O reservado ao Estado ex artigo 81.1 da Constitución española é, pois, a regulación dos aspectos esenciais, o desenvolvemento directo do dereito fundamental considerado en abstracto ou “en canto tal”, xa que se lle atribúe a regulación da «materia» sobre a que se proxecta o dereito ao lexislador ordinario, estatal ou autonómico, con competencias sectoriais sobre esta. En suma, a reserva enunciada no artigo 81.1 da Constitución española para o desenvolvemento dos dereitos fundamentais e das liberdades públicas non é incompatible coa colaboración internormativa entre a fonte a favor da cal a reserva se establece e outras fontes de produción recoñecidas na Constitución, para conseguir, deste xeito, unha disciplina integral e articulada do ámbito de que se trate (entre outras, STC 137/1986, do 6 de novembro)».

²³ Neste sentido pronúnciase o Tribunal Constitucional no fundamento xurídico 7 da STC 31/2018: «En relación coa existencia de Lei orgánica no desenvolvemento dos dereitos fundamentais e liberdades públicas (art. 81.1 CE), recordamos recentemente que «non todo o que afecte aos dereitos fundamentais (...) é un desenvolvemento directo deses dereitos fundamentais, isto é, unha regulación dos seus aspectos esenciais que requira dunha disposición das Cortes emanada con forma de lei orgánica. A Constitución veda ao decreto-lei afectar aos dereitos, deberes e liberdades dos cidadáns e, correlativamente, resérvalle á lei ordinaria regular o exercicio de tales dereitos e liberdades respectando o seu contido esencial (art. 53.1); pero non obriga –por obvio que sexa lembralo– a regular por lei orgánica as modalidades do seu exercicio nin os presupostos ou condicións que os fagan efectivos, extremos que restan nos labores que a Constitución lle sinala á lei ordinaria” (STC 127/1994, do 5 de maio, FX 3 b). A lei orgánica só será precisa cando se acometa un desenvolvemento directo –global ou dos seus aspectos esenciais– do ámbito subxectivo ou obxectivo dos dereitos fundamentais do artigo 20.1 da Constitución, o que sucede, sinalamos, cando o lexislador incide na regulación de determinados aspectos esenciais para a definición do dereito, a previsión do seu ámbito e a fixación dos seus límites en relación con outras liberdades constitucionalmente protexidas» (STC 86/2017, do 4 de xullo, FX 7) (...). Levada ao seu extremo, a concepción formal da lei orgánica podería producir no ordenamento xurídico unha petrificación abusiva en beneficio dos que nun momento dado gozasen da maioría parlamentaria suficiente e en detrimento do carácter democrático do Estado, xa que a nosa Constitución instaurou unha democracia baseada no xogo das maiorías, prevendo tan só para supostos taxados e excepcionais unha democracia de acordo baseada en maiorías cualificadas ou reforzadas. Por iso hai que afirmar que, se é certo que existen materias reservadas a leis orgánicas (art. 81.1 CE), tamén o é que as leis orgánicas están reservadas a estas materias e que, polo tanto, sería desconforme coa Constitución a lei orgánica que invadise materias reservadas á lei ordinaria (FX 21)». (...) Está claro que a nosa doutrina destacou, en primeiro lugar e de forma ininterrompida desde a citada STC 5/1981, a necesidade de aplicar un criterio estrito ou restritivo para determinar o alcance da reserva, e iso tanto no referente ao termo “desenvolver” como á “materia obxecto de reserva”. E o fundamento xurídico 11 da STC 292/2000 concreta que «eses límites ou ben poden ser restricións directas do dereito fundamental mesmo (...) ou ben poden ser restricións ao modo, tempo ou lugar de exercicio do dereito fundamental. No primeiro caso, regular eses límites é unha forma de desenvolvemento do dereito fundamental. No segundo, os límites que se fixan sono á forma concreta en que cabe exercer o feixe de facultades que compón o contido do dereito fundamental en cuestión, constituíndo un xeito de regular o seu exercicio, o que pode facer o lexislador ordinario a teor do disposto no artigo 53.1 CE».

delimitar o desenvolvemento directo ou primario respecto aos límites a que poidan quedar sometidos os dereitos fundamentais e as liberdades públicas a favor da protección da saúde pública efectuado por esta lei orgánica, en aplicación do artigo 81 da Constitución española, precisando as condicións esenciais que deben concorrer para a adopción, por parte das autoridades sanitarias competentes e cuxo desenvolvemento pode ser concretado, respectando as referidas condicións esenciais ou ese desenvolvemento frontal ou estrutural do dereito concernido no sentido precisado, polo lexislador ordinario competente na materia. Isto explica a aprobación de leis autonómicas con incidencia en dereitos fundamentais, tales como as electorais (art. 23.1 CE), en materia de emerxencias (art. 19 CE), ou a regulación de determinadas asociacións (art. 22 CE), entre outras. A non remisión expresa, se é o caso, pola lei orgánica á lei ordinaria non impide o seu desenvolvemento, pois o contrario limitaría ou impediría parcialmente o exercicio dese dereito en detrimento da competencia autonómica na materia. Para estes efectos, precisa a exposición de motivos os presupostos e as condicións da intervención limitativa de dereitos e liberdades no eido autonómico que desenvolve a Lei galega 8/2021:

«No ámbito concreto das medidas de protección da saúde pública, o lexislador orgánico, a través da Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, configurou a protección da saúde pública, dada a súa evidente conexión co dereito á vida e á integridade física, como dereito constitucionalmente protexido que pode operar como límite dos dereitos fundamentais e liberdades públicas, a través da adopción, por parte das autoridades sanitarias competentes, das necesarias medidas para salvagardar aquela.

A dita Lei orgánica considera, ademais, os presupostos e as condicións para tal intervención limitativa de dereitos e liberdades, ao delimitar tanto o ámbito material (a saúde pública) como a exigencia de que esas razóns sanitarias que demandan a adopción das medidas sexan urxentes e necesarias e a finalidade de tales medidas (a protección da saúde pública e a prevención da súa perda ou deterioración, con atención particular, no seu artigo terceiro, á finalidade de controlar as enfermidades transmisibles)».

A lei enmárcase neste contexto, establecendo un réxime xurídico de regulación de medidas preventivas en materia de saúde pública, en concreto en desenvolvemento do contido nuclear da protección da saúde pública definido pola Lei orgánica 3/1986, dotando, dentro das indubidables dificultades de legislar nesta cuestión, como sinalou ASTARLOA²⁴, a actuación da Administración autonómica de preditibilidade e seguridade xurídica, garantía da lei na adopción de medidas preventivas que lle competen ao Executivo. Así establecida a competencia legislativa autonómica, destacamos que, ao abeiro do poderamento ás autoridades competentes para a adopción das medidas

²⁴ "... non cabe inxenuidade sobre as moitas dificultades a afrontar. Por unha parte, a dificultade de legislar hoxe sobre determinadas materias extraordinariamente sofisticadas, ou calladas de incertezas, que obrigan mesmo a afrontar dilemas morais descoñecidos, derivados do progreso tecnolóxico" (ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., "Reivindicación de la ley y exigencias consecuentes para el legislador de nuestro tiempo", *Revista de las Cortes Generales*, n. 110, 2021, p. 89).

establecidas na Lei orgánica 3/1986, no seu artigo 2, “cando se aprecien indicios racionais que permitan supor a existencia de perigo para a saúde da poboación” e, no seu artigo 3, no caso de “enfermidades transmisibles”, as autoridades sanitarias autonómicas, e non só as estatais, adoptaron por si medidas preventivas similares ás que recolle a Lei galega 8/2021, numerosas resolucións administrativas sometidas ao control da autorización ou ratificación da xurisdición contencioso-administrativa e sen fundamento na declaración do estado de alarma.

Como sinala NOGUEIRA²⁵, as medidas das comunidades serán similares ás adoptadas recentemente polas comunidades autónomas tras a finalización do estado de alarma como consecuencia da evolución da situación epidemiolóxica derivada da COVID-19 e avaladas nalgúns casos polos tribunais superiores de xustiza das comunidades autónomas, como no caso de Galicia polo Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, polo Auto 57/2021, do 12 de maio (limitacións á mobilidade en determinados concellos –peche perimetral, toque de queda– e limitacións ás agrupacións de persoas) e a prórroga da súa eficacia e modificación parcial (limitacións á mobilidade nun concello) polo Auto 64/2021, do 25 de maio²⁶.

Así se completa o marco normativo autonómico para preservar a saúde pública, garantindo que as decisións que adopten as autoridades sanitarias se atopen debidamente xustificadas e se articulen mediante un procedemento legalmente establecido. Este é o sentido da necesidade de contar cunha maior densidade normativa no que respecta á articulación dos mecanismos extraordinarios que prevé a lexislación sanitaria para tutelar a saúde pública ante crises sanitarias, singularmente na necesidade dunha maior concreción das medidas susceptibles de ser adoptadas (en especial, para facer fronte a enfermidades de carácter transmisible) e, desde logo, dentro do ámbito competencial da nosa comunidade autónoma. Afirmou LEPSIUS que para o caso alemán nos atopamos ante unha norma aprobada na sede política, no noso caso o Parlamento de Galicia, na que atopamos as mellores condicións organizativas para abordar desde un punto de vista normativo os conflitos de dereitos fundamentais, pois é onde se negocia e decide publicamente “para que prevaleza a transparencia e poidan intervir os controis da sociedade civil”²⁷.

Resulta acreditada de xeito inequívoco a cobertura normativa das medidas preventivas preceptuadas no artigo 38.2 –conforme a modificación operada na Lei galega 8/2021– da Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de

²⁵ En palabras de la catedrática de Santiago, trátase dun factor “copia” que é normal e positivo nun Estado descentralizado (NOGUEIRA LÓPEZ, A., “Vacunación generalizada y estado autonómico”, *El cronista del estado social y democrático de derecho*, n. 93-94, 2021, p. 98).

²⁶ Foron obxecto de regulación autonómica por norma con rango de lei polas comunidades autónomas:
- Pola Lei da Comunidade Autónoma de Aragón 3/2020, do 3 de decembro, pola que se establece o réxime xurídico de alerta sanitaria para o control da pandemia COVID-19 de Aragón.
- E mesmo por decretos-leis, como na Comunidade Autónoma de Cataluña polo Decreto-lei 27/2020, do 13 de xullo, de modificación da Lei 18/2009, do 22 de outubro, de saúde pública e de adopción de medidas urxentes para facer fronte ao risco de brotes da COVID-19; ou nas Illas Baleares polo Decreto-lei 5/2021, do 7 de maio, polo que se modifica a Lei 16/2010, do 28 de decembro, de saúde pública das Illas Baleares, e o Decreto-lei 11/2020, do 10 de xullo, polo que se establece un réxime sancionador específico para facer fronte aos incumprimentos das disposicións ditas para paliar os efectos da crise ocasionada pola COVID-19.

²⁷ LEPSIUS, O., “Protección de los derechos fundamentales en la pandemia del coronavirus”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 47, 2021, p. 74.

saúde pública, e en concreto as medidas que se consideren necesarias en caso de risco de carácter transmisible. Hai que sinalar que esta Lei orgánica 3/1986, e en concreto o seu artigo terceiro, debe interpretarse conxuntamente con:

- O artigo 26 da Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade, que é básica (art. 2). Así, baixo o presuposto “de que exista ou se sospeite razoablemente a existencia dun risco inminente e extraordinario para a saúde”, o seu artigo 26.1 habilita as autoridades sanitarias a adoptar resolucións motivadas que impliquen medidas, ademais da incautación ou inmovilización de produtos, suspensión do exercicio de actividades, peches de empresas ou as súas instalacións, intervención de medios materiais e persoais, “cantas outras se consideren sanitariamente xustificadas”. En cada caso fixarase a duración das medidas que poden ser prorrogadas mentres se dea o presuposto “do que exixa a situación de risco inminente e extraordinario que as xustificou” (art. 26.2). Posibilita, polo tanto, a adopción de medidas polas autoridades sanitarias en caso de que exista un risco inminente e extraordinario para a saúde que detalla, así como “cantas outras se consideren sanitariamente xustificadas”.
- E o artigo 54 da Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública, habilita en xeral para “adoptar cantas medidas sexan necesarias para asegurar o cumprimento da lei (art. 54.1). Dispónse en concreto –ademais da inmovilización e, se procede, o comiso de produtos e substancias, a intervención de medios materiais ou persoais, o peche preventivo das instalacións, establecementos, servizos e industrias, a suspensión do exercicio de actividades– que se poderá adoptar “con carácter xeral, calquera outra medida axustada á legalidade vixente se existen indicios racionais de risco para a saúde, incluída a suspensión de actuacións sanitarias da lei”. Dispónse que as medidas baixo o principio de proporcionalidade serán por “resolución motivada”, “logo de audiencia dos interesados, salvo en caso de risco inminente e extraordinario para a saúde da poboación” e a súa duración non excederá o tempo exixido pola situación de risco que as motivou. En definitiva, posibilita a adopción daquelas medidas especiais e cautelares cando concorran motivos de especial gravidade ou urxencia.

Consonte o que se acaba de sinalar, ao lexislador autonómico correspóndelle concretar o alcance das medidas preventivas que poden considerarse necesarias para reducir os riscos para a saúde pública, e moi especialmente para concretar a xenérica habilitación da Lei orgánica 3/1986, con escrupuloso respecto ao seu núcleo orgánico ou condicións esenciais que deben concorrer para a adopción das medidas limitativas:

- a. “saúde pública” o seu ámbito material,
- b. “razóns sanitarias urxentes e necesarias” a súa motivación, e
- c. a súa finalidade: “a protección da saúde pública e a prevención da súa perda ou deterioración”, con especial atención no seu artigo terceiro á finalidade de “controlar as enfermidades transmisibles”.

Por estes motivos, certa indeterminación está xustificada para situacións de grave crise sanitaria nas que poden xurdir circunstancias imprevistas e imprevisibles que o lexislador non pode anticipar e regular con detalle e que requiren unha resposta urxente, para concederlles a estrita marxe imprescindible de acción ás autoridades sanitarias para que sexan elas –cos límites do principio de proporcionalidade e baixo control xudicial– as que decidan as medidas máis oportunas que se deben adoptar ante cada emerxencia sanitaria. Non é posible que unha lei poida prever todos os supostos fácticos que poden acontecer singularmente en situacións desta natureza. Aínda así, as medidas que se consideran necesarias en caso de risco de carácter transmisible delimitáanse normativamente con suficientes precisións, obxectivas, subxectivas, especiais, temporais e cualitativas para satisfacer a exigencia de certeza que deben ter os preceptos que fundamentan restricións ou limitacións puntuais de dereitos fundamentais e que delimitan cunha precisión mínima o campo de aplicación²⁸.

Neste marco e con esta cobertura normativa encádrase a Lei galega 8/2021 –como prevé a exposición de motivos–, coa finalidade de recoller, «de xeito máis concreto e nun mesmo precepto, as medidas preventivas que poden adoptar as autoridades sanitarias para a protección da saúde pública, incluídas as limitativas de dereitos fundamentais a que se refire a Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública, con especial atención ás destinadas ao control

Regap

²⁸ Neste sentido pronúnciase o Tribunal Supremo na súa Sentenza 719/2021, do 24 de maio: «Está claro que o artigo terceiro da Lei orgánica 3/1986, ao falar das medidas que se consideren necesarias en caso de risco de carácter transmisible, está a circunscribir claramente a súa habilitación a supostos de enfermidades que entrañan tal perigo. Non cabe, pois, facer uso dela en calquera circunstancia, senón nunha da gravidade e necesidade que se desprende do seu propio enunciado. Hai, pois, unha precisión obxectiva –a existencia dunha enfermidade transmisible– que constitúe o contexto en que debe situarse o “control dos enfermos”, o das “persoas que estean ou estivesen en contacto con estes” e o “do medio ambiente inmediato”. Segundo se contén os enfermos e quen tivo contacto con eles en unidades, decenas, centenas ou millares e o lugar ou lugares en que se atopen, o ámbito subxectivo e espacial de aplicación do precepto irase estendendo correlativamente, pero sen que poida chegar máis alá deste e converterse en xeral. Agora ben, este artigo, dotado de clara indeterminación final, non pode entenderse separadamente do artigo 26 da Lei 14/1986, da que inicialmente formaba parte, e do artigo 54 da Lei 33/2011, xa que abordan situacións semellantes e perseguen a mesma finalidade de protexer a saúde de todos en situacións en que está en perigo». No artigo 26 da Lei 14/1986, sostén que «novamente, nos atopamos coa identificación dun suposto excepcional –o risco inminente extraordinario para a saúde– e cunha habilitación ás autoridades sanitarias, con indicación de actuacións concretas e, ademais, con esta outra: “as que se consideren sanitariamente xustificadas”. Polo tanto, ademais do contexto de emerxencia para a saúde, exige a xustificación desde o punto de vista sanitario desas medidas. Non é, como non o é o artigo terceiro da Lei orgánica 3/1986, unha cláusula en branco que apodera a autoridade sanitaria para calquera cousa en calquera momento. E o mesmo sucede co artigo 54 da Lei 33/2011. Este artigo 54 volve circunscribir o suposto de feito, sempre de extraordinaria gravidade e urxencia, exige motivación á Administración, contempla medidas e deixa aberta a porta a outras que non só han de ser idóneas para facer fronte a esa emerxencia sanitaria, senón que exige que sexan temporais e proporcionadas. Polo tanto, este conxunto de preceptos ofrece suficientes precisións, obxectivas, subxectivas, espaciais, temporais e cualitativas para satisfacer a exigencia de certeza que teñen que ter os preceptos que fundamentan restricións ou limitacións puntuais de dereitos fundamentais e en concreto da liberdade de circulación, as cales, doutro lado, non poden predeterminarse sempre –xa que non han de excluírse situacións nunca imaxinadas nin, en consecuencia, previstas– e non se afastan os termos que se acaban de examinar do parámetro admitido polo Tribunal Constitucional para a tipificación de sancións, por exemplo na súa Sentenza n. 14/2021. Sen ningunha dúbida tería sido desexable que, en vez de a conceptos indeterminados e cláusulas xerais, puidésemos acudir a unha regulación específica para afrontar a pandemia que detallase cantos extremos fosen susceptibles de precisión para ofrecer a máxima seguridade xurídica. Non obstante, non pode preverse todo e tampouco pode dicirse que os preceptos examinados sofren tal indeterminación que lles permitan facer calquera cousa ás administracións que os utilicen. Pola contra, delimitan cunha precisión mínima o campo da súa aplicación. E non é unha novidade que os tribunais deban extraer do ordenamento xurídico os criterios para resolver problemas que non recibiron unha solución precisa por parte do lexislador. Isto significa que será necesario examinar cada medida e valorala atendendo á luz dos criterios extraídos destes preceptos se cumpren as exigencias de adecuación, necesidade e proporcionalidade. En definitiva, a lexislación sanitaria si autoriza a limitación da liberdade de circulación sempre que se dean as condicións por ela previstas, ou sexa, as que destacamos».

de enfermidades de carácter transmisíbel. Porén, non se inclúe unha enumeración exhaustiva e pormenorizada de medidas, e de aí que introduza unha cláusula derradeira comprensiva de medidas sanitarias xustificadas e necesarias que se consideran axeitadas que permitan a adaptación ás circunstancias do caso, pero non podemos perder de vista que en todo caso as medidas sempre estarán rodeadas das necesarias garantías –tanto a medida a adoptar como o procedemento para a súa adopción, que tamén se establece por lei– e, ademais, reforzando a exixencia do principio de proporcionalidade para as medidas limitativas de dereitos fundamentais e liberdades públicas».

5 A técnica normativa da nova redacción do artigo 38 da Lei galega

Pode afirmarse que o artigo 38 ten por finalidade recoller de forma máis concreta e nun mesmo precepto as medidas preventivas que poden adoptar as autoridades sanitarias para a protección da saúde pública, incluídas as limitativas de dereitos fundamentais a que se refire a Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública, con especial atención ás destinadas ao control de enfermidades de carácter transmisíbel. Como tiveron ocasión de explicar con carácter xeral²⁹, a reiteración do contido da Lei orgánica 3/1986 nos apartados a) e b) do artigo 38 da Lei galega 8/2021 non é *per se* inconstitucional, pois a súa finalidade é a mellor intelixibilidade da norma, permitindo así que neste precepto en concreto queden perfectamente integradas a normativa orgánica (arts. primeiro, segundo e terceiro da Lei orgánica 3/1986), posto que desenvolven as condicións esenciais que deben concorrer na adopción desas medidas especiais, coa concreción das medidas autonómicas preventivas que pode adoptar a comunidade autónoma dentro do ámbito das súas competencias e de acordo co disposto na precitada lei orgánica. Polo tanto, a norma reproducida e a que reproduce encádranse nunha materia sobre a que posúen competencias tanto o Estado como a comunidade autónoma. Ademais, esa redacción serve á intelixibilidade da norma, polo demais, que ten por finalidade que os seus destinatarios poidan ter unha visión de conxunto da regulación aplicable e unha mellor comprensión da norma. Non se fai para fundamentar a competencia que lle atribúe a Constitución e o Estatuto de autonomía de Galicia á nosa comunidade, senón para unha mellor comprensión das garantías introducidas, para achegar certeza e seguridade xurídica. Por iso, é correcta a súa reprodución e axustada á doutrina do propio Tribunal Constitucional, concretamente na STC 5/2015, fundamento xurídico 9: «*se a reprodución de normas estatais por leis autonómicas é xa unha técnica perigosamente aberta a potenciais inconstitucionalidades, esta operación convértese en ilexítima cando as comunidades autónomas carecen de toda competencia para legislar sobre unha materia (STC 35/1983). (...) cabe distinguir dous supostos de reprodución de*

²⁹ SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., *Cuestións de dereito estatutario de Galicia*, Guiverny Editorial, Santiago de Compostela, 2016, pp. 48 e ss.

normas estatais polas autonómicas, dos que derivan consecuencias distintas. O primeiro suposto prodúcese cando a norma reproducida e a que reproduce se encadran nunha materia sobre a que teñen competencias tanto o Estado como a comunidade autónoma. O segundo ten lugar cando a reprodución se concreta en normas relativas a materias nas que a comunidade autónoma carece de competencias. Pois ben, de acordo coa doutrina antes exposta, mentres que no segundo a falta de habilitación autonómica debe conducirnos a declarar a inconstitucionalidade da norma que transcribe a norma estatal (salvo supostos excepcionais como o aludido na STC 47/2004, do 25 de marzo), no primeiro, á marxe de reproches de técnica legislativa, a consecuencia non será sempre a inconstitucionalidade, senón que habrá que ter en conta os efectos que tal reprodución poida producir no caso concreto»³⁰.

O contido da Lei orgánica 3/1986 cobre a exigencia de contido mínimo a desenvolver pola lei autonómica, e esta respecta ese eido nos termos expostos nas fundamentacións anteriores. O novo artigo 38.2 da Lei galega 8/2021 naceu con vocación de garantir estes dereitos a prol da tutela da saúde pública e, para estes efectos, concreta as medidas preventivas que poden adoptar as autoridades sanitarias autonómicas, dentro do ámbito das súas competencias, cando o exixan “razóns sanitarias de emerxencia ou necesidade”, co fin de “controlar as enfermidades transmisibles en particular” e que refire ás “medidas oportunas” para o control das “persoas enfermas, das persoas que estean ou estivesen en contacto con elas”, e do “ambiente inmediato”, así como “as que se estimen necesarias en caso de risco de carácter transmisible”, ademais de realizar accións preventivas xerais e da posible adopción das medidas preventivas previstas no apartado 1 de este mesmo precepto. Medidas similares ás relacionadas foron adoptadas polas autoridades estatais e autonómicas non só durante a vixencia do estado de alarma, senón tamén non estando vixente o estado de alarma e unha vez finalizado o estado de alarma como consecuencia das necesidades derivadas da evolución da situación epidemiolóxica provocadas pola COVID-19 e previstas na normativa autonómica³¹.

³⁰ E na STC 25/2017, fundamento xurídico 3: «É certo que a doutrina constitucional (por todas, STC 154/2014, do 25 de setembro) non exige que a lei autonómica reproduza as regras básicas. Ao contrario, sostivo, na súa doutrina sobre a *lex repetita*, que a reprodución de normas estatais por leis autonómicas constitúe unha deficiente técnica legislativa que só resulta admisible en determinadas condicións»; en concreto, cando a comunidade autónoma ten competencia sobre a materia regulada. «... Así pois, a non reiteración literal da norma básica non pode constituír, *per se*, un motivo de vulneración da lexislación básica, agás que a omisión se puidese interpretar inequivocamente como sinónimo de exclusión da devandita regulación, isto é, cando a fíxese materialmente inaplicable».

³¹ Mostra diso son as seguintes:

- No Decreto-lei da Comunidade Autónoma de Cataluña 27/2020, do 13 de xullo, de modificación da Lei 18/2009, do 22 de outubro, de saúde pública e de adopción de medidas urxentes para facer fronte ao risco de brotes da COVID-19, xa que considera no seu artigo 55 k que: «En situación de pandemia ou epidemia declaradas polas autoridades competentes, as autoridades sanitarias competentes poderán adoptar medidas de limitación á actividade, do desprazamento das persoas e a prestación de servizos en determinados ámbitos territoriais previstas no anexo 3, de acordo co que dispón o artigo 55 bis». No anexo 3. Medidas a adoptar, no marco da COVID-19, dispón que a alerta derivada da COVID-19 e as resolucións para controlar a pandemia poden comprender as seguintes previsións: medidas de saúde pública: entre outras, illamento e corentena, limitacións aos desprazamentos territoriais.

- Na Lei da Comunidade Autónoma de Aragón 3/2020, do 3 de decembro, pola que se establece o réxime xurídico de alerta sanitaria para o control da pandemia COVID-19 en Aragón, en vigor ata que o Goberno de España declare a finalización da situación de crise sanitaria ocasionada pola COVID-19, xa que establece, entre outras, a obriga persoal de confinamento en virtude das resolucións que puidese adoptar a autoridade sanitaria ou das actuacións materiais desenvolvidas polos servizos sanitarios para a contención dos brotes epidémicos da pandemia COVID-19, as persoas afectadas terán a seguinte obriga persoal de confinamento: a) Obriga de illamento, en virtude da cal calquera contagiado por SARS-CoV-2 permanecerá no

As medidas preventivas que se poderán adoptar “en particular” a teor do disposto no artigo 38.2 b da Lei galega enmárcanse nas medidas preventivas xerais en materia de saúde pública, malia que para o suposto de enfermidades transmisibles, e neste contexto obviamente a saúde pública, ben constitucionalmente protexido, xustifica o establecemento de garantías ou certas modulacións ao exercicio de dereitos fundamentais e liberdades, tendo en conta ademais a íntima conexión co dereito á vida e á integridade física (art. 15 CE) e podendo tamén comportar regulacións do exercicio seguro da liberdade de circulación e de reunión, recoñecida nos artigos 17, 19 e 21 da Constitución española. Pero estas limitacións en ningún caso chegan a comportar a suspensión dos dereitos fundamentais, nin unha restrición xeneralizada deles, senón un tratamento proporcional á necesaria preservación da saúde do conxunto dos cidadáns e circunscrito a determinados sectores de actividade, áreas ou zonas xeográficas limitadas ou actividades que propician un especial risco de contaxio. Trátase dunha colaboración entre lexislativos que vai máis alá da xestión meramente governamental da crise sanitaria e que supera a inicial actuación exclusivamente estatal, como sucedeu tamén, segundo CORTESE³², no caso italiano.

Con este réxime normativo, garántese o alcance destas medidas coa súa regulación “por lei”, normativizando así os límites e garantías que se establecen para a súa adopción e cun maior grao de exixencia do requisito de proporcionalidade no caso particular das medidas limitativas de dereitos fundamentais e liberdades públicas como requisito adicional, ofrecendo máis garantías para a cidadanía ante as actuacións que a Administración autonómica poida adoptar nunha situación de emerxencia sanitaria.

Estas medidas, adoptadas na súa maior parte por resolucións executivas autonómicas fóra da declaración de alarma e unha vez finalizado o estado de alarma, considéranse “necesarias”, nun sentido garante da saúde pública colectiva e limitador de dereitos, en palabras de DELGADO DEL RINCÓN³³, e con cobertura na habilitación da Lei orgánica 3/1986, interpretada conxuntamente coas leis estatais 14/1986 (art. 26) e 30/2011 (art. 26), e son as seguintes, que agrupamos para maior claridade expositiva en:

lugar que se lle indique, durante o prazo establecido en cada caso, sen posibilidade de desprazarse nin de relacionarse con outras persoas. b) Obriga de corentena, en virtude da cal calquera persoa ou grupo de persoas sospeitosas de ter sido conxuntadas permanecerá no lugar que se lle indique, durante o prazo establecido en cada caso, sen posibilidade de desprazarse nin de relacionarse con outras persoas» (art. 6.1). E o confinamento pola autoridade sanitaria «no marco da lexislación estatal e autonómica de sanidade e saúde pública, a autoridade sanitaria poderá acordar confinamentos en ámbitos territoriais determinados cando a súa valoración de risco sanitario derivado dos indicadores ou criterios sanitarios, de saúde pública ou epidemiolóxicos xustifique a adopción de medidas urxentes e necesarias para a saúde pública» (art. 35.1).

- E no Decreto-lei da Comunidade Autónoma das Illas Baleares 5/2021, do 7 de maio, polo que se modifica a Lei 16/2010, do 28 de decembro, de saúde pública das Illas Baleares, e o Decreto-lei 11/2020, do 10 de xullo, polo que se establece un réxime sancionador específico para facer fronte aos incumprimentos das disposicións ditadas para paliar os efectos da crise ocasionada pola COVID-19, que establece unha regulación de medidas preventivas en situación de pandemia ou epidemia similar á Lei galega 8/2021.

³² CORTESE, F., “Stato e Regioni alla prova del coronavirus”, *Le Regioni*, n. 48 (1), 2020, pp. 3 e ss.

³³ DELGADO DEL RINCÓN, L.E., “Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia”, Biglino Campos, M.P. e Durán Alba, J.F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 398.

- Un primeiro grupo, medidas en relación coas persoas “determinables”: persoas enfermas, as que estean ou estivesen en contacto con elas ou que presenten síntomas compatibles coa enfermidade transmisible de que se trate ou respecto ás cales existan outros indicios obxectivos de que poidan supor un risco de transmisión da enfermidade. Pois a normativa estatal non limita as medidas adoptables, en función do seu carácter individualizable por referencia a unha persoa ou grupo de persoas determinables. Son tales:
 - i) Medidas de control das persoas enfermas, como o illamento en domicilio, o internamento en centro hospitalario ou o illamento ou internamento noutro lugar axeitado para tal fin (1.º) ou o seu sometemento a tratamento axeitado (2.º).
 - ii) Medidas de control das persoas que estean ou estivesen en contacto coas persoas enfermas, como o sometemento a unha corentena no domicilio ou noutro lugar axeitado³⁴ para tal fin (3.º).
 - iii) E, en relación coas persoas que presenten síntomas compatibles coa enfermidade transmisible de que se trate ou de persoas respecto ás cales existan outros indicios obxectivos de que poidan supor un risco de transmisión da enfermidade, prevé “o sometemento a observación ou a medidas de vixilancia do estado de saúde, a exame médico ou a probas diagnósticas” que serán o menos intrusivos ou invasivos posibles para lograr, previr ou conter a propagación da enfermidade (4.º).
- Un segundo grupo, relativo ás “medidas profilácticas de prevención da enfermidade”, consistentes no sometemento a medidas profilácticas de prevención da enfermidade, incluída a vacinación ou inmunización, con información, en todo caso, dos posibles riscos relacionados coa adopción ou non adopción destas medidas (5.º), pois, como sinalou MATÍA PORTILLA, cada persoa ten dereito a establecer as medidas que considere oportunas para a súa autode-terminación física e psíquica³⁵.

³⁴ O Xulgado de Instrución número 5 de Palma o 29-6-2021 denegou a solicitude de *habeas corpus* presentada polo pai dunha menor da Comunidade de Madrid nun suposto semellante ao descrito na Lei galega. Na resolución, a maxistrada considera que o caso da alumna “non pode encadrarse” na normativa reguladora do procedemento de *habeas corpus* porque a menor “non se atopa detida pola perpetración de delito ningún”, senón por razóns de saúde pública. “A actuación da autoridade administrativa atópase dentro do ámbito da súa competencia e seguiu o procedemento correspondente para a súa adopción e ratificación na xurisdición contencioso-administrativa”, sinala o auto. Por iso, a maxistrada considera “improcedente” a petición e denega a medida, aínda que aclara que o pai da menor pode pedir medidas cautelariásimas na xurisdición contenciosa (AXENCIA EUROPA PRESS, “Los juzgados deniegan los *habeas corpus* solicitados por padres de alumnos aislados en el hotel COVID de Palma”, *Diario La Ley*, 29/6/2021. Acceso web: [³⁵ A vacinación en España é con carácter xeral voluntaria e a Lei galega, respectando este principio de voluntariedade, non establece a vacinación ou inmunización obrigatoria. Non é o mesmo a obrigatoriedade da vacinación que regular os requisitos da vacinación como unha das medidas preventivas que as autoridades autonómicas poden adoptar para controlar as enfermidades transmisibles, coa finalidade de asegurar a súa correcta aplicación á cidadanía de Galicia \(MATÍA PORTILLA, F.J., “Covid e intimidad”, Biglino Campos, M.P. e Durán Alba, J.F. \(dirs.\), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 149\).](https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDAytDAwNTRQK0stKs7Mz7M1AooYmBlZggQy0pdp8pNDKgt5bdMSc4pTASRQOkc1AAAAWKE, xullo de 2021).</p>
</div>
<div data-bbox=)

A Lei orgánica 3/1986 é a norma habilitante para a súa adopción no desenvolvemento normativo que opera a Lei autonómica, respectando a actuación preferentemente voluntaria establecida na lexislación básica. Ademais, o principio xeral de autonomía da vontade, que preceptúa a Lei 41/2002, do 14 de novembro, básica reguladora da autonomía do paciente e de dereitos e obrigas en materia de información e documentación clínica, cede en determinadas situacións onde é posible realizar intervencións de saúde sen consentimento das persoas interesadas; unha desas situacións “é o risco para a saúde pública a causa de razóns sanitarias establecidas por lei” e, “en todo caso, unha vez adoptadas as medidas pertinentes, de conformidade co establecido na Lei orgánica 3/1986, comunicaráselle á autoridade xudicial no prazo máximo de 24 horas sempre que dispoñan o internamento obrigatorio de persoa” (art. 9.2.a). E así recollido na Lei galega 3/2001, do 28 de maio, reguladora do consentimento informado e da historia clínica dos pacientes (art. 11.2.a)³⁶.

En definitiva, a cláusula xeral da Lei orgánica 3/1986 cobre a reserva de lei nesta materia, e na súa aplicación caben medidas individualizadas e colectivas, sempre e cando a situación revista a urxencia e necesidade que require esta norma e se respecte a proporcionalidade estrita aplicable, así como a actuación preferentemente voluntaria requirida na lexislación básica. Ademais, a propia Lei galega 8/2021 establece neste sentido que “se procurará sempre con preferencia a colaboración voluntaria das persoas afectadas coa autoridade sanitaria” (art. 38 ter.b). E con todas as garantías preceptuadas no artigo 38 ter para o suposto de que a situación de saúde pública o exixa, incluídas as xudiciais. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO³⁷ móstrase contraria, pero a vacinación como medida adoptable é unha medida de saúde pública, con incidencia directa na saúde pública, polas consecuencias que pode implicar na saúde en xeral ese posible transmisor, xa que a persoa enferma é un axente transmisor ou pode selo e iso afecta á colectividade. Prima, polo tanto, o interese colectivo sobre o individual. Como conclusión, a Lei galega recolle así a vacinación como unha das posibles medidas adoptables polas autoridades sanitarias galegas. Non impón en ningún caso a obrigatoriedade da vacinación.

- Un terceiro grupo, relativo ao “contorno inmediato e ás zonas afectadas”: as medidas de control do contorno inmediato das persoas enfermas ou das persoas que estean ou estivesen en contacto con elas, así como das zonas afectadas, que detalla no número 6, de acordo cos principios de precaución e proporcionalidade, e que poderán consistir, entre outras, en:

³⁶ Nesta liña, o Auto do Xulgado do Contencioso-Administrativo n. 5 de Granada do 24 de novembro de 2010, que confirmaba a vacinación forzosa, solicitada pola Consellería de Saúde da Junta de Andalucía, por un brote de sarampelo nun colexio pola negativa duns pais a vacinar os seus fillos e fillas, baseándose no artigo 43.2 da CE e na Lei orgánica 3/198 polo carácter aberto destas medidas, exixibles e lexitimadas pola defensa da saúde pública. Auto ratificado por Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía 2393/2013, que se baseaba en que “a convivencia nun Estado social e democrático de dereito supón non só o respecto dos dereitos fundamentais a título individual, senón tamén que o seu exercicio non menoscabe o dereito do resto da sociedade que se rexe por unhas pautas de conduta que perseguen o interese xeral”.

³⁷ UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D., “Spain: Compulsory vaccination possibly constitutional, probably not this way”, *Lex-Atlas: Covid-19. Blog Symposium on Mandatory Vaccination*, 3/05/2021. Acceso web: <https://lexatlas-c19.org/compulsory-vaccination-in-spain-possibly-constitutional-probably-not-this-way/> (xullo de 2021).

- i) limitación ou restrición da circulación ou mobilidade das persoas,
- ii) control da entrada ou saída da zona afectada,
- iii) restricións ás agrupacións de persoas,
- iv) cribado.

Así mesmo, delimita estas restricións aos desprazamentos e agrupacións de persoas que “nunca poderán ser absolutas”. Dentro deste grupo, é interesante salientar o acoutamento das medidas limitativas ou restritivas da circulación ou de entrada e saída das zonas afectadas, así como o respecto ás competencias estatais en relación co dereito de reunión nas restricións ás agrupacións de persoas. Nesta liña, o Consello de Estado, no ditame 213/2021, do 22 de marzo, emitido en relación co recurso de inconstitucionalidade contra determinados preceptos da Lei galega 8/2021, precisa que:

- i) A limitación ou restrición da circulación ou de entrada e saída das zonas afectadas (art. 38.2.b.6.º i e ii), aínda que «non está expresamente recollida na Lei orgánica 3/1986, é indubidablemente unha das medidas oportunas (...) a que se refire o seu artigo 3 (...). A Lei 8/2008 de saúde de Galicia acouta as medidas de restrición, limitación da circulación ao “contorno inmediato” dos enfermos e as “zonas afectadas” pola enfermidade, nos termos previstos pola Lei orgánica 3/1986. Non prevé a adopción de medidas de limitación ou restrición de circulación dun alcance máis xeral, que serían propias, polo seu maior grao de afectación dos dereitos fundamentais e liberdades públicas, da declaración do estado de alarma».
- ii) E, en relación coas restricións ás agrupacións de persoas (art. 38.2.b.6.º iii), precisa que «a Lei 8/2008 de saúde de Galicia deixa en todo caso a salvo as competencias estatais de cara á eventual prohibición das reunións en tránsito público, as manifestacións, cando existan razóns fundadas de alteración da orde pública, con perigo para persoas ou bens, de conformidade co artigo 21 da Lei orgánica 9/1983, do 15 de xullo, reguladora do dereito de reunión»³⁸.

Polo demais, todas estas medidas adoptadas para situación de pandemia ocasionada pola COVID-19 demostraron a súa eficacia para a prevención da saúde, individual e colectiva, que é o seu fin primordial, como constataron informes científicos e os

³⁸ Ademais, en relación coas limitacións puntuais da liberdade de circulación, o Tribunal Supremo, na recente Sentenza 719/2021, do 21 de maio, resolve, entre outros extremos, que: «O artigo terceiro da Lei orgánica 3/1986 debe interpretarse conxuntamente cos artigos 26 da Lei 14/1986 e 54 da Lei 33/2011, e, así entendido, autoriza limitacións puntuais da liberdade de circulación sempre que a Administración:

- (i) Acredite a existencia dunha enfermidade transmisíbel grave que poña en perigo a saúde e a vida das persoas;
- (ii) Xustifique que esa limitación é imprescindible para impedir a devandita transmisión por non haber outros medios eficaces para logralo;
- (iii) Determine en función do número de enfermos e da súa localización a extensión subxectiva e territorial da limitación;
- (iv) Que fixe fundadamente o tempo indispensable en que debe manterse a limitación para impedir a difusión da enfermidade». E que “en definitiva a lexislación sanitaria si autoriza a limitación da liberdade de circulación sempre que se dean estas condicións”.

datos facilitados por Estado e comunidades autónomas e que previamente se aplicaron con respecto ás competencias descentralizadas en países como o Reino Unido³⁹.

- E un cuarto grupo, que se integra pola cláusula final aberta, comprensiva daquelas outras medidas sanitarias xustificadas e necesarias que, de acordo cos riscos e circunstancias en cada caso concorrentes, se estimen axeitadas para impedir ou controlar a propagación da enfermidade, en función do estado da ciencia e do coñecemento existente en cada momento, sempre con suxeición aos criterios e principios establecidos nesta lei e, en particular, de acordo co principio de proporcionalidade (7.^a).

Cláusula derradeira aberta que xustifica a exposición de motivos para permitir a adaptación ás circunstancias do caso, necesarias, como nos demostrou a situación actual coa pandemia da COVID-19, ben que debe tratarse en todo caso de medidas rodeadas das necesarias garantías, pois iso podería dificultar o seu fin primordial, que é a tutela da saúde pública e sempre con suxeición aos criterios e principios establecidos nesta lei especialmente co principio de proporcionalidade estrita. Estas garantías de concreción das medidas preventivas coas garantías procedementais requiridas para a súa adopción preceptuadas no artigo 38 ter, sen prexuízo da necesaria garantía xudicial conforme o disposto na lexislación procesual aplicable, en todo caso serán medidas temporais, de duración determinada, que se fixará en cada caso de acordo co que exixa a situación de risco inminente e extraordinario⁴⁰.

O procedemento de adopción é respectuoso coas previsións da normativa estatal aplicable (arts. 26.2 da Lei 14/1986, e 54.3 da Lei 33/2011), e nel establécense –como explícita a exposición de motivos da Lei galega– «as garantías fundamentais de motivación, publicación, se é o caso, cando as medidas afecten a unha pluralidade indeterminada de persoas, e audiencia, se a medida afecta a unha ou varias persoas determinadas, sempre que iso sexa posible, garantíndose, se non o fose, a súa realización nun momento posterior. Tamén se alude, entre outras cuestións, ao principio de precaución, que posibilitará a lícita adopción das medidas cando se axusten a unha axeitada avaliación do risco segundo a información dispoñible nese momento. Considéranse, así mesmo, outros requisitos de importancia como a temporalidade das medidas ou a necesaria información á poboación afectada. Xunto a iso, imponse expresamente como límite absoluto o respecto á dignidade da persoa e contéplase unha serie de regras sobre as medidas de posible adopción, como a relativa a que deben ser o menos intrusivas e invasivas posible para lograr o obxecto de saúde pública, inspiradas tamén no disposto no Regulamento sanitario internacional. Prevense, así mesmo, seguindo a liña do xa indicado na Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade, as regras de preferencia pola colaboración voluntaria das

³⁹ Acceso web: <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/coronavirus-and-devolution> (xullo de 2021).

⁴⁰ Signifícase ademais o maior grao de exixencia do requisito de proporcionalidade no caso particular de medidas limitativas de dereitos fundamentais e liberdades públicas. Con carácter xeral, estas medidas adoptaranse “coa urxencia” que o caso requira e “con independencia das medidas provisionais que puidesen adoptarse de acordo coa lexislación vixente no seo dun procedemento administrativo ou con anterioridade á súa iniciación”, xa que estas últimas, as medidas provisionais, se conectan a un procedemento administrativo.

persoas afectadas coas autoridades sanitarias, a prohibición de adopción de medidas obrigatorias que leven consigo risco para a vida e o mandato de que se utilicen as medidas que menos prexudiquen a liberdade de circulación das persoas e dos bens, a liberdade de empresa e calquera outro dereito afectado, xunto co necesario respecto ao principio de proporcionalidade».

Deste procedemento, que no caso alemán é admitido por PAPIER⁴¹ baixo estritos condicionamentos, destacamos no caso particular de medidas limitativas de dereitos fundamentais e liberdades públicas un maior grao de exixencia do requisito de proporcionalidade previsto na adopción de medidas preventivas xerais, segundo os tres subprincipios que, conforme reiterada doutrina do Tribunal Constitucional, integran este principio (idoneidade, necesidade e proporcionalidade estrita), sendo preceptiva a súa “xustificación de xeito expreso na motivación” das medidas, nos seguintes termos:

- 1) Que as medidas sexan adecuadas, no sentido de útiles, para conseguir o fin proposto de protección da saúde pública.
- 2) Que as medidas sexan necesarias, no sentido de que non exista outra medida alternativa menos gravosa para a consecución do dito fin con igual eficacia.
- 3) Que as medidas sexan ponderadas ou equilibradas por derivaren delas máis beneficios ou vantaxes para o interese xeral que prexuízos sobre outros bens ou valores en conflito, en atención á gravidade da inxerencia nos dereitos fundamentais e liberdades públicas e as circunstancias persoais dos que a sofren.

Por último, e non menos importante, engade que “a adopción destas medidas requirirá a necesaria garantía xudicial conforme o disposto na lexislación procesual aplicable”, que obviamente, como tiven ocasión de estudar noutro lugar, será competencia exclusiva das Cortes Xerais⁴².

A constitucionalidade da Lei galega vese avalada polo principio de conservación da norma e, xa que logo, de interpretación de todo o ordenamento consonte a Constitución. É doutrina constante do Tribunal Constitucional que a validez da lei debe ser preservada cando o seu texto non impide unha interpretación adecuada á Constitución (STC 108/1986), de maneira que será preciso explorar as posibilidades interpretativas do precepto cuestionado, “xa que, se houbese algunha que permitise salvar a primacía da Constitución, (...) resultaría procedente un pronunciamento interpretativo de acordo coa exixencia do principio de conservación da lei” (STC 202/2003, FX 6).

⁴¹ Só se a lei é definida e clara aqueles sometidos a ela poden respectar os seus mandatos. PAPIER, H.-J., “Umgang mit der Corona-Pandemie: Verfassungsrechtliche Perspektiven”, *Bundeszentrale für politische Bildung*, 21/08/2020. Acceso web: <https://www.bpb.de/apuz/314341/verfassungsrechtliche-perspektiven> (xullo de 2021).

⁴² SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “La casación civil autonómica. Nuevos criterios para su pleno desarrollo”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 2, 2004, pp. 1.307-1.320.

Resulta digno de ponderar o feito de que un legislativo autonómico lexislase para garantir os dereitos dos cidadáns e limitar o exercicio das potestades administrativas, pois como sinalou a doutrina é un aspecto que está na esencia do parlamentarismo e que favorece a efectividade dos dereitos fundamentais polas virtudes que achega á regulación a súa tramitación parlamentaria⁴³. No seu día afirmei que o carácter esencialmente normativo antes citado que ten a nosa constitución pon particular interese en remarcar o control do poder político⁴⁴. Díxose que unha sorte de desconfianza cara ao poder político subxace na redacción que os constituíntes quixeron dar a certos preceptos da carta magna. Quizais ideas semellantes son as que tivo en conta o lexislador galego cando foi o primeiro en establecer un marco legal de aseguramento dos seus cidadáns que impida a arbitrariedade do Executivo ao establecer uns límites de actuación en garantía da efectividade do dereito fundamental á saúde.

Bibliografía

- AXENCIA EUROPA PRESS, “Los juzgados deniegan los *habeas corpus* solicitados por padres de alumnos aislados en el hotel COVID de Palma”, *Diario La Ley*, 29/6/2021.
- ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., “Reivindicación de la ley y exigencias consecuentes para el legislador de nuestro tiempo”, *Revista de las Cortes Generales*, n. 110, 2021.
- BELLIDO ASPAS, M., “La pandemia Covid-19 como elemento acelerador de la modernización de la justicia española”, *elderecho.com Noticias jurídicas y actualidad*, 21/06/2021.
- CORTESE, F., “Stato e Regioni alla prova del coronavirus”, *Le Regioni*, n. 48(1), 2020.
- COTINO HUESO, L. “La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid”, Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0004>.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “Estado autonómico y lucha contra la pandemia”, Bigliano Campos, M.P. e Durán Alba, J.F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

⁴³ Así, NIEMBRO ORTEGA: “A lexitimidade das regras emitidas polo Parlamento atende á súa produción nun procedemento lexislativo que se poida considerar racional, é dicir, no que se asegure que todas as cuestións, temas e contribucións relevantes poidan facerse oír, se aborden e elaboren en discursos e negociacións sobre a base das mellores informacións e razóns posibles” (NIEMBRO ORTEGA, R., *La argumentación constitucional de la Suprema Corte. A diez años de la reforma de derechos humanos*, Universidade Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigacións Xurídicas, Instituto de Estudos Constitucionais do Estado de Querétaro, México, 2021, p. 34).

⁴⁴ SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “El Debate Constituyente”, *Revista Digital de la Asamblea Legislativa*, n. 4, 2003., p. 15. Aspecto, por outro lado, que xa apuntou con bo criterio o Estatuto de Galicia de 1936 cando afirmou a superioridade parlamentaria sobre o poder executivo, como inclúo en: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “A Arquitectura Xurídica do Estatuto do 1936 á vista da Hermenéutica do século XXI”, *1936. O estatuto esquecido*, Editorial Guiverny, Santiago de Compostela, 2016.

- DELGADO DEL RINCÓN, L.E., “Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia”, Biglino Campos, M.P. e Durán Alba, J.F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.
- GÓMEZ CORONA, E., “La desparlamentarización del sistema político español. De parlamentarismo excesivamente racionalizado a un Parlamento diluido”, *Revista de Derecho Político*, n. 111, 2021. <https://doi.org/10.5944/rdp.111.2021.31058>.
- LEPSIUS, O., “Protección de los derechos fundamentales en la pandemia del coronavirus”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 47, 2021.
- MATÍA PORTILLA, F.J., “Covid e intimidad”, Biglino Campos, M.P. e Durán Alba, J.F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.
- MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.
- NEKIT, K., “Restrictions of Private Property Right in Terms of the Covid-19 Pandemic: The Experience of the US, UK and Ukraine”, *The Age of Human Rights Journal*, n. 16, 2021. <https://doi.org/10.17561/tahrj.v16.6275>.
- NIEMBRO ORTEGA, R., *La argumentación constitucional de la Suprema Corte. A diez años de la reforma de derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2021.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A., “Vacunación generalizada y estado autonómico”, *El cronista del estado social y democrático de derecho*, n. 93-94, 2021.
- PAPIER, H.-J., “Umgang mit der Corona-Pandemie: Verfassungsrechtliche Perspektiven”, *Bundeszentrale für politische Bildung*, 21/08/2020.
- PENDÁS GARCÍA, B. (ed. lit.), *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI. Ciencias Políticas y Jurídicas (con especial referencia a la sociedad poscovid 19)*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.
- PRESNO LINERA, M., <https://twitter.com/PresnoLinera/status/1409759851014729728>.
- RUBIO NÚÑEZ, R., MARAÑÓN MARTÍN, L. e GONZALO ROZAS, M.A., “¿Existe el lobby ciudadano? Una experiencia de participación en el congreso de los diputados”, *Revista de las Cortes Generales*, n. 110, 2021. <https://doi.org/10.33426/rcg/2021/110/1573>.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “El debate constituyente”, *Revista Digital de la Asamblea Legislativa*, n. 4, 2003.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., *O Estatuto de Galicia: 20 anos de parlamento e xustiza constitucionais*, Edicións Xerais de Galicia, Vigo, 2003.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “La ordenación farmacéutica a la luz de la STC 152/2003 de 17 de Julio”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 3, 2003.

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “La casación civil autonómica. Nuevos criterios para su pleno desarrollo”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 2, 2004.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “Las decisiones constituyentes y su revisión tras XXV años de jurisprudencia y vida constitucional”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 2, 2004.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “O estado social e democrático de dereito e as súas proxeccións parlamentarias no caso galego”, *REGAP: Revista Galega de Administración Pública*, vol. 1, n. 39, 2005.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “Significado y alcance de la técnica normativa”, *Revista Debate. Revista de la Asamblea Nacional de Panamá*, n. 15, 2008.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., *Manual de Dereito Constitucional. Prácticas para un estudo comprensivo da materia*, Universidade de Vigo. Servizo de Publicacións, Vigo, 2010.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “Administración pública, Constitución e protección Medio Ambiental en España”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, n. 1, 2011.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., *Cuestións de dereito estatutario de Galicia*, Guiverny Editorial, Santiago de Compostela, 2016.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “A Arquitectura Xurídica do Estatuto do 1936 á vista da Hermenéutica do século XXI”, 1936. *O estatuto esquecido*, Editorial Guiverny, Santiago de Compostela, 2016.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “COVID-19. Una visión desde el Parlamento de Galicia y su administración electoral”, *Corts. Anuari de dret parlamentari*, n. 34, maio 2021.
- SOLDEVILA FRAGOSO, S., “El confinamiento general no supone un arresto domiciliario. Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Cristian-Vasile Terhes”, *Actualidad Administrativa*, n. 7-8, 2021.
- TOLOSA TRIBIÑO, C., “Problemas legales de la vacunación en España”, *Diario La Ley*, n. 9784, Sección Tribuna, 2021.
- UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D., “Spain: Compulsory vaccination possibly constitutional, probably not this way”, *Lex-Atlas: Covid-19. Blog Symposium on Mandatory Vaccination*, 3/05/2021.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_xullo-decembro 2021 | pp. 203-213
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4823>
© Alice de Nuccio
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 06/08/2021 | Aceptado: 16/12/2021

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Políticas de impulso demográfico na Comunidade Autónoma de Galicia: a Lei 5/2021, do 2 de febreiro¹

Políticas de impulso demográfico en la Comunidad Autónoma de Galicia: la Ley 5/2021, de 2 de febrero

Policies of demographic impulse in the Autonomous Community of Galicia: Law of 2 February 2021, n. 5

62 Regap

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

ALICE DE NUCCIO

Contratada predoutoral² na Área de Dereito Administrativo
Universidade de Santiago de Compostela

alice.denuccio@usc.es

Resumo: As políticas de impulso demográfico atópanse, nos últimos anos, entre as prioridades de actuación dos poderes públicos galegos. Co fin de dar resposta ás necesidades específicas da comunidade autónoma, o Parlamento de Galicia aprobou a Lei 5/2021, do 5 de febreiro, de impulso demográfico, cuxa estrutura e contido serán obxecto de análise neste traballo.

Palabras clave: Cambio demográfico, políticas de impulso demográfico, despoboación rural, organización administrativa.

¹ Traballo realizado no marco do proxecto de investigación: "Instrumentos xurídicos para a loita contra a despoboación no ámbito rural" (DESPORU), Ref.: RTI2018-099804-a-100. Financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación e Universidades, Axencia Estatal de Investigación. Goberno de España.

² Contrato predoutoral para a formación de doutores. Subprograma estatal de formación do Ministerio de Ciencia, Innovación e Universidade. PRE2019-087874.

Resumen: Las políticas de impulso demográfico se encuentran, en los últimos años, entre las prioridades de actuación de los poderes públicos gallegos. Con el fin de dar respuesta a las necesidades específicas de la comunidad autónoma, el Parlamento de Galicia ha aprobado la Ley 5/2021, de 5 de febrero, de impulso demográfico, cuya estructura y contenido serán objeto de análisis en el presente trabajo.

Palabras clave: Cambio demográfico, políticas de impulso demográfico, despoblación rural, organización administrativa.

Abstract: In the last years, the policies of demographic impulse have become one of the Galician Public Powers' priorities of action. With the aim of giving answers to its specific needs the Galician Parliament has approved the Law of 2 February 2021, n. 5, about the demographic impulse, whose structure and contents will be object of analysis in this paper.

Key words: Demographic change, policies of demographic impulse, rural depopulation, administrative organization.

SUMARIO: 1 Marco competencial. 2 Ámbito de aplicación. 3 Políticas públicas para o impulso demográfico. 3.1 Tipoloxía. 3.2 Liñas de actuación orientadas a lograr unha maior cohesión social. 3.2.1 Conciliación da vida persoal e familiar. 3.2.1.1 Medidas xerais. 3.2.1.2 Medidas específicas para o sector público. 3.2.1.3 Medidas relativas ao sector privado. 3.2.2 Apoio á xuventude. 3.2.2.1 Educación. 3.2.2.2 Acceso ao emprego. 3.2.3 Promoción do envellecemento activo e saudable. 3.2.4 Retorno de emigrantes e atracción de nova poboación. 3.3 Liñas de actuación orientadas a lograr unha maior cohesión territorial. 3.3.1 Servizos públicos. 3.3.2 Fomento das iniciativas privadas. 3.3.3 A responsabilidade social territorial (RST). 4 A organización administrativa en materia de impulso demográfico.

1 Marco competencial

O tratamento do problema demográfico que afecta a España e, en particular, a Galicia require da adopción de medidas en ámbitos moi diversos. Así, no marco das competencias da Comunidade Autónoma de Galicia, aprobouse recentemente a Lei 5/2021, do 2 de febreiro, de impulso demográfico de Galicia (en diante LIDG), que, a pesar de ser impulsada pola Consellería de Política Social, ten por obxecto deseñar as liñas principais da política demográfica galega de xeito transversal.

En concreto, a LIDG, intervención lexislativa necesaria e especialmente oportuna, estruturada nun título preliminar, dous títulos, divididos en tres e sete capítulos, cento nove artigos, dúas disposicións adicionais, unha disposición derogatoria e oito disposicións finais, contén, por unha parte, a regulación dunha serie de instrumentos de planificación estratéxica³, e, por outra parte, a disciplina de diversas medidas orientadas a resolver a cuestión demográfica de modo transversal. Así, a súa finalidade última, tal como se sinala no artigo 3.1, é «o impulso e a dinamización

³ Véxase: "Estratexia para a prevención e detección precoz da dependencia, horizonte 2020", "Plan de dinamización demográfica de Galicia 2013-2016, Horizonte 2016" e "Estratexia de inclusión social de Galicia 2014-2020", cuxos textos se poden consultar en: <https://politicassocial.xunta.gal/es/recursos/planes-e-programas>; "Plan estratéxico de Galicia 2015-2020", cuxo texto se pode consultar en: http://www.planestrategico.gal/es_ES/presentacion; "Programa de apoio á natalidade (PAN Galicia)", cuxo texto se pode consultar en: http://www.pan.gal/portada_tarjeta_cas.html; "Estratexia galega de envellecemento activo desde a innovación 2016-2020", cuxo texto se pode consultar en: <https://politicassocial.xunta.gal/es/recursos/publicaciones/esgaen-estrategia-galega-de-envellecemento-activo-desde-innovacion-2016-2020>; "VII Plan estratéxico de Galicia para a igualdade de oportunidades entre mulleres e homes 2017-2020" e "Plan galego de conciliación e coresponsabilidade 2018-2021", cuxos textos se poden consultar en: <http://igualdade.xunta.gal/es/programas>; e "Estratexia Retorna 2020", cuxo texto se pode consultar en: <https://emigracion.xunta.gal/es/estrategia-retorna-2020>.

demográfica de Galicia mediante a ordenación e coordinación das políticas públicas autonómicas e o fomento da actuación conxunta das administracións públicas e dos distintos interlocutores sociais e económicos de Galicia», actuacións todas elas de crucial importancia no contexto dunha crise demográfica que se estende moito máis alá do ámbito autonómico e estatal, sendo hoxe un fenómeno xeral dos países desenvolvidos.

As previsións desta lei atopan o seu fundamento, segundo se dispón na súa exposición de motivos, na competencia da Comunidade Autónoma de Galicia en materia de fomento e planificación da actividade económica (art. 30.I.1 do Estatuto de autonomía), así como noutros títulos competenciais máis específicos, como o de réxime local, ordenación do territorio e do litoral, urbanismo e vivenda, obras públicas, estradas e transporte, portos, montes, pesca, turismo, asistencia social e medio ambiente (art. 27, números 2, 3, 7, 8, 9, 10, 15, 21, 23 e 30, do Estatuto de autonomía); réxime xurídico da Administración pública de Galicia e réxime estatutario do seu funcionariado e contratos (art. 28, números 1 e 2, do Estatuto de autonomía); industria, agricultura, gandería e comercio (art. 30.I.2, 3 e 4 do Estatuto de autonomía); e educación e sanidade (arts. 31 e 33 do Estatuto de autonomía).

2 Ámbito de aplicación

A LIDG busca implicar na complexa tarefa de abordar o reto demográfico todo o sector público autonómico e as administracións locais. Así se desprende do seu artigo 2, onde se inclúe no seu ámbito subxectivo de aplicación tanto a Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e as entidades públicas instrumentais do sector público autonómico como as administracións locais e as entidades públicas vinculadas ou dependentes destas, sen prexuízo do necesario respecto á súa autonomía constitucionalmente garantida.

Así mesmo, esténdese a aplicación dos principios xerais desta lei ás entidades instrumentais que non teñan natureza xurídico-pública pertencentes ao sector público autonómico, ás que, en todo caso, serán directamente aplicables os preceptos relativos ao conxunto do sector público autonómico.

3 Políticas públicas para o impulso demográfico

3.1 Tipoloxía

Tras enunciarse os principios xerais orientadores das políticas de impulso demográfico, a LIDG fixa, no seu artigo 11, as políticas prioritarias para o impulso demográfico: a) políticas que faciliten a emancipación da xuventude con programas específicos que promovan o seu acceso a empregos estables e de calidade e para o acceso á vivenda; b) políticas de conciliación e corresponsabilidade que actúen como panca de participación das mulleres no mercado laboral, favorecendo o incremento dos índices

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

de fecundidade e evitando desequilibrios na composición das cohortes de idades susceptibles de formar unha familia; c) políticas que aposten decididamente pola diversificación económica no medio rural, a redución das trabas burocráticas para o establecemento de iniciativas empresariais e a garantía de acceso axeitado aos servizos para a poboación e as empresas que se establezan nel; e d) políticas específicas de capacitación dixital de toda a poboación do medio rural que lle permitan estudar, traballar, comunicarse, atender as súas necesidades básicas e superar o illamento.

Así mesmo, no título II da LIDG identifícanse sete macroámbitos de intervención, abordados en cadanseus capítulos: criterios de actuación en materia de vivenda; apoio ás familias; conciliación da vida familiar, laboral e persoal; apoio á xuventude; retorno e atracción de nova poboación; equilibrio territorial; promoción do envellecemento activo e saudable.

Polo tanto, son dúas as liñas de intervención que parecen orientar as previsións da LIDG: a primeira, a “perspectiva social”, centrada nas persoas, coa que se pretenden alcanzar estándares altos de calidade de vida en cada unha das súas fases (xuventude, madureza e vellez); a outra, a “perspectiva territorial”, centrada no territorio, coa intención de asentar e empregar a poboación de xeito equilibrado ao longo de toda a súa extensión, é dicir, de contribuír á loita contra a despoboación rural.

3.2 Liñas de actuación orientadas a lograr unha maior cohesión social

3.2.1 Conciliación da vida persoal e familiar

3.2.1.1 Medidas xerais

A familia, de conformidade co artigo 3 f) da LIDG, defínese como un núcleo estable de convivencia formado por unha persoa ou unha parella unida por un vínculo conxugal ou de afectividade análoga á conxugal, de carácter xurídico ou non, e as persoas ascendentes, as que dependan delas por filiación, adopción, tutela ou acollemento e aquelas que teñan ao seu cargo.

O artigo 32 da LIDG prevé un réxime de axudas económicas para as familias con fillos, ata que os nenos cumpran 3 anos –cunha especial atención a aquelas que habitan no medio rural e costeiro non urbano–, que se amplían en función da situación económica familiar e do número de fillos⁴.

Xunto ás anteriores, prevense diferentes actuacións en materia de mellora das vivendas (art. 35), acceso á rede de transporte (art. 36) e á educación infantil 0-3 (art. 37), pero non está claro se estas constitúen a materialización do réxime de axudas económicas antes mencionado ou se se engaden xunto a estas.

⁴ De feito, a Administración autonómica debe aprobar plans específicos de apoio ás familias numerosas (art. 39) e monoparentais (art. 40).

Así mesmo, partindo da premisa de que o coidado dos fillos e das persoas dependentes é unha responsabilidade tanto dos poderes públicos como da sociedade civil⁵, a LIDG establece medidas destinadas a favorecer a conciliación da vida familiar e laboral, tanto no sector público como no privado.

3.2.1.2 Medidas específicas para o sector público

No sector público, a normativa obriga a Administración autonómica a intervir nas condicións en materia de promoción profesional, provisión, selección e contratación de persoal e nas convocatorias con incidencia nesta materia para que a maternidade, a paternidade ou o coidado de persoas dependentes non sexan motivo de discriminación, nin o tempo de inactividade profesional por razóns determinadas supoña penalización, prexuízo ou demérito. En relación con este último aspecto, prevese a posibilidade de aplicar a devandita previsión de forma retroactiva⁶.

En situacións familiares específicas, de maior duración que as anteriores, a LIDG fomenta a flexibilidade horaria e espacial do traballo, promovendo, por exemplo, a fórmula do teletraballo⁷.

3.2.1.3 Medidas relativas ao sector privado

Os artigos 55 e seguintes conteñen diversas medidas dirixidas ao sector privado que coinciden, en esencia, coas que acaban de describirse. Estas medidas forman parte dos programas que a Administración está obrigada a desenvolver no eido da responsabilidade social das empresas, incluíndo axudas destinadas a facilitar a conciliación da vida familiar e profesional⁸.

Así mesmo, prevese o emprego da contratación no sector público autonómico para a consecución destes fins, mediante a inclusión, naqueles casos en que se utilice unha pluralidade de criterios para a adxudicación dun contrato e sempre que exista vinculación co seu obxecto, dun criterio referido ás políticas empresariais en materia de conciliación da vida persoal, familiar e laboral e corresponsabilidade que se apliquen na execución do contrato, entendendo por tales, entre outras, as que incorporen medidas de flexibilidade espacial, tales como o teletraballo, ou de flexibilidade na

⁵ Véxase o artigo 45.1 da LIDG.

⁶ Véxase o artigo 51 da LIDG.

⁷ Trátase, en particular, das situacións descritas no artigo 52 LIDG: a) Ter fillos ou fillas ou persoas acollidas menores de idade ou fillos ou fillas maiores de idade incapacitados xudicialmente ao seu cargo; b) Convivir con familiares que, por enfermidade ou avanzada idade, necesiten de asistencia ou ter ao seu cargo persoas con discapacidade ata o primeiro grao de consanguinidade ou afinidade; c) Ser vítimas de violencia de xénero as empregadas públicas. Nas situacións a), c) e de persoal empregado público que se atope nun proceso de nulidade, separación ou divorcio desde a solicitude de medidas provisionais previas, ata transcorridos tres meses desde a citada demanda ou, se é o caso, desde a citada solicitude, o artigo 53 prevé que a Administración autonómica estableza unha bolsa de horas de libre disposición para o coidado de fillos ou fillas menores de idade, persoas maiores a cargo e persoas con discapacidade ata o primeiro grao de consanguinidade ou afinidade que necesiten a asistencia.

⁸ Véxanse os artigos 55 e 56 da LIDG.

organización do tempo de traballo, melloras dos permisos legalmente establecidos ou beneficios sociais para a atención das responsabilidades familiares⁹.

3.2.2 Apoio á xuventude

Moito máis exiguo é o capítulo da LIDG dedicado ao apoio á xuventude. As medidas céntranse, fundamentalmente, en dous obxectivos: a educación e o acceso ao emprego¹⁰.

3.2.2.1 Educación

En relación coa educación formal ou regulada, como instrumento de desenvolvemento do proxecto de vida dos mozos galegos, o artigo 62.1 da LIDG atribúelle á Administración autonómica o deber de desenvolver unha política educativa que teña en conta as necesidades do mercado laboral e as potencialidades do territorio.

Menos xenérico é o segundo parágrafo do mesmo artigo, no que se facilita a saída do territorio da comunidade autónoma para a mellora das capacidades e a adquisición de novas competencias. Non obstante, as medidas vinculadas a esta finalidade deben formar parte dun “plan de retorno” en Galicia, específico para a xuventude, onde aproveitar as mesmas capacidades e competencias.

Paralelamente, a educación non formal debe incluír programas de desenvolvemento persoal que reforcen as capacidades transversais e programas de voluntariado destinados, entre outros, á prestación de coidados no ámbito familiar¹¹.

3.2.2.2 Acceso ao emprego

No marco das políticas de promoción de empresas, a Administración pública encárgase da preparación dun plan específico, froito da colaboración co «tecido asociativo» e os «axentes sociais», no que se preverán incentivos e axudas á xuventude para a creación de empresas ou o autoemprego¹².

Para impulsar un «ecosistema de emprego» que atraia a xente nova, necesítase desenvolver accións específicas para promover as oportunidades de emprego nos sectores relacionados coa innovación, o desenvolvemento tecnolóxico, a creatividade e as tecnoloxías da información e a comunicación¹³.

⁹ Artigo 57 da LIDG: «este criterio deberá valorarse como mínimo co 10% da puntuación máxima que se lles poida atribuír ás ofertas, debendo motivarse no expediente a atribución dunha porcentaxe menor, que non deberá ser inferior ao 5% da puntuación máxima».

¹⁰ Artigo 61 da LIDG.

¹¹ Artigo 63 da LIDG. A xuízo de quen escribe, esta especificación non ten nada que ver coa axuda ao desenvolvemento do proxecto de vida, incluído o aspecto familiar, dos mozos galegos. Aínda segue a ser, sen dúbida, unha medida importante para o fortalecemento do seu sentido de solidariedade.

¹² Artigo 64 da LIDG.

¹³ Artigo 65 da LIDG. Tería sido interesante establecer como conxugar esta sección coas potencialidades do territorio sobre as cales debe desenvolverse a política educativa, considerando a predominancia do territorio rural en Galicia.

3.2.3 Promoción do envellecemento activo e saudable

No capítulo dedicado ao envellecemento activo e saudable, tras a experiencia vivida coa epidemia da COVID-19, cabe destacar a previsión de actuacións especiais para «situacións epidemiolóxicas de carácter extraordinario»: nestas circunstancias, a Administración autonómica promoverá a especial protección das persoas maiores a través da aprobación de protocolos específicos de actuación nos centros de servizos sociais¹⁴.

Así mesmo, neste ámbito cabe destacar as previsións relativas á «economía do envellecemento», é dicir, o conxunto das actividades económicas destinadas a satisfacer as necesidades e demandas das persoas maiores. A Administración autonómica, en particular, está obrigada a garantir a súa cobertura, «á vez que se aproveita a oportunidade e potencialidade que aquelas supoñen para a economía galega»¹⁵. Esta previsión axústase ao recente *Libro verde sobre o envellecemento. Fomentar a solidariedade e a responsabilidade entre xeracións*, do 27 de xaneiro de 2021, cuxo obxectivo é «iniciar un amplo debate político sobre o envellecemento co fin de discutir opcións sobre como anticiparse e responder aos desafíos que presenta e as oportunidades que brinda»¹⁶. O aspecto máis innovador da mencionada Comunicación da Comisión é, precisamente, a chamada «economía prateada»: «un cambio xeral da demanda de produtos e servizos que reflicte as necesidades e preferencias específicas das persoas maiores»¹⁷. A economía prateada, polo tanto, convértese nunha estratexia de revitalización dos territorios da Unión para loitar contra o dobre desafío da despoboación e o envellecemento demográfico.

Por último, o artigo 109 da LIDG constitúe un elemento de conexión entre mozos e maiores, que pretende reforzar as relacións entre as xeracións, tanto na lóxica social da solidariedade e responsabilidade recíproca como na lóxica identitaria/cultural da transmisión dos coñecementos, das tradicións e da lingua galega.

3.2.4 Retorno de emigrantes e atracción de nova poboación

O capítulo IV da LIDG conta cunha sección dedicada ao fomento do retorno da poboación galega residente no exterior e con outra relativa á atracción de nova poboación.

A primeira prevé dous instrumentos: por unha banda, programas de carácter cultural, lingüístico, educativo, sociosanitario e de reforzo dos vínculos dirixidos á

¹⁴ Artigo 102.3 da LIDG. Neste sentido, a teleasistencia avanzada, prevista no artigo 103.3 da LIDG, demostrouse esencial durante a epidemia de COVID-19.

¹⁵ Artigo 104 da LIDG.

¹⁶ COM(2021) 50 final, cuxo texto se pode consultar en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/com_2021_50_f1_green_paper_es.pdf, p. 2.

¹⁷ COM(2021) 50 final, p. 9. A Comisión enuncia as posibilidades que presenta a economía prateada: emprego (turismo, os fogares intelixentes que contribúen a unha vida independente, as tecnoloxías de asistencia, os produtos e servizos accesibles, a robótica de servizos, o benestar, a cosmética e a moda, a seguridade, a cultura, a mobilidade persoal e automatizada, e a banca), innovación científica e médica (máis oportunidades para os que desenvolven tecnoloxías e para os profesionais sanitarios e os cuidadores altamente cualificados, avances para responder ao envellecemento da sociedade).

poboación galega residente no exterior¹⁸; e, por outra banda, accións de información, orientación e seguimento da persoa e da súa familia, tanto antes do regreso (no país de procedencia) como despois (tras a súa chegada a Galicia)¹⁹.

Na sección sobre a atracción de nova poboación prevese que a Administración autonómica determine os perfís profesionais dos que a Comunidade e, en particular, o medio rural e costeiro non urbano²⁰ carece. Estes serán os postos de traballo ofrecidos á hipotética nova poboación²¹.

3.3 Liñas de actuación orientadas a lograr unha maior cohesión territorial

A regulación contida no capítulo VI da LIDG está orientada polo principio do equilibrio territorial. As medidas nel previstas teñen por obxecto lograr unha «ordenación equilibrada do territorio que garanta o acceso equitativo ás oportunidades e os servizos públicos e corrixa as desigualdades entre os diferentes territorios de Galicia e as zonas de interior e de costa e, particularmente, a polarización entre o medio rural e urbano»²², e, con este fin, disciplínanse medidas xurídicas específicas para a loita contra a despoboación rural que a Administración autonómica está obrigada a desenvolver no contexto da ordenación do territorio²³.

Substancialmente, para o equilibrio territorial, a LIDG encoméndalle á Administración autonómica o desenvolvemento de actividades de servizo público e de fomento das iniciativas privadas no medio rural e costeiro non urbano. A planificación destas actividades debe realizarse dunha forma sustentable en termos sociais, económicos e ambientais, en coordinación coa Estratexia galega de infraestrutura verde e da conectividade e restauración ecolóxicas, no marco estatal e europeo sobre a economía azul e a economía circular.

3.3.1 Servizos públicos

Considerando que os desequilibrios demográficos se deben, en boa medida, á distribución e a calidade dos servizos públicos no espazo, as administracións públicas de Galicia deben garantir a accesibilidade por parte de toda a cidadanía, con independencia do seu lugar de residencia, aos servizos básicos de carácter educativo, sanitario, social e de xustiza²⁴.

¹⁸ Artigo 70.1 da LIDG.

¹⁹ Artigo 73 da LIDG.

²⁰ Artigo 76 da LIDG, denominado «Zonas de actuación prioritaria no impulso demográfico».

²¹ Véxase o artigo 73 da LIDG.

²² Artigo 4.e) da LIDG. O medio rural e costeiro non urbano está definido polo artigo 3.j) como as «zonas intermedias (ZIP) e zonas pouco poboadas de Galicia (ZPP)», segundo a clasificación do grao e subgrao de urbanización das parroquias galegas realizada polo Instituto Galego de Estatística.

²³ Sobre este tema, véxase MIGUEZ MACHO, L., «La ordenación territorial y urbanística como instrumentos en la lucha contra la despoblación del medio rural. El caso de Galicia», *Práctica Urbanística*, n. 164, maio-xuño 2020.

²⁴ Artigo 80 da LIDG.

Co fin de conseguir unha maior cohesión territorial e social, contéñense disposicións relativas aos servizos de transporte (establecemento de liñas de transporte regular ou a demanda entre o medio rural e costeiro non urbano e o urbano) e telecomunicacións (extensión de redes de acceso a Internet) no medio rural e costeiro non urbano²⁵. Polo tanto, parece que para o lexislador autonómico estes representan, probablemente, os servizos sobre os que apostar para satisfacer o *gap* entre as zonas rurais e as zonas urbanas. Por último, cabe destacar a atención particular que se presta ao servizo de educación infantil nos concellos con menos de cinco mil habitantes, onde a consellería competente en materia de política social deberá impulsar fórmulas de prestación de servizos que permitan dotalos de recursos para a atención dos nenos menores de 3 anos.

3.3.2 Fomento das iniciativas privadas

No ámbito das actividades de fomento, a Administración autonómica debe impulsar as actividades e industrias creativas e culturais vencelladas ao territorio de Galicia, o turismo rural e as actividades agroforestais e marítimo-pesqueiras²⁶.

Sobre este último aspecto, a actividade de fomento debe realizarse no marco regulador da Unión Europea e do Estado, plausiblemente a partir do piar do desenvolvemento rural da política agrícola común (PAC) e dos programas de desenvolvemento rural a nivel estatal e rexional. Para asegurar o desenvolvemento sustentable destas actividades produtivas, a súa capacidade de asentamento da poboación e de redistribución económica debe aproveitarse mediante a recuperación de terras abandonadas²⁷ ou infrautilizadas e a xestión activa e multifuncional do monte e do campo galegos²⁸. Precisamente a partir da multifuncionalidade, como característica intrínseca da agricultura campesiña, é posible desenvolver a diversificación da actividade económica e non é casual que a mesma diversificación deba realizarse a través de estratexias que impulsen o respecto ao medio ambiente e á contorna e idiosincrasia do lugar²⁹.

²⁵ Véxanse, respectivamente, os artigos 81 e 82 da LIDG.

²⁶ Véxanse os artigos 88, 89, 91 e 92 da LIDG.

²⁷ A recuperación de terras abandonadas está relacionada co tema do seu acceso, para o cal a LIDG prevé a súa facilitación a través dos instrumentos previstos na normativa autonómica sectorial (art. 90), e do impulso das actividades agroforestais, a través do desenvolvemento da figura dos «polígonos agroforestais» (art. 91.2). A Lei 11/2021, do 14 de maio, de recuperación da terra agraria de Galicia, establece a súa regulación no título V, capítulo I. Da letra da lei dedúcese que se trata de perímetros de terra agroforestal en estado de abandono ou infrautilización con capacidade produtiva onde se persegue a posta en produción ou a mellora da estrutura territorial de explotacións xa existentes. Como se le no artigo 68.1 da lei, «o desenvolvemento de polígonos agroforestais poderán efectuarse mediante iniciativas públicas, a través da Axencia Galega de Desenvolvemento Rural, ou de iniciativas privadas por medio dun ou varios axentes promotores produtivos. Nos dous casos será necesario dispor do acordo das persoas titulares da superficie que represente, como mínimo, o 70% das terras incluídas no perímetro proposto de polígono agroforestal».

²⁸ Sobre o tema da agricultura multifuncional, *vid.* DE NUCCIO, A. e MONTEDURO, M., "Multifunzionalità dell'agricoltura per la rigenerazione delle aree rurali a rischio di desertificazione demografica, economica e socio-culturale", *Istituzioni del Federalismo*, n. 2, 2020, pp. 365-393.

²⁹ Véxase o artigo 93 da LIDG. Un exemplo de actividade que pode desenvolverse a partir da agricultura multifuncional é o comercio de proximidade, considerado no artigo 99 da LIDG, é dicir, cadeas de distribución curtas e de mercados locais.

3.3.3 A responsabilidade social territorial (RST)

Un incentivo non económico para a revitalización do medio rural e costeiro non urbano é a «responsabilidade social territorial» (RST). Trátase dun aspecto da responsabilidade social corporativa das empresas ou organizacións que ten o seu reflexo no conxunto das «accións [...] que supoñan un incremento do emprego local, unha valorización do patrimonio natural e cultural da zona e/ou unha mellora das condicións de vida da poboación residente na zona de influencia»³⁰.

A vantaxe para as empresas ou organizacións que obteñen o recoñecemento por parte da Administración da titularidade da RST reside na posibilidade de ter unha ponderación específica nas convocatorias públicas ou no caso de outorgamento de títulos habilitantes para actividades económicas³¹.

4 A organización administrativa en materia de impulso demográfico

En materia organizativa, a LIDG prevé a creación de diversos órganos coa finalidade de coadxuvar ao cumprimento dos seus fins.

En primeiro lugar, procédese á creación da Comisión para o Impulso Demográfico, que o artigo 20.1 da LIDG configura como «órgano de colaboración e cooperación da Administración autonómica, os municipios e as deputacións provinciais de Galicia en materia de impulso demográfico». A través deste órgano, preténdese reforzar e mellorar a coordinación inter e intraadministrativa, considerando que ten as funcións de promover a colaboración e o intercambio de información en materia demográfica entre as antes mencionadas administracións, facilitar o consenso arredor das políticas de impulso demográfico e promover sistemas de cooperación e coordinación para a xestión integrada das políticas públicas de impulso demográfico entre estas, e elaborar e aprobar a estratexia demográfica para o conxunto das administracións públicas de Galicia³².

En segundo lugar, créase a Comisión Técnica para o Impulso Demográfico, que, de acordo co establecido no artigo 21.1 da LIDG, se configura como «órgano da Administración xeral da comunidade autónoma para a coordinación das políticas autonómicas de impulso demográfico e para asegurar a aplicación transversal e a incorporación efectiva da perspectiva demográfica».

En terceiro lugar, o Observatorio Galego de Dinamización Demográfica, que, creado polo Decreto 104/2016, do 28 de xullo, e disciplinado no artigo 22 da LIDG, se define como «o órgano colexiado da Administración xeral da Comunidade Autónoma

³⁰ Artigo 101.3 da LIDG.

³¹ Artigo 101.5 da LIDG. A pesar de que o lexislador galego fai referencia á “responsabilidade social territorial” como se fose parte da “responsabilidade social corporativa”, a primeira, no plano sociolóxico, considérase unha evolución da segunda. Véxase a este respecto o ensaio de DE LA PIERRE, S., “Dalla responsabilità sociale alla responsabilità socio-territoriale d’impresa”, *Scienze del Territorio*, n. 6, 2018, pp. 94-108.

³² Artigo 20.3 da LIDG.

de Galicia para o asesoramento, a colaboración institucional e a participación social en materia de demografía no eido da Comunidade Autónoma de Galicia».

Bibliografía

- DE LA PIERRE, S., “Dalla responsabilità sociale alla responsabilità socio-territoriale d’impresa”, *Scienze del Territorio*, n. 6, 2018.
- DE NUCCIO, A. e MONTEDURO, M., “Multifunzionalità dell’agricoltura per la rigenerazione delle aree rurali a rischio di desertificazione demografica, economica e socio-culturale”, *Istituzioni del Federalismo*, n. 2, 2020.
- MIGUEZ MACHO, L., “La ordenación territorial y urbanística como instrumentos en la lucha contra la despoblación del medio rural. El caso de Galicia”, *Práctica Urbanística*, n. 164, maio-xuño 2020.

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_xullo-decembro 2021 | pp. 215-244
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4901>
© Francisco de Cominges Cáceres
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 17/01/2022 | Aceptado: 17/01/2022

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence

62 Regap

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES
Maxistrado (Galicia, España)

f.cominges@poderjudicial.es

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Os concellos poden cobrar por vía executiva (constrinximento) créditos de dereito público fronte á Administración do Estado. 1.2 Convocatoria urxente dun pleno extraordinario. Límites. 1.3 Bonificacións de Sogama ás administracións locais no servizo de tratamento de residuos sólidos. Requiren da rebaixa efectiva da taxa que se lles cobra aos cidadáns. Autotutela declarativa de Sogama para exixir o seu reintegro. 1.4 Potestade de recuperación de oficio do dominio público municipal. Non cabe fronte ao incumprimento de deberes urbanísticos (cesións para ampliación de viario). Prescrición. 2 Contratos. 2.1 Prestacións realizadas por encargo verbal sen procedemento de contratación. Enriquecemento inxusto. Mala fe do contratista. 2.2 Revisión do réxime económico da concesión municipal do transporte colectivo de viaxeiros. 2.3 Reclamación de xuros de demora no contrato de xestión do servizo de recollida de residuos sólidos urbanos. Peculiaridades do procedemento extraordinario de pagamento a provedores. Cómputo do prazo de prescrición na reclamación de xuros. 3 Crise sanitaria do coronavirus (COVID-19). 3.1 Exixencia de pasaporte COVID. 3.2 Restricións de circulación e reunión durante as festas do Nadal. 4 Expropiación forzosa. 4.1 Non procede descontar do prezo xusto do expropiado (propietario) as indemnizacións correspondentes aos arrendatarios. 5 Medio ambiente e urbanismo. 5.1

Minoración da servidume de protección de costas de 100 a 20 metros nos núcleos rurais. 5.2 Prazo de prescripción das reclamacións indemnizadoras (responsabilidade patrimonial) pola anulación de licenzas urbanísticas. 5.3 Silencio administrativo nas solicitudes de licenza para obras maiores de nova planta. 5.4 Recurso dirixido fronte a resolución municipal desestimatoria de licenza pola previa denegación da autorización sectorial autonómica preceptiva. Non basta con impugnar a resolución final (municipal), debe recorrerse tamén contra a autonómica. 5.5 Falta de competencia profesional dos enxeñeiros técnicos industriais para subscribir proxectos de minigaso-lineiras en réxime de autoservizo. 6 Persoal. 6.1 Persoal temporal. Consecuencias do abuso na situación de temporalidade. 7 Procedemento administrativo. 7.1 Acreditación da representación dunha entidade mercantil na fase de interposición de recurso administrativo (alzada/reposición). Basta o certificado de sinatura electrónica habilitante para actuar electronicamente. 8 Proceso contencioso-administrativo. 8.1 Lexitimación pasiva de quen comparece no proceso como codemandado. Non cabe para un concelleiro da oposición que unicamente pretenda defender os intereses da corporación municipal. 8.2 Determinación da contía en recursos fronte a sancións disciplinarias a funcionarios. 8.3 Responsabilidade patrimonial das mutuas de enfermidades profesionais por asistencia sanitaria deficiente. Competencia da xurisdición contencioso-administrativa. 9 Responsabilidade patrimonial. 9.1 Pola anulación xudicial da prórroga de concesións de transporte de viaxeiros por estradas. Actuación administrativa razoada e razoable. Inexistencia de antixuridicidade e de relación de causalidade. 10 Tributos. 10.1 Ordenanza fiscal municipal reguladora da taxa sobre o ciclo integral da auga. Informe técnico-económico sobre o custo do servizo. 11 Universidades.

1 Administración local

1.1 Os concellos poden cobrar por vía executiva (constrinximento) créditos de dereito público fronte á Administración do Estado

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS), na súa Sentenza do 19 de outubro de 2021 (rec. 2471/2019, relator: Olea Godoy), resolve en fase de casación un conflito entre o Concello de Nigrán e o Consorcio da Zona Franca de Vigo (Administración do Estado), confirmando o dereito do primeiro (por medio do ORAL da Deputación Provincial) a cobrar en vía executiva (constrinximento) unha débeda de natureza urbanística (líquida e firme). O alto tribunal nesta sentenza establece, como doutrina xurisprudencial, que:

«cuando en el desarrollo de un convenio interadministrativo, una de las Administraciones contratantes (acreedora) dicta un acto estableciendo una determinada deuda a satisfacer por la otra Administración contratante (deudora), y dicha declaración adquiere firmeza, no pudiendo ser impugnada en vía administrativa ni jurisdiccional, la Administración acreedora puede acudir al procedimiento de apremio, caso de que por parte de la Administración deudora no se atiende el requerimiento de pago de la deuda declarada por resolución definitiva; siempre que se reúna todos los presupuestos formales del mencionado procedimiento de ejecución y con los límites que comporta la salvaguarda de los bienes de dominio público que pudieran verse afectados en su tramitación».

Acada a devandita conclusión tras considerar que:

«puede acudir al procedimiento de apremio una Administración pública para la afectividad de las deudas firmes, aun cuando el deudor sea otra Administración

pública. Y ello por cuanto, como se razona en todas las sentencias citadas, no puede ser obstáculo a dicha autotutela el hecho de inembargabilidad de los bienes públicos, habida cuenta de los reiterados argumentos de que esa condición no excluye los bienes patrimoniales, como es sabido. Tampoco constituye una objeción el sugestivo argumento, complementario del anterior, de que se vería afectada la potestad presupuestaria, en el sentido de que, si para dicho apremio debe la Administración apremiada incluir créditos extraordinarios para el pago, comporta alterar dicha potestad, porque esa misma relevancia tendría excluir el cobro de la deuda por la Administración ejecutante, que sin tales ingresos ve alterada esa misma potestad presupuestaria.

(...) El hecho de que nuestra Ley procesal establezca una especial determinación de la competencia para cuando el objeto del recurso sea un convenio entre Administraciones públicas en nada afecta al debate de autos. En efecto, cuando el artículo 10.1º.g) y 11.1º.c) de la Ley Jurisdiccional atribuyen al conocimiento de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional el conocimiento de tales cuestiones, o incluso cuando se establece el peculiar régimen de admisión del recurso de casación que respecto de tales procesos se establece en el artículo 88.2º.h) de dicha Ley, en modo alguno afecta a la posibilidad de que se pueda ejercitar esa potestad de autotutela que el procedimiento de apremio comporta, sino una cuestión de política legislativa de sustraer esa materia al conocimiento de los Tribunales del Orden Contencioso que, conforme a las reglas generales de determinación de la competencia por la jerarquía de la Administración, constituye la regla primaria en dicha materia competencia. Es decir, con incidencia exclusivamente procesal y no con efectos materiales, como se pretende con el argumento que se expone en el escrito de interposición de este recurso.

Con todo, no está de más que dejemos constancia de que no es intrascendente el hecho de que la deuda apremiada traiga causa de un convenio interadministrativo y es esta una cuestión que debe quedar aclarada a los efectos de las peculiaridades que en presente proceso comporta.

Una primera cuestión es que si bien el procedimiento de apremio aparece regulado en la normativa tributaria y con relación a las deudas de esa naturaleza (artículos 163 y siguientes de la Ley General Tributaria, entre otras normas), es lo cierto que ese mismo procedimiento, en dicha regulación, es al que se acude en el artículo 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para la ejecución de cualquier otro acto administrativo cuyo contenido comporte. Esa circunstancia comporta que el procedimiento de apremio se independiza de la naturaleza de la deuda, de su origen (...). Lo que resulta relevante para la procedencia del procedimiento de apremio es, como manifestación de la potestad de autotutela, que una Administración pública haya declarado, con carácter firme, la existencia de una deuda en favor de otro sujeto. Por tanto, es

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

independiente que la deuda reclamada tenga una naturaleza tributaria o cualquier otra naturaleza para resultar procedente el procedimiento de apremio».

1.2 Convocatoria urxente dun pleno extraordinario. Límites

A Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG) do 3 de novembro de 2021 (rec. 4127/2021, relator: Díaz Casais) confirma en apelación a de instancia anulatoria do pleno extraordinario e urxente celebrado nun concello para aprobar a súa conta xeral. En primeiro lugar: «*en atención a que la premura de su convocatoria, de tan solo 3 horas entre su convocatoria y su celebración, habría impedido el ejercicio de participación política del recurrente*». E, en segundo lugar, ao non se ter acreditado no proceso xudicial a necesidade imperiosa de adoptar o acordo sen deixar transcorrer un prazo razoable entre a convocatoria e a celebración do pleno. Incide o tribunal en que:

«las administraciones públicas en sus actuaciones deben velar por no vulnerar los derechos ni de los ciudadanos ni de los miembros de sus órganos colegiados aunque éstos jueguen al límite con los plazos en el ejercicio de los mismos, por lo que solo una causa muy justificada y debidamente acreditada en el expediente podría permitir la celebración de un pleno de urgencia con tan solo 3 horas de antelación cuando, como advierte el apelado entre su informe por la Comisión Informativa (20 de enero de 2020) y la reunión de la Comisión para un nuevo informe previo a su sometimiento al Pleno (celebrado el 27 de febrero de 2020 a las 12:00) medió un tiempo más que sobrado cuyo ajuste hubiese permitido respetar el plazo general de antelación de 2 días entre la convocatoria y la celebración del Pleno».

1.3 Bonificacións de Sogama ás administracións locais no servizo de tratamento de residuos sólidos. Requiren da rebaixa efectiva da taxa que se lles cobra aos cidadáns. Autotutela declarativa de Sogama para exixir o seu reintegro

Un concello contratou no ano 2001 o servizo de xestión de residuos sólidos coa entidade mercantil de capital maioritario público Sociedade Galega de Medio Ambiente (Sogama). Posteriormente incrementouse o prezo (canon) de maneira directa e unilateral pola disposición adicional 21 da Lei galega 11/2013, do 26 de decembro. Máis adiante, a Lei 3/2018, do 26 de decembro, estableceu a posibilidade de que os concellos obteñan unha rebaixa do 10 % do canon a condición de que rebaixen de maneira correlativa a taxa que lles cobran aos beneficiarios do servizo. Este concello acolleuse á bonificación. Pasado o tempo, Sogama comprobou que non se cumpría a obriga de rebaixa da taxa e obrigou a pagarlle o importe bonificado.

O TSXG, na súa Sentenza do 3 de decembro de 2021 (rec. 7076/2021, relator: Villares Naveira), ratifica a actuación de Sogama. Considera, en primeiro lugar, que a dita

mercantil ten a potestade para reclamar directamente o reintegro da bonificación, sen necesidade de que interveñan funcionarios de carreira, ao ampararse en:

«normativa habilitante con rango de lei que lle atribúe esta facultade, na Lei 11/2013, cuxa Disposición adicional vixésimo primeira, titulada “Garantía de viabilidade do sistema promovido pola Administración autonómica para a xestión institucional dos residuos domésticos” dispón que: “Catro. A xestión, a liquidación e o cobramento do canon unitario corresponderán á Sociedade Galega de Medio Ambiente, S.A., que deberá expedir mensualmente as facturas correspondentes ás entidades locais, e estas deberán aboalas nos termos previstos na Lei 3/2004, do 29 de decembro, pola que se establecen medidas de loita contra a morosidade nas operacións comerciais”. Esta lei complétase para o caso específico que nos ocupa coa Lei 3/2018, de medidas fiscais e administrativas, que modificando a norma anterior engade un apartado tres bis onde, no que agora interesa, establece que: “No suposto de que, no prazo sinalado no parágrafo anterior, non se achegase o dito certificado ou se constatase o incumprimento das condicións requiridas para o gozo da bonificación, será aplicable o canon ordinario sen bonificación, polo que a Sociedade Galega de Medio Ambiente, S. A. procederá a facturar antes do 30 de marzo o importe da bonificación aplicada o ano anterior”».

E, en segundo lugar, conclúe que a mera circunstancia de que ese concello non tivese incrementado a taxa do lixo aos usuarios cando Sogama subiu o prezo non cumpre a condición necesaria para a obtención da bonificación:

«Os esforzos que o Concello fixese os anos anteriores á entrada en vigor da norma non poderán ser considerados ao non estaren contemplados como presuposto de cómputo nin proxectarse sobre o pasado, senón sobre o futuro, na seguinte anualidade á entrada en vigor da norma, tal como recolle o seu teor literal. Pero é que ademais, e non é un argumento menos, senón se cadra o máis importante, hai un aspecto teleolóxico ben glosado pola sentenza de instancia, que é o estímulo económico na rebaixa do recibo que para a cidadanía debe supor o esforzo derivado dunha conduta polo demais cívica como é a redución de volume de residuos xerados, así como o fomento da recollida selectiva. Esta finalidade aparece explicitamente recollida no parágrafo terceiro transcrito, polo que malamente pode haber nexo causal entre esforzo cidadán e redución do recibo se automaticamente se comprende o que o concello deducise en anos anteriores. Non se lle escapa á Sala o esforzo que para o Concello puido supoñer tal decisión nos anos 2013 e seguintes, sen dúbida guiada pola intención de aliviar a carga que para moitas economías familiares tiña o pago de determinados recibos polos servizos públicos nun contexto de crise económica, pero esa decisión é allea ás condicións en que o lexislador estableceu o réxime de bonificación descrito na norma litixiosa».

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

1.4 Potestade de recuperación de oficio do dominio público municipal. Non cabe fronte ao incumprimento de deberes urbanísticos (cesións para ampliación de viario). Prescrición

A Sentenza do 3 de xaneiro de 2022 (rec. 4221/2021, relator: Recio González) clarifica que os concellos non se poden valer da súa potestade, imprescritible, de recuperación de oficio de bens de dominio público fronte ao incumprimento por promotores urbanísticos do deber de cesión de solo afecto á ampliación de viario ou zonas verdes públicas. Consecuentemente, a exixibilidade dese deber está sometida a prescrición:

«De lo que aquí se trata es de determinar si realmente existe un bien de dominio público municipal cuya posesión haya de ser recuperada a través del ejercicio de la potestad administrativa conferida al Ayuntamiento de Fisterra en virtud de lo dispuesto en los arts. 82.a) LBRL y 7o RBEL. Y habrá de llegarse a la conclusión contraria puesto que del examen de las actuaciones lo que resulta es que no se ha acreditado que se haya usurpado la posesión de un bien de titularidad municipal –supuesto en que la acción de recuperación sería imprescriptible–, y sí una ejecución de unas obras de construcción de un edificio sin cumplir íntegramente con la obligación de cesión, que a su vez lleva a la conclusión de que nos hallamos ante una acción urbanística y a que la potestad de reposición de la legalidad urbanística está sujeta a un plazo que ha transcurrido».

2 Contratos

2.1 Prestacións realizadas por encargo verbal sen procedemento de contratación. Enriquecemento inxusto. Mala fe do contratista

O TSXG, na súa interesante Sentenza do 12 de novembro de 2021 (rec. 7071/2021, relator: Villares Naveira), ponlle couto á práctica irregular –estendida nas entidades locais– consistente na contratación verbal “a dedo” de obras ou servizos, con omisión total do procedemento establecido, na idea preconcebida de que se remunerarán en último termo ben mediante un recoñecemento extraxudicial de créditos, ben mediante sentenza da xurisdición contencioso-administrativa de compensación dun “enriquecemento inxusto”.

A actora é unha entidade mercantil habituada a contratar coa Administración. Solicitou na súa demanda a condena ao Concello do Porriño ao pagamento de 352.000 euros por servizos de limpeza viaria executados durante un ano sen contrato ningún, por mero encargo verbal. A sentenza de instancia desestimouna, ao apreciar culpa na recorrente, así como falta de xustificación do prezo e da encomenda supostamente recibidos. Incidiu tamén en que este tipo de prácticas son:

«(...) muy graves, intolerables para una Administración pública, porque suponen:

– Una actuación administrativa consciente y groseramente ilegal. A estas alturas ninguna autoridad pública, ni funcionario puede ignorar que las contrataciones públicas precisan de una previa consignación presupuestaria y autorización del gasto. Y que las de importe relevante (como estos servicios) deben someterse a licitación.

– Un perjuicio notorio al interés público. La omisión de estos trámites vulnera los principios de control del gasto público establecidos en la normativa presupuestaria, así como los límites de endeudamiento municipal impuestos por el Estado. A mayor abundamiento, la falta de concreción de las calidades y características del servicio (en los correspondientes pliegos, omitidos) afecta a la eficiencia del servicio. La falta de licitación obliga a la Administración a aceptar un precio más caro que el que probablemente resultaría de una concurrencia competitiva, etc.

– Afecta también a los principios de libre competencia en la actividad económica, así como de interdicción de la arbitrariedad, igualdad y objetividad conforme a los que deben actuar las Administraciones públicas, consagrados respectivamente en los artículos 38, 9.3 y 103.1 de nuestra Constitución. La adjudicación directa y privilegiada del servicio a una determinada empresa, de manera clandestina (ni siquiera se formalizó por escrito), ha perjudicado a todas sus competidoras que podrían haber concurrido a su licitación. Por otra parte, esa práctica, de trato de favor o privilegio arbitrario a una empresa determinada, genera fácilmente supuestos de corrupción (contraprestaciones o favores personales a quien adjudica el servicio, o a su partido político)».

A posterior sentença do TSXG citada confirma en apelación a de instancia, afo-
dando nos seguintes extremos:

«(...) a aplicación da doutrina do enriquecemento inxusto ao ámbito da prestación de servizos ou realización de obras fóra da Lei de contratos do sector público require cumulativamente os seguintes elementos:

a) O enriquecemento ou aumento do patrimonio do enriquecido, constituído por calquera vantaxe ou atribución patrimonial abocada a producir efectos definitivos.

b) O empobrecemento de quen reclama ou daquel en cuxo nome se reclame, pecuniariamente apreciable, aínda que entendido no seu máis amplo sentido, sempre que non proveña directamente do comportamento de quen o sofre.

c) A relación causal entre o empobrecemento e o enriquecemento, de forma que este sexa o efecto daquel. Ou, dito noutros termos que ao enriquecemento siga un correlativo empobrecemento.

d) A falta de causa ou de xustificación do enriquecemento e do correlativo empobrecemento.

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

e) a existencia de encargo por parte da administración ao particular, fóra do ámbito da Lei de contratos do sector público.

f) a concorrencia de boa fe na realización da prestación do servizo ou a realización da obra de que se trate, no sentido de entender que existía un deber de cooperar coa administración derivado de actos inequívocos desta».

Sobre a “mala fe” do empresario, conclúe que:

«(...) Certamente no tráfico empresarial e da contratación pública é dificilmente imaxinable que nin unha soa empresa que actúe no mercado e moito menos quen nalgunha ocasión tivese contratado algunha vez coa administración poidan ignorar, aplicando a máis mínima dilixencia, que actúa á marxe do procedemento legal, salvando o caso moi excepcional de particulares que non tivesen hábito de contratación coa administración e fosen requiridos por esta, ou que existise erro sobre o carácter excepcionalmente urxente do contrato ou que fose por cantidades tan nimias que fose razoable a dúbida da necesidade de procedemento formalizado. Pero dende logo, nunca con cantidades do estilo das que estamos estudando, de máis de 40 mil euros mensuais, sostidas no tempo ao longo de oito meses, ou se temos en conta a referencia que consta en autos, mesmo de anos.

En consecuencia, debemos de coincidir co xuíz de instancia en que concorre culpa da vítima, sen ningunha dúbida.

A seguinte cuestión a desentrañar é se resulta relevante a concorrencia de culpas que alega a parte apelante, para recoñecer a viabilidade da institución e a resposta ha de ser negativa. En opinión da Sala a concorrencia de culpas o que é realmente é a proba da coautoría no ilícito administrativo, pero a mala fe coordinada de ambas partes non pode ter como efecto eximir na necesaria boa fe da parte que pretende valerse da institución, que lembremos ten por razón de ser indemnizar un dano que o empobrecido pola disposición patrimonial non ten o deber xurídico de soportar. Quen obra sabendo que fai o que non debe facer non pode pretender ser indemnizado por iso co argumento de que a contraparte tamén sabía que facía o que a lei non lle permite.

En consecuencia, non se pode apreciar a concorrencia da necesaria boa fe como presuposto de aplicación da institución».

2.2 Revisión do réxime económico da concesión municipal do transporte colectivo de viaxeiros

O TSXG, na súa Sentenza do 1 de outubro de 2021 (rec. 7093/2021, relator: Paz Eiroa), anula en fase de apelación a resolución do Concello da Coruña de decembro de 2018 que revisou o réxime económico da concesión de transporte colectivo, establecido no regulamento do servizo do ano 2007, reducindo a tarifa vixente de 1,30 a 1,20

euros, impondo o transbordo universal gratuíto, a gratuidade para menores de 13 anos e outras medidas de axuste económico, co obxectivo de alcanzar o equilibrio económico da concesión.

A sentenza motívase, en primeiro lugar, na imposibilidade de aplicar retroactivamente o Regulamento (CE) n. 1370/2007 do Parlamento Europeo e do Consello, do 23 de outubro de 2007, sobre os servizos públicos de transporte de viaxeiros por ferrocarril e estrada (que entrou en vigor o 3 de decembro de 2009). E, en segundo lugar, en que:

«Se acordó revisar las tarifas “á vista” de un informe sobre el beneficio razonable del contrato elaborado por investigadores de la Universidad de La Coruña, una nota interna de la Asesoría Jurídica concluyendo que la evidencia de beneficios excesivos hace imprescindible adaptar las compensaciones por el servicio público al Derecho comunitario, un informe de la CNMC a solicitud del Ayuntamiento sobre las tarifas actuales y sobre la propuesta de revisión de tarifas, y un estudio de coste en aplicación de un beneficio razonable encargado por el Ayuntamiento a la vista del informe de la CNMC. El acuerdo reproduce al principio el contenido íntegro de los arts. 11 y 12 del Convenio sin explicar su aplicación (antes bien, ya lo hemos dicho, inicialmente se proponía dejarlos sin efecto); el acuerdo no aplica el régimen económico de la concesión. Se decide a la vista de informes sobre beneficio razonable solicitados, cuyo contenido se reproduce como razón única de la decisión. El acuerdo no viene motivado por el interés social, buscando el conseguir un Transporte urbano mejor y más eficaz y que sirva a la totalidad de los ciudadanos de La Coruña; ni por las circunstancias económicas y sociales relevantes en el servicio de transporte; tampoco por la garantía de un servicio público de transporte de viajeros seguro, eficaz y de calidad, en términos de la normativa comunitaria que aplica».

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

2.3 Reclamación de intereses de demora no contrato de xestión do servizo de recollida de residuos sólidos urbanos. Peculiaridades do procedemento extraordinario de pagamento a provedores. Cómputo do prazo de prescrición na reclamación de xuros

A Sentenza do TS do 28 de xuño de 2021 (rec. 867/2020, relator: Díez- Picazo Giménez) desestima o recurso de casación interposto pola concesionaria do servizo de recollida de residuos sólidos urbanos dun concello galego sobre liquidación de xuros de demora por atrasos no pagamento das facturas periódicas.

Analiza, en primeiro termo, o requisito de “voluntariedade” sobre a renuncia ao dereito de percibir xuros moratorios establecida no Real decreto-lei 4/2012, do 24 de febreiro, de pagamento aos provedores das entidades locais. Considera que a invocación dun vicio do consentimento pola mercantil actora ao acollerse ao devandito mecanismo excepcional de pagamento require da súa cumprida acreditación. Conclúe así mesmo que *«la sugerencia de que la grave crisis financiera de esos años es*

razón suficiente para demostrar la ausencia de consentimiento libre no es sostenible: ciertamente muchas entidades locales y muchos contratistas de las mismas padecieron serias dificultades económicas. Pero ésa fue precisamente la causa determinante de la creación del mecanismo extraordinario de pago a proveedores: paliar las dificultades que a todos afectaban. Así, lo requerido para acreditar la falta de consentimiento libre debe ser algo más, a saber: que el concreto contratista, por alguna circunstancia específica, no fue libre al adherirse a esa vía de cobro. De lo contrario, habría que concluir que todos los que se acogieron a esa posibilidad tuvieron –esta vez sí automáticamente– una voluntad viciada».

En segundo termo, determina que neste tipo de contratos o prazo de prescripción de catro anos para reclamar o pagamento de xuros de mora non se inicia na data de finalización e liquidación do contrato, senón separadamente tomando como referencia a data de presentación de cada factura: *«en una obligación continuada, como es la de ocuparse de la recogida de los residuos urbanos, cada prestación es autónoma, en el sentido de que su realización correcta satisface el interés de la Administración titular del servicio público. Por consiguiente, los pagos periódicos al contratista se refieren –salvo prueba en contrario– a prestaciones ya íntegramente realizadas; no a partes de una única prestación que aún no se ha completado. Como corolario de ello, forzoso es concluir que el plazo para reclamar intereses de demora comienza a correr en el momento en que la Administración debió hacer cada pago parcial y no lo hizo».*

3 Crise sanitaria do coronavirus (COVID-19)

3.1 Exixencia de pasaporte COVID

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS), na súa Sentenza do 14 de setembro de 2021 (rec. 5909/2021, relator: Teso Gamella, contén voto particular), estima o recurso de casación interposto pola Xunta de Galicia contra o Auto do TSXG do 20 de agosto de 2021 que denegara a ratificación dunha orde do conselleiro de Sanidade na que se impuxo a obriga xeral, para poder acceder a determinados establecementos abertos ao público, de dispor do certificado de vacinación do coronavirus ou, na súa falta, do de ter superado unha proba diagnóstica de infección activa.

O alto tribunal conclúe na devandita sentenza, en primeiro lugar, que este tipo de medidas precisan de ratificación xudicial para poder levarse á práctica:

«(...) Teniendo en cuenta que los derechos fundamentales que, a tenor del auto que ahora se impugna, se ven afectados, por la medida sanitaria adoptada, son el derecho a la igualdad (artículo 14 de la CE), el derecho a la intimidad (artículo 18.1 de la CE) y el derecho a la protección de datos de la persona (artículo 18.4 de la CE). (...) Recordemos que el procedimiento previsto en los artículos 10.8, 87 ter y 122 quater, en fin, se refiere la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias que sean urgentes y necesarias para la salud pública y que “impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales”. Pues bien, la interpretación sobre la limitación o restricción de tales

derechos no puede realizarse en los términos que propone la Administración, pues supondría desnaturalizar la finalidad de dicho procedimiento que se introdujo en nuestra Ley Jurisdiccional tras la reforma por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre. La ratificación o autorización judicial únicamente puede obviarse cuando la falta de restricción o limitación de los derechos fundamentales es manifiesta, evidente, ostensible, indiscutible y palmaria».

Non obstante, sobre a cuestión de fondo conclúe tamén que as referidas medidas da Xunta de Galicia son proporcionadas, achándose suficientemente motivadas e procedendo a súa ratificación, polas seguintes razóns:

«(...) A pesar del escueto contenido del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, en coherencia con las demás leyes antes citadas, hemos declarado su suficiencia como norma de cobertura de las medidas sanitarias que comporten alguna restricción de derechos fundamentales, por más que dicha restricción revista un carácter liviano, como en este caso. En concreto, cuando dispone que “con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

Téngase en cuenta, en fin, que lo que se pretende con la medida adoptada es evitar, o limitar, la transmisión de la infección, trancar la propagación de la Covid-19, interrumpir la cadena de contagios, mediante la simple exhibición de la documentación señalada al entrar en el interior de determinados establecimientos, según el nivel de restricción de la zona, según los términos municipales, que se fija en la propia Orden, a las personas que no padecen la infección por el SARS-CoV-2. (...).

La medida de exhibición de determinada documentación (...) resulta adecuada y acorde con las exigencias derivadas de protección de la salud, porque se refiere a locales donde la entrada es voluntaria y donde no se realizan actividades esenciales, a los que se tenga la obligación de acudir. No. Las personas pueden emplear su ocio de muy diversa forma, y naturalmente pueden acudir a dichos locales, o no, pueden preferir la terraza, o no, pero si se pretende ir al interior del establecimiento que es un espacio cerrado y normalmente poco ventilado, donde el riesgo de contagio se incrementa, ha de exhibirse la indicada documentación, que proporciona garantía, desde luego no absoluta, de no padecer en ese momento la infección SARS-CoV-2, según los informes que constan en las actuaciones y que más adelante veremos.

La exhibición de la documentación señalada no vulnera el derecho a la igualdad pues no se produce discriminación entre aquellos que están vacunados y los que no lo están. Recordemos que la documentación reviste una triple modalidad, que

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

resulta asequible a todos, de modo que quien no quiere mostrar si ha sido o no vacunado, teniendo en cuenta el carácter voluntario de la misma, puede presentar el resultado de la prueba PDIA o el test de antígenos, y desde luego el certificado de recuperación de la Covid-19 si ha pasado la infección.

En todo caso, concurre una justificación objetiva y razonable para permitir o no el acceso al correspondiente establecimiento, según se haya cumplido tal exigencia, pues se trata de la protección de la salud y la vida de las personas, mediante una medida de evita o restringe la propagación de la pandemia. Teniendo en cuenta, que tales diferencias de trato para ser discriminatorias deben carecer de esa justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios jurídicos atendibles, al basarse en razones que resulten jurídicamente relevantes, como es el caso cuando las situaciones comparables no resultan homogéneas por sus graves efectos respecto de la salvaguarda del derecho a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud.

Por su parte, el derecho a la intimidad, que protege ese reducto más reservado de las personas, esa esfera que se pretende mantener ajena a los demás, aparece condicionado a la propia actitud de la persona y el contenido y alcance de la información que se califica de íntima. Ahora bien, no parece que pueda esgrimirse la prevalencia de este derecho frente al derecho a la vida y a la protección de la salud pública, toda vez que la información sobre si se ha recibido la vacuna o no, en momentos en los que se atraviesa una pandemia, es una pieza básica y esencial para impedir la propagación de la infección por el SARS-CoV-2 y, por tanto, de la preservación de la vida y la salud de todos. Es cierto que se trata de una información médica, pero las connotaciones que impone la situación de pandemia, el carácter masivo de la vacunación y la solidaridad que comporta la protección y ayuda entre todos, devalúa la preeminencia de la intimidad en este caso. Además, no parece coherente que el derecho a la intimidad deba ceder frente a bienes jurídicamente protegidos como las investigaciones de la inspección tributaria (STC 110/1984, de 26 de noviembre), o la investigación de la paternidad (STC 7/1994, 17 de enero), y sin embargo haya de resultar preferente y prevalente frente a circunstancias tan graves y desoladoras para la vida y la salud pública como las que acarrea la Covid-19. Conviene tener en cuenta que la única información que se proporciona, según el tipo de documentación que se presente, es si ha recibido la vacuna o no, si tiene en ese momento la infección que provoca la pandemia, y si ya se ha recuperado de la enfermedad (...). En todo caso, el artículo 16.3 de la citada Ley 41/2002, establece una facultad desconocida en otros ámbitos, precisamente cuando se necesita prevenir un riesgo grave para la población, pues señala, respecto del contenido de la historia clínica, que cuando ello sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública, si bien el acceso ha

de sujetarse a ciertas cautelas. Sin embargo, ahora de lo que se trata es de exhibir voluntariamente una documentación cuando se pretende entrar en el interior de determinados establecimientos de ocio, no se obliga, por tanto, a proporcionar datos médicos que se contienen sólo en las historias clínicas de los pacientes.

(...) Pues bien, respecto de este derecho fundamental a la protección de datos no se aprecia limitación alguna, cuando lo que se establece, para entrar en el interior de un determinado establecimiento, es la mera exhibición, es decir, enseñar o mostrar la documentación en cualquiera de las tres modalidades exigida. Sin que, desde luego, puedan recogerse los datos de los asistentes a tales locales, ni pueda elaborarse un fichero, ni hacer un tratamiento informático al respecto. Pues nada de esto se permite en la citada Orden que impone la medida. Al contrario, en la misma se advierte que se trata de “la exhibición” de dichos certificados en “el momento de acceso” al local, y expresamente establece una prohibición, pues “no se conservarán esos datos ni se crearán ficheros con ellos”. De modo que no concurre limitación alguna de este derecho fundamental.

Quizá mayor incidencia podría tener la medida sobre el derecho fundamental a la libre circulación de las personas, y sin embargo tal exigencia de exhibición de documentación ha sido implantada, en el seno de la Unión Europea, con carácter general en el Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado Covid digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia Covid-19. En el citado Reglamento se indica que resulta conforme con el Derecho de la Unión que los Estados miembros puedan limitar el derecho fundamental a la libre circulación por motivos de salud pública.

Del mismo modo que medidas similares se han autorizado, incluso con mayor amplitud, en otros países de la UE, como el caso de Francia, tras la Decisión n. 2021-824 DC de 5 de agosto de 2021, del Consejo Constitucional.

En concreto, el expresado Reglamento de la UE citado establece, en el considerando 13, que si bien el presente Reglamento se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de los Estados miembros para imponer restricciones a la libre circulación, de conformidad con el Derecho de la Unión, a fin de limitar la propagación del SARS-CoV-2, debe ayudar a facilitar la supresión gradual de dichas restricciones de modo coordinado siempre que sea posible, de conformidad con la Recomendación (UE) 2020/1475. Dichas restricciones podrían no aplicarse, en particular, a las personas vacunadas, según el principio de cautela, en la medida en que los datos científicos sobre los efectos de la vacunación son cada vez más accesibles y sistemáticamente concluyentes en relación con la interrupción de la cadena de transmisión (...).

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

El contenido de los detallados informes pone de manifiesto, con abundancia de datos científicos al respecto y mediante la identificación de las fuentes de sus aseveraciones, que la única medida eficaz posible, para proceder a la apertura de los locales de ocio, que proporcione un alto nivel de protección para la salud pública, es la implantación del denominado pasaporte covid, pues solo ella puede disminuir considerablemente el riesgo de contagio en dichos establecimientos. No es preciso, desde luego, que la medida que se postula, impida de modo absoluto cualquier tipo de contagio, es decir, que resulte infalible, pues no existe en el estado actual de la ciencia ese riesgo cero. Pero para la determinación de la idoneidad y necesidad de la medida es bastante que la misma resulte eficaz, apropiada y proporcionada, para alcanzar la finalidad de protección de la vida y la salud que resulte compatible con la realización de la actividad. El beneficio que proporciona la medida, respecto de la reducción significativa de los contagios, es muy superior al sacrificio que comporta la exigencia de presentar la documentación para el acceso al local. En definitiva, no se atisba ninguna medida que resulte más adecuada para salvaguardar la vida y la salud de los ciudadanos, en ese tipo de locales».

3.2 Restricións de circulación e reunión durante as festas de Nadal

O Auto do TSXG do 30 de decembro de 2021 (rec. 7824/2021, relator: Villares Naveira) ratifica as medidas especiais establecidas na Orde do 29 de decembro de 2021 da Xunta de Galicia consistentes na prohibición, ata o día 18 de xaneiro de 2022, da reunión de persoas en espazos de uso público entre as tres e as seis da madrugada, así como a prórroga do “pasaporte COVID”, coas seguintes consideracións:

«(...) As medidas que se proponen nesta orde teñen o seu fundamento normativo na Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública; no artigo 26 da Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade; nos artigos 27.2 e 54 da Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública, e nos artigos 34 e 38 da Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia.

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. Así o declaramos xa no FX 3º do Auto n. 57/2021, de 12 de maio (DDFF n. 7224/2021), con reiteración da doutrina da Sala, postura que foi posteriormente ratificada na STS n. 719/2021, de 24 de maio (Recurso de Casación n. 3375/2021) no seu FX 4.D. (...).

Continuamos nunha situación epidemiolóxica, á vista do contido do Informe, que determina un risco de transmisión do virus neste momento crecente, acentuada polo avance na prevalencia da variante Ómicron do virus e que ademais do dano

intrínseco que causa á poboación afectada, ocupa progresivamente maiores recursos do sistema público de saúde de Galicia.

Así pois, considérase concorrente a existencia relevante do risco dentro do territorio de Galicia a día de hoxe que xustifica xenericamente a adopción de medidas que podan reputarse idóneas para conter a transmisión do virus (...).

Estamos ante a limitación do dereito constitucional de reunión previsto no art. 21.1. CE. Trátase dunha restrición modulada por dúas características: non é absoluta, porque en todo caso está vixente o dereito para persoas conviventes e acompáñase dun importante número de excepcións que a manteñen por razóns laborais, sanitarias ou doutra índole; e é limitada no seu horario, restrinxida a tres horas durante a madrugada, tempo que habitualmente se emprega de forma maioritaria para o descanso nocturno.

Así caracterizada, pódese falar dunha limitación tenue do dereito (por recoller a expresión empregada pola STS n. 1112/2021, de 14 de setembro, á que logo nos referiremos máis amplamente), tanto a nivel cuantitativo como cualitativo, o que non obsta para falarmos da existencia de pretensión de restrición do dereito fundamental, que se aborda na súa tensión con outro dereito fundamental: o dereito á vida e integridade física (art. 15 CE) e a maiores o dereito á protección da saúde (art. 43.1.CE) como principio reitor da política social. (...).

En consecuencia, da evidencia científica desprendida dos informes que foron analizados pola Sala e que constan nas anteriores resolucións, podemos inferir a eficacia da medida proposta arestora de limitación da permanencia de persoas entre as 3 e as 6 horas da madrugada. (...).

Con relación á situación anterior, a actual pretende a extensión da esixencia [do pasaporte COVID] a todo o horario de apertura e non restrinxilo só a partir das 21h. A Sala entende que esta extensión non muta a natureza e contornos do dereito afectado, e máis ao contrario, dende o punto de vista da eficacia, a medida amosarase máis eficaz na medida en que a situación de risco que se evidencia á hora de quitar a máscara para comer ou beber non é distinta en función da hora do día en que se produce, polo que a ampliación á totalidade do horario de apertura dotaraa de máis eficacia ao impedir que xente sen vacinar (ou nas súas situacións alternativas) entre ao local respirando aire potencialmente infectado ou infectar potencialmente a outros cidadáns que compartan o espazo pechado. (...).

Non existe forma non farmacolóxica menos invasiva de conter a expansión do virus que limitando o número de persoas reunidas, circunscritas, no caso de autos, a un período horario que atenúa moito o sacrificio do dereito de reunión, polo que se entende concorrente, por inferencia dos datos que constaron noutros procedementos, a necesidade da medida. (...) A ampliación da medida a todo o horario

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

de apertura non modifica os parámetros do xuízo de necesidade, que baseado nos estudos que constan en anteriores informes que xustificaron a autorización xudicial, enténdese por inferencia do alí razoado, que concorren tamén no suposto de autos. (...).

No caso de autos, a Sala considera que concorre a proporcionalidade entre ben a protexer e sacrificio do dereito por dúas consideracións adicionais: dunha banda, a situación epidemiolóxica é notoriamente peor no conxunto do país; doutra, a tendencia é alza e non á baixa; o elenco de excepcións á restrición é superior ás concurrentes no mes de maio e o carácter altamente transmissivo da previsiblemente prevalente xa nestes momentos variante ómicron.

En consecuencia, e neste caso, non só por inferencia de situacións anteriores senón tamén polos datos que achega o Informe da Consellería de Sanidade, cabe concluír a proporcionalidade da medida proposta, que polo demais se predica dunha hora menos da franxa xa acordada no mes de maio. (...).

No caso de autos, a Sala considera que a extensión do control de acceso a todo o horario de apertura non supón un sacrificio adicional substancial de dereitos que mereza unha ponderación diferente, non só porque o aumento de horas de control non cambie a natureza da restrición, senón porque tamén no último mes autorizamos en horarios diúrnos a restrición de accesos mediante este mesmo tipo de control a outros establecementos pechados onde nin sequera existe a dispensa de retirar a máscara (concretamente, centros hospitalarios, hospitais de día, hoteis de pacientes e centros sociosanitarios residenciais de maiores e de persoas con discapacidade, albergues turísticos, práctica de actividade física e deportiva non federada en centros ou instalacións deportivas pechadas e piscinas cubertas, eventos multitudinarios ou aqueles que teñan autorizada a venda de alimentos ou bebidas para o seu consumo durante os mesmos. Vid. neste sentido o ATXG de 15/12/2021 ditado no procedemento DDF n. 7725/2021) e anteriormente no ATSXG de 3/12/2021 ditado no DDF n. 7772/2021 referido a acceso aos centros hospitalarios das visitas e acompañantes dos pacientes hospitalizados). Por este motivo, con maior razón neste caso debemos ratificar a proporcionalidade entre dereitos en tensión».

4 Expropiación forzosa

4.1 Non procede descontar do prezo xusto do expropiado (propietario) as indemnizacións correspondentes aos arrendatarios

A Sentenza do TS do 22 de setembro de 2021 (rec. 293/2020, relator: Olea Godoy) estima a casación e revoga a do TSXG impugnada, concluíndo que: «no es admisible,

en ningún caso, que con ocasión de la expropiación de una finca que se encuentre arrendada por el propietario, la indemnización por la extinción del arrendamiento en favor del arrendatario como consecuencia de la expropiación, pueda reducir el justiprecio fijado a la propiedad, debiendo abonar dicha indemnización al arrendatario la Administración expropiante o, en su caso, el beneficiario de la expropiación». Consecuentemente, no seu fundamento de dereito “terceiro”, declara a nulidade do artigo 6.2º.b) do Regulamento de valoración da Lei do solo, aprobado polo Real decreto 1492/2011, do 24 de outubro (RVSL), no que se establecía a regra contraria.

5 Medio ambiente e urbanismo

5.1 Minoración da servidume de protección de costas de 100 a 20 metros nos núcleos rurais

A disposición transitoria primeira da Lei 2/2013, do 29 de maio, de protección e uso sustentable do litoral, permitiu que, durante un determinado período tras a súa entrada en vigor, os concellos costeiros instasen a redución da servidume de protección de costas de 100 a 20 metros en perpendicular á ribeira do mar nos núcleos que non estaban clasificados como solo urbano en 1988, cumprindo certas condicións.

O TS, na súa Sentenza do 2 de decembro de 2021 (rec. 4501/2020, relator: Román García), interpreta as ditas condicións respecto dunha solicitude formulada polo Concello de Sanxenxo, concluíndo o seu incumprimento. A sentenza fixa a seguinte “doutrina xurisprudencial”:

«(...) la expresión “núcleos o áreas delimitados por el planeamiento”, contenida en la D.T.1ª apartado 2 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, debe interpretarse en el sentido siguiente:

(i) Es válida la delimitación realizada con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley de 1988 respecto de los terrenos que, en ese momento, reunían alguno de los requisitos indicados en los apartados a) y b) de la DT 1ª.1 de la Ley de 2013.

(ii) También cabría admitir la delimitación realizada después de esa fecha, en el periodo comprendido entre la entrada en vigor de 1988 y la entrada en vigor de la Ley de 2013, pero en este caso la delimitación solo será válida respecto de aquellos terrenos que, a la entrada en vigor de la Ley 22/1988 reunieran alguno de los requisitos indicados en los mencionados apartados a) y b) de la DT1ª.1 de la Ley 2/2013, y ello siempre y cuando, además, se justifique el cumplimiento de los requisitos indispensables exigidos en la DT 3ª.3.2ª de la Ley 22/1988 para el otorgamiento excepcional de las autorizaciones allí mencionada».

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

5.2 Prazo de prescripción das reclamacións indemnizadoras (responsabilidade patrimonial) pola anulación de licenzas urbanísticas

O TS, na súa Sentenza do 10 de xullo de 2018 (rec. 1548/2017, relator: Fernández Valverde), acuñou unha nova liña xurisprudencial sobre este particular, precisando que: *«como regra general, debe ser la fecha de la firmeza de la sentencia anulatoria del acto o disposición impugnados la que determina el inicio del plazo anual previsto para la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de tal anulación, sin que pueda ser considerada como tal la fecha de la demolición del inmueble construido al amparo del acto o disposición impugnado»*.

Na súa posterior Sentenza do 17 de outubro de 2019 (rec. 5924/2017, relator: Tolosa Tribiño) matizou o seu criterio, no sentido de considerar que, se tras a sentenza anulatoria da licenza se produce a legalización da actuación urbanística e esta volve anularse por outra sentenza firme posterior, será a data desta última a que se tomará como referencia de inicio do cómputo do referido prazo de prescripción.

Finalmente, na súa recente Sentenza do 22 de setembro de 2021 (rec. 1913/2020, relator: Román García), referida a Galicia, o alto tribunal engadiu a seguinte precisión:

«(...) para la fijación del momento inicial del plazo de prescripción para exigir la responsabilidad patrimonial derivada de la declaración de nulidad de una licencia que conlleva la demolición de lo ilegalmente construido deberá atenderse, en cada caso, a las circunstancias concurrentes en el concreto supuesto contemplado, de manera que si el interesado estuviera personado en el procedimiento, habrá que estar a la fecha en que le fuera notificada la sentencia firme anulatoria que le afectaba y, en caso de que no estuviera personado en aquél, a la fecha en que conoció o razonablemente pudo conocer el contenido de dicha sentencia».

É de supor que a xurisprudencia do Tribunal Supremo continuará evolucionando, dados os problemas prácticos e de xustiza material que xera este criterio de non aplicar como *dies a quo* do prazo prescricional a data da efectiva demolición do edificio construído ao abeiro da licenza anulada.

5.3 Silencio administrativo nas solicitudes de licenza para obras maiores de nova planta

A Sentenza do TSXG do 29 de outubro de 2021 (rec. 4183/2021, relator: Martínez Quintanar) conclúe que nas peticións de licenza de obras maiores para a legalización dunha construción de nova planta (vivenda erixida clandestinamente e logo reconvertida en instalación agrícola) o silencio administrativo producido é en todo caso negativo, axústese ou non o proxecto á normativa urbanística aplicable:

«(...) El art. 11.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana estableció:

“Con independencia de lo establecido en el apartado anterior, serán expresos, con silencio administrativo negativo, los actos que autoricen: (...) b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta”. La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) n. 143/2017, de 14 de diciembre confirma la constitucionalidad del silencio negativo en el caso de obras de edificación de nueva planta, y la matiza en relación con la construcción e implantación de instalaciones, indicando en su fundamento de derecho n. 23 que:

“En el caso de la edificación, la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación, establece una serie de requisitos básicos de la edificación destinados a garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente (art. 3), al amparo del artículo 149.1.16, 21, 23 y 25 CE (disposición final primera), los mismos títulos que amparan al Estado para determinar, como especialidad *ratione materiae*, el carácter negativo del silencio de la autorización que exige para este tipo de uso del suelo. No cabe llegar, sin embargo, a la misma conclusión en lo que se refiere a otras construcciones e instalaciones que carecen del carácter de edificación, excluidas, en consecuencia, de la Ley de ordenación de la edificación. En estos casos, cuando la construcción o implantación tiene lugar en suelo urbano o urbanizable, la autorización se limitará a verificar la adecuación del proyecto al planeamiento urbanístico vigente. En el caso del suelo rural, además de la verificación de legalidad, concurre la finalidad prevista en la legislación de preservar sus valores medioambientales. Es, por ello, que la regulación del silencio negativo no será inconstitucional, con base en el título competencial del artículo 149.1.23 CE, en los supuestos de “construcción e implantación de instalaciones” contemplado en el apartado b) pero solamente cuando las actividades y usos urbanísticos cuya autorización se solicita se lleven a cabo en suelo rural cuya transformación urbanística no esté prevista o permitida. Esta interpretación de conformidad se llevará al fallo. Interpretación de conformidad que debe extenderse también al artículo 11.4 b) del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana”.

La STC 75/2018, remitiéndose a lo declarado en la STC 143/2017, de 14 de diciembre, declara que es conforme con la Constitución la imposición del silencio administrativo negativo para la autorización de construcción e implantación de instalaciones que carecen del carácter de edificación, siempre que las actividades y usos urbanísticos cuyo permiso se solicita se lleven a cabo en suelo rural que no esté previsto transformar.

En el presente caso se pretenden legalizar unas obras que se subsumen de forma evidente y nítida en el concepto legal de edificación, a la vista del proyecto presentado, de las fotografías adjuntas al mismo, de su complejidad y su entidad constructiva –que nos sitúa en el ámbito de la licencia de obras mayores–. (...) Tanto por número de plantas (sótano y bajo), como por tipología de su apariencia externa (constatada por la APLU, como vivienda unifamiliar), por la finalidad

pretendida con el proyecto de legalización (acondicionamiento de esa construcción de apariencia residencial para destinarla a una actividad apícola), como por superficies construidas, como por presupuesto de ejecución de las obras, como por la índole de las obras ejecutadas y las que se encuentran pendientes, es evidente e innegable que se trata de una edificación de nueva planta, una obra de nueva construcción, no siendo subsumible dentro del concepto de “construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta”, del inciso final del art. 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, previsto para la exclusión del concepto de edificación de determinadas obras, a los efectos de dicha Ley 38/1999, y que no puede ser utilizado para negarle a las obras para las que se solicitó licencia el carácter de edificación, como obra de construcción de nueva planta (...). Se trata de uno de los supuestos en los que la ley establece el carácter negativo del silencio, con independencia y al margen de que el proyecto cumpla o no lo dispuesto en la normativa urbanística aplicable. Así resulta de lo preceptuado en la normativa básica estatal. El art. 24.1 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas no altera esta conclusión, ya que conforme al mismo “En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, (...), el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario”; y en este caso una norma con rango de ley, aplicable al caso, establece el carácter negativo del silencio».

5.4 Recurso dirixido fronte a resolución municipal desestimatoria de licenza pola previa denegación da autorización sectorial autonómica preceptiva. Non basta con impugnar a resolución final (municipal), debe recorrerse tamén contra a autonómica

Así o concluíu o TSXG na súa Sentenza do 8 de outubro de 2021 (rec. 4133/2021, re-lator: Martínez Quintanar), co seguinte razoamento:

«Si el solicitante de la licencia municipal pretende la obtención de esta, ha de asegurarse la obtención de la autorización sectorial preceptiva, en este caso de la Consellería de Cultura. Esa autorización sectorial, aunque sea un requisito de previa y preceptiva observancia para la obtención de la licencia, no es propiamente un acto de trámite del expediente municipal de licencia, sino que es la resolución de un procedimiento administrativo distinto, el conducente a obtener la autorización sectorial, con su sustantividad propia, competencia de otra Administración autonómica, distinta a la municipal que tramita y resuelve sobre la licencia, que termina con una resolución definitiva que pone fin a ese expediente autonómico, la cual tiene su propio régimen de recursos, de lo cual el aquí apelante era conocedor,

porque de hecho la recurrió en alzada. Tras la desestimación del recurso de alzada le correspondía, si pretendía conseguir la licencia municipal, recurrir jurisdiccionalmente la denegación de la autorización sectorial de la Consellería de Cultura, y no consta que lo haya hecho, y esto es lo decisivo, porque resulta contrario a derecho que el Concello otorgue la licencia si previamente no se ha obtenido la autorización sectorial preceptiva que es requisito de validez para que la licencia municipal pueda ser otorgada, y con ocasión de este procedimiento solo se puede analizar la validez de la resolución municipal –única recurrida– y no la dictada por otra Administración en la resolución de otro expediente.

Se trata de expedientes distintos, cada uno con un acto resolutorio dictado por una Administración distinta, siendo distintos los recursos que proceden contra los mismos, incluso desde el punto de vista de la competencia jurisdiccional. Aunque el procedimiento autonómico sectorial tenga la virtualidad de condicionar la posibilidad de resolver favorablemente el expediente municipal, la resolución de ese procedimiento autonómico no es propiamente un acto de trámite del expediente municipal de licencia, tiene una sustantividad propia, y con ocasión del recurso contra la licencia municipal no se puede entrar a analizar la validez de un acto distinto, dictado por una Administración distinta, en el ejercicio de sus competencias de protección del patrimonio cultural, ya que esa pretensión comportaría una desviación procesal (...)».

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

5.5 Falta de competencia profesional dos enxeñeiros técnicos industriais para subscribir proxectos de minigasolineiras en réxime de autoservizo

A Sentenza do TS do 15 de novembro de 2021 (rec. 6706/2020, relator: Huet de Sande) confirma en casación a anulación dunha licenza de obra concedida por un concello galego para a instalación dunha gasoleira en réxime de autoservizo, por ter sido redactado o seu proxecto técnico por enxeñeiro técnico industrial, en lugar de por un enxeñeiro superior. Conclúe así o tribunal que:

«(...) la concreta unidad de suministro de combustible para vehículos a motor proyectada es una obra compleja en la medida en que están concernidas muy diversas materias que no son abordadas por los estudios propios de la titulación de Ingeniería Técnica Industrial, pues no cabe entenderlas comprendidas ni en las enseñanzas básicas o comunes a cualquiera de las especialidades de la Ingeniería Técnica Industrial (...) ni, en su integridad, en ninguna de sus especialidades (...). [con esta conclusión] no podemos entender conculcado el principio de libertad de acceso y ejercicio de las actividades de servicios establecido en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre».

6 Persoal

6.1 Persoal temporal. Consecuencias do abuso na situación de temporalidade

O TS, na súa Sentenza do 22 de decembro de 2021 (rec. 3320/2019, relator: Teso Gamella), constata que o Servizo Galego de Saúde da Xunta de Galicia (Sergas) abusou da demandante mediante vínculos concatenados de persoal eventual temporal prolongados durante máis de dez anos, contravindo o disposto na cláusula 5.^a do Acordo marco sobre o traballo con contrato de duración determinada, celebrado o 18 de marzo de 1999 entre as organizacións interprofesionais de carácter xeral (UNICE, CEEP e CES) –*Diario Oficial da Unión Europea* do 10/07/1999–. A sentenza especifica as consecuencias da devandita actuación fraudulenta nestes termos:

«(...) en presencia de una situación objetivamente abusiva a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, ni esta disposición ni la legislación española prevén que la persona que se halla en dicha situación tenga derecho a la transformación en fija de su relación estatutaria de servicio de carácter no fijo. Por lo que añadimos que a la vista de cuanto queda expuesto, la respuesta a las cuestiones de interés casacional objetivo es la siguiente:

1. Una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo que se prolonga ininterrumpidamente durante más de diez años sin que la Administración haya mostrado que estuviera destinada a algo distinto que cubrir una necesidad permanente, constituye una utilización objetivamente abusiva del trabajo de duración determinada, a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

2. Las consecuencias jurídicas de una situación contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco son las expuestas en las sentencias de esta Sala n. 1425/2018 y n. 1426/2018, de 26 de septiembre de 2018, a saber: el derecho a la subsistencia de la relación de empleo –con los correspondientes derechos profesionales y económicos– hasta que la Administración cumpla debidamente lo dispuesto por el art. 10.1 del Estatuto Básico del Empleado Público y el derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración con arreglo a las normas generales de ésta.

3. Ni la cláusula 5 del Acuerdo Marco ni la legislación española prevén que la persona que se halla en una situación de utilización objetivamente abusiva del trabajo de duración determinada tenga derecho a la transformación en fija de su relación estatutaria de servicio de carácter no fijo».

7 Procedemento administrativo

7.1 Acreditación da representación dunha entidade mercantil na fase de interposición de recurso administrativo (alzada/reposición). Basta o certificado de sinatura electrónica habilitante para actuar electronicamente

A Xunta de Galicia non admitiu numerosos recursos administrativos formulados por empresas de transporte contra resolucións da Consellería de Infraestruturas e Mobilidade por falta de acreditación da representación das ditas entidades mercantís por quen subscribía os recursos. O Tribunal Supremo, nas súas sentenzas do 28 de setembro e 25 de outubro de 2021 (recs. 1379/2020 e 706/2020, relatores: Córdoba Castroverde e Riego Valledor), censura o criterio formalista da Administración autonómica, obrigándoa a aceptar a representación e fixando a seguinte doutrina xurisprudencial:

«1. El Consejero Delegado de una sociedad de capital en quien el Consejo de Administración haya delegado todas las funciones y facultades correspondientes al Consejo de Administración, excepto las indelegables por Ley, en los términos previstos por los artículos 233.2.d) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 149.1 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, ostenta el poder de representación de la sociedad, por lo que puede actuar como representante de la misma ante la Administración Pública sin necesidad de disponer de un poder específico para ello.

2. El Consejero Delegado de una sociedad de capital en los términos del apartado anterior, que ha obtenido del organismo certificador competente un certificado de firma electrónica que le habilita para actuar telemáticamente en representación de una persona jurídica no necesita aportar, mientras esté vigente dicho certificado, un poder de representación de la sociedad con motivo de cada actuación concreta ante la Administración».

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

8 Proceso contencioso-administrativo

8.1 Lexitimación pasiva de quen comparece no proceso como codemandado. Non cabe para un concelleiro da oposición que unicamente pretenda defender os intereses da corporación municipal

A Sentenza do TSXG do 12 de novembro de 2021 (rec. 7071/2021, relator: Villares Naveira) realiza unha interesante análise sobre os requisitos de lexitimación pasiva exigibles a quen comparece como parte codemandada nun proceso contencioso-administrativo. Denégalla a un concelleiro da oposición que pretende defender por esa vía os intereses da corporación municipal demandada ante a eventualidade de que achante coa demanda ou se defenda mal no preito. Por dúas razóns complementarias:

«En primeiro lugar, porque en tanto que concelleiro, o conxunto de facultades que lle asisten como representante público veñen recollidas na Lei 7/1985, reguladora das bases de réxime local, entre as que non se atopa a de ostentar a condición de coadxuvante do concello nin posición semellante nun procedemento xudicial. Cando o lexislador quixo apoderar a un membro da corporación con ocasión da impugnación da legalidade dun acto ou un acordo administrativo fíxoo, outorgando lexitimación activa a quen se opuxesen á resolución adoptada co seu voto (art. 63.1.b. LRBRL). Pero a lei vai máis alá e tamén regula especificamente a quen corresponde a defensa da legalidade dos actos adoptados pola corporación, que é con carácter xeral na persoa do seu alcalde, tal como establece o art. 21.k. LRBRL (...). Cando a competencia para a adopción do acordo corresponde ao pleno, a este corresponderá, en tanto que órgano colexiado esa mesma defensa (art. 22.2.j LRBRL), pero esta atribución é ao pleno, non a un concelleiro en particular.

En segundo lugar porque a xurisdición contencioso-administrativa non é o ámbito onde se ventilan responsabilidades políticas, senón de control de legalidade, de forma que mal pode exercer o concelleiro unha posición de fiscalización política alá onde o principio de oportunidade (que permite á corporación adoptar a decisión politicamente máis acorde coas propias conviccións da maioría de goberno dentro dos marxes que permite o ordenamento xurídico) resulta desprazado polo de legalidade.

Doutra banda, entende a sentenza que a posición procesual do codemandado lle permite unha posición de control eficaz fronte a actos de desistencia ou conformidade. Pero o concelleiro ten unha ferramenta de control fronte esta situación, dentro da propia corporación municipal. En efecto, o art. 75.1. LXCA indica que “Os demandados poderán achantar coa demanda cumprindo os requisitos exigidos no punto 2 do artigo anterior”, precepto que sinala que: “Se a Administración pública desistise, terase que presentar testemuño do acordo adoptado polo órgano

competente consonte os requisitos exixidos polas leis ou regulamentos respectivos”. Como vimos de recordar, o concelleiro que votase en contra dese acordo pode impugnalo xudicialmente de forma directa. Aínda neste caso, na vía xudicial corresponderíalle ao xuíz/a unha función de control de legalidade de oficio, cando manifesta o art. 75.2 LXCA que “Producido o achantamento coa demanda, o xuíz ou tribunal, sen máis trámites, ditará sentenza de conformidade coas pretensións do demandante, agás se iso supuxer unha infracción manifesta do ordenamento xurídico, caso en que o órgano xurisdiccional lles comunicará ás partes os motivos que se puideren opoñer á estimación das pretensións e oiraas por un prazo común de dez días, para ditar despois a sentenza que estime axustada a dereito”. En consecuencia, prevé o ordenamento unha posición eficaz para o concelleiro impugnar o acto que sirva de base á conformidade e a maiores encarga ao xuíz/a unha tutela de oficio de control da legalidade, como mínimo en casos de infracción manifesta do ordenamento xurídico, co marxe que a propia expresión deixa ao órgano xudicial.

Nesta mesma clave completa a sentenza de instancia que esta intervención coadxuvante tamén evita posicións da administración de falta de actividade procesual en defensa da legalidade do acto, pero este argumento debe ser obxectado con que tamén neste caso o órgano xudicial ten a facultade de practicar de oficio as probas que considere necesarias para a máis acertada decisión do asunto (art. 61.1. LXCA), polo que tampouco neste caso a intervención do concelleiro se antolla necesaria para evitar o decaemento da posición de defensa da legalidade da administración, quen polo demais non esquezamos que ocupa a máis desafogada posición de demandada, cos efectos que en sede de carga de proba comporta, amén da presunción de legalidade do acto coa que parte (...)».

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

8.2 Determinación da contía en recursos fronte a sancións disciplinarias a funcionarios

O TSXG, na súa Sentenza do 15 de outubro de 2021 (rec. 69/2020, relator: Fernández Conde), conforme a última xurisprudencia do Tribunal Supremo, cualifica de “indeterminada” a contía do proceso promovido por un funcionario (secretario dun instituto de educación secundaria) fronte á sanción disciplinaria que lle impuxo a Consellería de Educación da Xunta de Galicia de suspensión de emprego e soldo por un mes e 15 días, ao implicar un prexuízo superior ao meramente económico. Atendendo a este criterio, as sentenzas ditadas en primeira instancia polos xulgados do contencioso-administrativo con carácter xeral son susceptibles de recurso de apelación.

8.3 Responsabilidade patrimonial das mutuas de enfermidades profesionais por asistencia sanitaria deficiente. Competencia da xurisdición contencioso-administrativa

A Sentenza do TSXG do 15 de setembro de 2021 (rec. 172/2021, relator: Seoane Pesqueira) resolve a controversia sobre se o coñecemento das reclamacións indemnizadoras por erro sanitario fronte ás mutuas de enfermidades profesionais lle corresponde á xurisdición social ou á contencioso-administrativa, recoñecendo finalmente a competencia desta última:

«El conflicto entre la jurisdicción contenciosoadministrativa y la social en torno a la atribución de la competencia para el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial frente a las Mutuas ya se ha planteado previamente entre las dos Salas de este Tribunal Superior de Justicia de Galicia, y fue resuelto por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo en el auto de 26 de septiembre de 2017, que decidió el conflicto negativo de competencia n. 10/2017 en el sentido de que la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que a esa decisión hemos de atenernos».

9 Responsabilidade patrimonial

9.1 Pola anulación xudicial da prórroga de concesións de transporte de viaxeiros por estradas. Actuación administrativa razoada e razoable. Inexistencia de antixuridicidade e de relación de causalidade

O TSXG, na súa Sentenza do 22 de setembro de 2021 (rec. 27/2019, relator: Seoane Pesqueira), desestima a reclamación indemnizadora formulada contra a Xunta de Galicia por unha empresa dedicada ao transporte de viaxeiros por estrada polos prexuízos derivados da imposibilidade de amortizar os investimentos realizados ao anularse por Sentenza do TS do 14 de marzo de 2016 (rec. 585/2016) a prórroga da súa concesión.

O tribunal conclúe, en primeiro lugar, que:

«la actuación de la Administración se mantuvo dentro de los márgenes de lo razonable y razonado, pues disponía del respaldo de la Ley 5/2009 e incluso la Comisión Europea avaló su actuación, y a ello cabe añadir que la propia Ley 5/2009, en su disposición final primera (...) excluía la responsabilidad de la Administración en los casos en que los contratos previstos en la propia Ley 5/2009 se resolviesen por normativa de rango superior o por decisión de los órganos jurisdiccionales (en este caso por la STS de 14/3/2016), estableciendo que las ampliaciones de plazos de

prestación de servicios que resultasen de la aplicación de la propia Ley no serían tomados en consideración a efectos de eventuales indemnizaciones.

Puesto en relación con el artículo 32.3 de la Ley 40/2015, ello da lugar a que no habría derecho a indemnización, porque así lo establece la propia Ley. (...) existe una consolidada doctrina jurisprudencial que deja abierta la vía del margen de tolerancia o apreciación para denegar la indemnización solicitada por ausencia del presupuesto de la antijuridicidad del daño. (...) De la exposición de dicha jurisprudencia se deriva que la aplicación de la doctrina del margen de apreciación no se restringe a los casos de ejercicio de potestades discrecionales o regladas que contengan conceptos jurídicos indeterminados, sino que se amplía a los supuestos en que se trate del ejercicio de potestades absolutamente regladas, ya que en ese caso procederá el sacrificio individual, no obstante la anulación posterior de las decisiones administrativas, cuando éstas se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales. (...)».

En segundo lugar, que «tampoco podría prosperar la reclamación por el cauce del artículo 32.5 de la Ley 40/2015 (...) que prevé la responsabilidad de la Administración si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, porque el incumplimiento del Derecho Comunitario no puede considerarse suficientemente caracterizado, ya que, como hemos visto antes, la propia Comisión Europea concluyó que no hay motivos para considerar tajante su disconformidad con la normativa comunitaria, por lo que no se cumpliría el requisito del apartado b) de aquel artículo 42.5.b)».

E, en terceiro e último lugar, que «tampoco concurre el del apartado c), relativo a la relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares (...). Es cierto que la anulación judicial de la resolución de 26/2/2010 trajo consigo la invalidez de la prórroga de la concesión de transporte público regular de personas, y con ello inicialmente hizo ineficaces las inversiones realizadas, pero también lo es que, para dar respuesta a la mencionada STS e 14/3/2016, se aprobó por el Parlamento de Galicia la Ley 10/2016, que dio la oportunidad a la actora, en su artículo 3, para continuar con la concesión, lo que le hubiera permitido rentabilizar todas las inversiones que había realizado, y si no lo aprovechó fue porque renunció a acogerse a esa posibilidad».

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

10 Tributos

10.1 Ordenanza fiscal municipal reguladora da taxa sobre o ciclo integral da auga. Informe técnico-económico sobre o custo do servizo

A Sentenza do TS do 24 de xuño de 2021 (rec. 1076/2020, relator: Merino Jara) confirma en casación a do TSXG que declarou a nulidade da ordenanza fiscal do Concello de Carballo reguladora das taxas pola prestación de servizos públicos municipais correspondentes ao ciclo integral da auga (subministración de auga potable, de rede de sumidoiros e de saneamento e depuración de augas residuais).

O alto tribunal interpreta o disposto no artigo 25 do Texto refundido da Lei de facendas locais (TRLRHL) sobre o informe técnico-económico exigible para a imposición da taxa, concluíndo que: «no resulta posible considerar como informe técnico-económico –para la aprobación de la exacción que el Ayuntamiento de Carballo conceptúa como tasa–, el estudio de viabilidad económico-financiera del contrato de gestión del servicio público elaborado por la propia concesionaria, objeto de la propia exacción». Afonda o TS en que:

«Los informes técnico-económicos no son simples requisitos formales sino requisitos esenciales que han de preceder siempre a los acuerdos de aprobación de las ordenanzas fiscales reguladoras de las tasas, determinando su omisión la nulidad de aquellos acuerdos al no permitir esa omisión el control del cumplimiento del límite global del coste del servicio o actividad y del principio de reserva de ley, la relación existente entre cuantía de la tasa y costes provocados al ente público y el respeto de la capacidad económica de los administrados, bien entendido que la omisión no viene determinada sólo por la total inexistencia de unos documentos calificados como tales informes, sino también por la falta de un mínimo rigor en el planteamiento y formulación de los mismos. El vicio procedimental denunciado es motivo de nulidad de pleno derecho, por aplicación del art. 62.2 de la Ley 30/1992. Y ello es lógico si se tiene en cuenta que el informe técnico económico es esencial en la formación de la voluntad de los órganos de la Administración en este tipo de procedimientos. Y es que no podemos perder de vista que no nos encontramos ante una impugnación de un acto administrativo, sino ante un recurso directo contra una Ordenanza, cuya categoría es la de disposición de carácter general».

11 Universidades

A Sentenza do TSXG do 1 de decembro de 2021 (rec. 321/2021, relator: Sánchez Romero) desestima o recurso interposto por unha universidade galega, pola vía especial de protección de dereitos fundamentais, contra a Orde do 26 de marzo de 2021, da Xunta

de Galicia, pola que se regula o procedemento de aprobación de centros e institutos de investigación do Sistema Universitario de Galicia.

A sentenza analiza en profundidade o dereito fundamental á autonomía universitaria. Conclúe finalmente que a orde impugnada non o vulnera, tendo en conta que:

«(...) como resulta de su articulado, y la remisión que se efectúa a la Ley 6/13 del Sistema Universitario de Galicia, no puede entenderse que en la misma se limite o deje vacía de contenido la potestad legalmente reconocida a las universidades para la creación de estructuras específicas que actúen como soporte de la investigación y de la docencia, o, como se recoge en el artículo 5 de la citada Ley autonómica, de “Cualquier otro centro o unidad diseñada a este fin por cada universidad en sus estatutos o normas de organización y funcionamiento interno”.

Y ello por cuanto se parte en la regulación que se hace del procedimiento de aprobación de esas estructuras ya creadas por las universidades, y sin que, al determinar un procedimiento de aprobación se esté innovando respecto a lo que ya se recoge en la Ley 6/13, pues no puede obviarse que en el artículo 17 de ésta se señala “En el caso de las universidades públicas, la creación, modificación y supresión de los centros docentes y unidades de I+D+I, contempladas en el art. 5 de la presente ley, incluidos, en su caso, aquellos centros o estructuras que organicen enseñanzas en la modalidad no presencial, serán aprobadas por la Xunta de Galicia”, y, en coherencia con ello el artículo 2 de la Orden determina su ámbito de aplicación refiriéndose a los centros e institutos de investigación del SUG como “aquellas estructuras de I+D+I mencionadas como tales en el artículo 5 de la Ley 6/2013”; en consecuencia, lo único que hace la Orden ahora recurrida es regular el procedimiento de aprobación, respetando en cualquier caso la iniciativa y las competencias propias de las universidades de acuerdo con el marco legal ya expuesto.

Por tanto, no habiéndose impugnado la Ley 6/13, a la que la Orden desarrolla, y sin que se haya percibido una distinción en ésta a los efectos de aprobación, como parece indicarse en la demanda, pues los centros de investigación que como estructuras propias pudieran ser creados por la universidad participan de la definición dada en el artículo 5 de la Ley 6/13, no cabe hablar de la vulneración del derecho fundamental de autonomía universitaria por la orden recurrida.

Por lo demás, se manifiesta por la actora que con la norma impugnada se deja vacía de contenido la posibilidad de crear centros de investigación, por ser artificiosa la diferencia entre creación y aprobación, ya que esta última constituiría un pronunciamiento último de la Administración autonómica para determinar lo que han de considerarse centros de investigación a los efectos de optar a financiación, subvenciones, ... Y, ante ello cabe indicar que, como se explica en conclusiones por el Letrado de la Xunta de Galicia, la finalidad de la regulación, pero no sólo la Orden sino también la de la Ley 6/13, que es la que señala la aprobación por la Xunta de Galicia en el artículo 17, es el ejercicio y control de

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

la competencia de fomento de la investigación que se reconoce a la Comunidad Autónoma en el artículo 27.19 del Estatuto de Autonomía, de forma que se pueda financiar o subvencionar por la Comunidad aquellas estructuras de I+D+I que cumplan determinados criterios de excelencia científica e investigadora que se persigue, y de ahí que se configure un procedimiento que permita a la unidad o estructura adquirir la categoría que le hace acreedora de esas vías de financiación adicionales a las ordinarias de la Universidad. Por ello, si las universidades pretenden que las estructuras de I+D+I por ellas creadas accedan a determinados beneficios, han de acreditar que cumplen la finalidad perseguida por la Comunidad Autónoma con ellos, y la forma de acreditarlo es el procedimiento de aprobación que se regula en la Orden impugnada, y sin que ello suponga vulneración alguna de la autonomía universitaria. Así, se manifiesta en el artículo 6 de la Orden “a los efectos de la tramitación de su aprobación por parte de la Xunta de Galicia, los centros e institutos de investigación del SUG que se acojan al proceso de aprobación regulado en esta orden tendrán que cumplir unos requisitos, tanto en su solicitud inicial como en sus modificaciones y a lo largo de su existencia, que acrediten una calidad investigadora de alto nivel, comprometida con el desarrollo de Galicia al tiempo que con unos altos niveles de autofinanciamiento y viabilidad científica”.

En consecuencia, en atención a lo expuesto, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Universidad de Santiago de Compostela ha de ser desestimado, al no considerarse que la Orden impugnada vulnera el derecho fundamental a la autonomía universitaria, pues la misma no es más que un desarrollo de la Ley 6/13 de Sistema Universitario de Galicia, articulando el procedimiento para la aprobación que se prevé en la citada norma legal para determinadas estructuras universitarias, entre los que están en general los centros o unidades diseñadas para el fin de la docencia o de la investigación por cada universidad en sus estatutos o normas de organización y funcionamiento interno; y sin que el trámite de aprobación prive a las universidades de la potestad de creación, modificación o supresión de tales centros, siendo por lo demás el procedimiento que se articula un procedimiento voluntario, que ha de partir de la iniciativa de la universidad, pudiendo existir centros de investigación creados por las universidades que no se sometan a este procedimiento de aprobación».

Regap

Recensiones

3



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_xullo-decembro 2021 | pp. 247-250
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4847>
© María Victoria Álvarez Buján
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 24/10/2021 | Aceptado: 16/12/2021

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

La innovación pública en las Administraciones locales

62 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

MAIRAL MEDINA, P.: *La innovación pública en las Administraciones locales*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2021, 288 pp. ISBN: 978-84-7351-725-6.

A monografía obxecto de comentario é da autoría individual de D.^ª Pilar Mairal Medina e froito da súa tese de doutoramento, dirixida polo Prof. Dr. D. José Manuel Ruano de la Fuente e a Prof. Dra. D.^ª Gema Pastor Albaladejo, na Universidade Complutense de Madrid, onde foi defendida en 2019. A autora presenta, á vista da súa traxectoria e actividade profesional, un excelente perfil académico e investigador na área de Ciencia Política (e Económica) e da Administración.

A obra versa sobre a innovación pública, temática de sumo interese, especialmente na última década. Céntrase no papel das administracións locais e trata de analizar diversas experiencias para verificar os procesos e os seus resultados, tanto desde a vertente organizativa como desde a vertente do impacto económico, social e mesmo ambiental.

Abórdase así o redeseño organizativo, a integración tecnolóxica, a implantación de ferramentas de coordinación transversal, os novos espazos conversacionais con axentes do territorio, a poboación usuaria, etc. En definitiva, alúdese aos procesos de cambio e repolitización das entidades locais. Pero, a diferenza doutros estudos ligados a esta temática, a obra que nos ocupa persegue como obxectivo fundamental analizar os procesos de innovación pública nas administracións locais, determinando cales son os factores condicionantes e como interactuar para impulsar ou frear a innovación.

A autora inclúe unha perspectiva empírica no seu traballo, ao examinar de forma rigorosa e exhaustiva dúas experiencias reais e prácticas: *Soria CO2Cero*, promovida polo Concello de Soria, e o proxecto *Sustainable Safety Governance*, do Concello de Arganda del Rey.

Os resultados do seu estudo revelan, entre outros extremos, a importancia de factores como o liderado e a implicación dos responsables políticos e o persoal técnico durante o proceso de innovación, o coñecemento e capacitación da estrutura municipal ou os incentivos á innovación.

Grazas a todos os elementos e factores estudados, pódese deducir que o éxito dunha innovación pública non só vai depender das calidades do propio proxecto (innovador), senón tamén (e máis aínda) da organización e do contexto que afectan ao desenvolvemento da innovación e que poden ser xestionadas de modo máis ou menos axeitado e exitoso.

A obra atópase perfectamente estruturada en sete capítulos, ao longo dos cales a autora realiza un excelso manexo de fontes bibliográficas e documentais. Demostra, sen deixar lugar a dúbidas, ser unha investigadora de primeira orde e dominar o rigor científico e académico, mesmo no que respecta ao estudo das mencionadas experiencias empíricas, xa que se parte da elaboración dun cuestionario que foi proporcionado a profesionais das dúas administracións examinadas. No dito cuestionario téñense en conta indicadores dos principais factores de partida, procesos e resultados, formulados no marco conceptual inicial.

Co fin de dar a coñecer o contido esencial desta monografía, a continuación, procedemos a sintetizar o contido dos sete capítulos nos que se divide a obra.

No capítulo primeiro realízase unha introdución e, seguidamente, unha proposta conceptual, analítica e metodolóxica.

No segundo capítulo abórdase a metodoloxía de investigación, elemento clave para poder contextualizar o traballo e comprender como se chega ás conclusións que finalmente se reflicten.

No terceiro capítulo analízanse as tendencias actuais en materia de innovación pública e os factores que determinan o seu éxito ou o seu fracaso.

No capítulo cuarto, a autora concentra a súa atención na innovación na xestión da sustentabilidade ambiental, tomando en conta a importancia da preservación e protección do medio ambiente como fin a perseguir polas administracións públicas. Neste capítulo é onde se detén no estudo en particular da experiencia do Concello de Soria.

No capítulo quinto lévase a cabo o exame da innovación na xestión da seguridade cidadá, no cal se afonda no modelo de experiencia do Concello de Arganda del Rey.

No capítulo sexto, penúltimo, disértase acerca da percepción sobre os procesos de innovación na Administración local e móstranse os resultados da investigación cuantitativa.

Finalmente, no capítulo sétimo expóñense os principais elementos de discusión e as conclusións do traballo.

Entre as principais conclusións ás que chega a autora, cabe salienta que se verifica que as administracións locais implementaron cambios adaptativos na súa visión e nas formas de interactuar coa poboación que non sempre se catalogaron como “innovacións”. De feito, as iniciativas ou experiencias que en concreto examina a autora presentan marcos referenciais que promoveron estes cambios, destacando substancialmente a sustentabilidade local (como ferramenta fronte a retos como a crise climática) e a seguridade cidadá nun mundo aberto e global, ademais da gobernanza local como recurso para coordinar, empoderar e corresponsabilizar axentes externos ás organizacións públicas.

Tomando en consideración o perfil investigador da autora, como non podía ser doutro xeito, na obra déixanse anunciadas futuras liñas de investigación vinculadas a arquitecturas organizativas para a innovación, o salto desde o denominado codeseño á implementación efectiva de solucións, a definición de estratexias de transferencia e escalabilidade, o liderado técnico ou, inclusive, a permeabilidade da innovación e os seus resultados nas organizacións públicas.

En definitiva, este libro dun total de case 300 páxinas contén un estudo pormenorizado e de sumo interese, por facer referencia a un tema de máxima actualidade e relevancia para as administracións públicas en xeral (non soamente as de ámbito local, mesmo cando é naquelas nas que especificamente se centra) e para a cidadanía, que é a destinataria das políticas e actuacións públicas. E precisamente neste contexto debemos felicitar a autora por achegar un enfoque diferente e orixinal ao seu traballo, que destaca por iso entre os restantes estudos que tocan directa ou indirectamente a innovación pública.

Tras recoller sucintamente o contido global desta obra, como broche ou peche a esta recensión, non podemos facer outra cousa máis que recomendar a súa lectura, de contido non só académico e investigador, senón tamén práctico/empírico, xa que se presenta apta e de sumo interese non só para todos os operadores xurídicos (ao tratar un tema que cada día está máis en voga no marco do dereito administrativo e no funcionamento práctico da Administración pública), senón tamén para calquera cidadán/a interesado/a en afondar nos desafíos e cuestións que no ámbito público

Regap

RECENSIONES

poden entrañar polémica e controversia, ao mesmo tempo que esconden oportunidades de cambio e mellora/progreso social.

Animamos, así mesmo, a autora (docente e investigadora) a continuar traballando, coa mesma profesionalidade, nesta temática sobre a que elaborou xa diversas publicacións (artigos de revista e capítulos de libro) e que está ligada a distintas disciplinas de máximo interese práctico e actual, como son as ciencias económicas (en particular a economía do cambio tecnolóxico, a innovación tecnolóxica e a economía sectorial), as ciencias políticas e a Administración pública (desde a óptica do dereito administrativo, a política e regulación do medio ambiente e a xestión administrativa).

Revista Galega de Administración Pública

ISSN-L: 1132-8371

Núm. 62, julio-diciembre 2021 \ Number 62, July-December 2021

Sumario/Summary

1 ESTUDIOS / STUDIES

José Antonio Rodríguez Miguez

Prácticas anticompetitivas y contratación pública: la visión de una autoridad de competencia. 255

Anti-competitive practices and public procurement: the perspective of a competition authority

Alejandro Ramón Antelo Martínez

Entidades de certificación, entidades de colaboración y simplificación administrativa en Galicia 297

Certification entities, collaboration entities and administrative simplification in Galicia

Ignacio Álvarez Rodríguez

¿De qué hablamos cuando hablamos de constitucionalismo feminista? 319

What are we talking about when we talk about feminist constitutionalism?

Daniel Casal Oubiña

Control escrito y asambleas legislativas autonómicas. ¿Una mejora de la función parlamentaria? 337

Written control and regional legislative assemblies. An improvement of the parliamentary function?

Carlos Heredero del Campo

El periplo accidentado de la contratación de emergencia 369

The troubled journey of emergency public procurement

Dionisio Fernández de Gatta Sánchez	
Finalización del estado de alarma: la desorganización jurídico-administrativa continúa	391
<i>End of the state of alarm: the legal-administrative disorganization continues</i>	

2 COMENTARIOS Y CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

Xosé Antón Sarmiento Méndez	
La centralidad parlamentaria en las decisiones en tiempos de pandemia: Comentario sobre la competencia autonómica en la aprobación de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia	429
<i>Parliamentary centrality in decisions in times of pandemic: Commentary on regional competence when passing Law 8/2021 of 25 February, amending Law 8/2008 of 10 July, on health in Galicia</i>	

Alice de Nuccio	
Políticas de impulso demográfico en la Comunidad Autónoma de Galicia: la Ley 5/2021, de 2 de febrero	457
<i>Policies of demographic impulse in the Autonomous Community of Galicia: Law of 2 February 2021, n. 5</i>	

Francisco de Cominges Cáceres	
Jurisprudencia contencioso-administrativa	469
<i>Contentious-administrative jurisprudence</i>	

3 RECENSIONES / REVIEWS

María Victoria Álvarez Buján	
La innovación pública en las Administraciones locales.	501
Proceso de selección e avaliación dos orixinais	
Normas de publicación	505
Proceso de selección y evaluación de los originales	
Normas de publicación	509
Selection and evaluation process of originals	
Publication requirements	513

Regap

Estudios

1



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_julio-diciembre 2021 | pp. 255-296
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4782>
© José Antonio Rodríguez Miguez
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

Prácticas anticompetitivas
e contratación pública: a
visión dunha autoridade
de competencia

Prácticas anticompetitivas y contratación pública: la visión de una autoridad de competencia

Anti-competitive practices
and public procurement:
the perspective of a
competition authority

62 Regap

Regap

ESTUDIOS

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ¹

Responsable de Investigación (Subdirector de Investigación)
Comisión Gallega de la Competencia

jarmiguez@gmail.com

Resumo: A importancia que adquiriu a contratación pública veu unida á súa maior complexidade técnica e á súa vinculación á libre competencia, que son dúas das características máis evidentes da súa actual regulación, polo que, aínda que se trate de ámbitos normativos claramente diferenciados, están intimamente entrelazados entre si, como proba o feito de que un importante número de casos que resolven as autoridades de competencia se susciten en expedientes de contratación pública.

Este traballo pretende achegar ambas as dúas normativas ofrecéndolles tanto aos técnicos que se ocupan da contratación pública como aos potenciais licitadores a visión singular e igualmente especializada da normativa de competencia para facilitar unha aplicación coherente e harmonizada das dúas disciplinas xurídicas.

¹ A mi hijo Jacobo, en su 18 cumpleaños. Las opiniones expresadas en el presente trabajo son estrictamente personales del autor y no reflejan, necesariamente, la opinión del organismo en el que presta sus servicios.

Palabras clave: Prácticas anticompetitivas, contratación pública, colusión, restricción de la competencia, colusión en la contratación pública, abuso de posición dominante, competencia desleal.

Resumen: La importancia que ha adquirido la contratación pública ha venido unida a su mayor complejidad técnica y a su vinculación a la libre competencia, que son dos de las características más evidentes de su actual regulación, por lo que, aunque se trate de ámbitos normativos claramente diferenciados, están íntimamente entrelazados entre sí, como prueba el hecho de que un importante número de casos que resuelven las autoridades de competencia se suscitan en expedientes de contratación pública.

Este trabajo pretende acercar ambas normativas ofreciendo tanto a los técnicos que se ocupan de la contratación pública como a los potenciales licitadores la visión singular e igualmente especializada de la normativa de competencia para facilitar una aplicación coherente y armonizada de las dos disciplinas jurídicas.

Palabras clave: Prácticas anticompetitivas, contratación pública, colusión, restricción de la competencia, colusión en la contratación pública, abuso de posición dominante, competencia desleal.

Abstract: The importance that public procurement has acquired has been linked to its greater technical complexity and its link to competition law, which are two of the most obvious characteristics of its current regulation, so that, although they are clearly differentiated regulatory areas, they are intimately intertwined with each other as evidence that a significant number of cases resolved by Competition Authorities arise in public procurement files.

This paper aims to bring both regulations closer together by offering both the technicians who deal with public procurements and the potential bidders the singular and equally specialized vision of the competition regulations to facilitate a coherent and harmonized application of both legal disciplines.

Key words: Anti-competitive practices, public procurement, collusion, restriction of competition Bid-Rigging, abuse of dominant position, unfair competition.

SUMARIO: 1 Presentación: dos regulaciones y una finalidad común. 2 Los “puentes” o “pasarelas” entre contratación pública y competencia. 2.1 Las pasarelas de e contratación a competencia (arts. 1, 33, 64, 69, 70, 71-73, 99, 132, 139, 150, 285 y 321 LCSP). 2.2 De competencia a contratación pública (disp. adic. 2.ª y art. 65.3 LDC). 2.3 De libre competencia a competencia desleal (art. 3 LDC). 3 Algunas ideas básicas sobre los ilícitos antitrust en la contratación pública. 3.1 Cárteles y clemencia. 3.2 El abuso de posición de dominio en la contratación pública. 3.3 El falseamiento de la competencia por actos desleales en la contratación pública. 4 Consideraciones finales y perspectivas de futuro.

1 Presentación: dos regulaciones y una finalidad común

La importancia que ha adquirido la contratación pública² ha venido unida a su cada vez mayor complejidad técnica y a su vinculación cada vez más intensa a la libre competencia, que son dos de las características más evidentes de su actual regulación, contenida básicamente en la actualidad en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre,

² Como ha afirmado recientemente la CNMC, la contratación pública tiene una relevancia indudable en España y, en general, en el conjunto de los países de nuestro entorno; según diferentes estimaciones, representa entre el 10% y el 20% del PIB nacional y el 14% del PIB de la UE, añadiendo que, según la OCDE, representó el 9,6% del PIB y el 23,4% del gasto total de las administraciones públicas españolas en 2017 (OCDE, *Government at a glance 2019*, 2019). La CNMC ha cifrado en el pasado el peso de la contratación pública en el 18,5% del PIB [COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)], *Documento de análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*, 2015). El Observatorio de la Contratación Pública lo cifra en el 20% del PIB. Por dar un dato de la comunidad internacional, representa más del 14% del PIB de la UE, según el marcador de contratación pública de la CE. *Vid.* COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC), *G-2019-02 Guía sobre contratación pública y competencia fase 1: la planificación de la contratación pública*, 16 de diciembre de 2020, en concreto, p. 23 y nota 1. Acceso web: https://www.cnmcc.es/sites/default/files/3334635_3.pdf.

de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP)³.

Tal vinculación, que responde tanto a la propia naturaleza de la contratación pública como a la voluntad expresa y explícita del legislador europeo⁴, tiene como misión esencial garantizar la mayor eficiencia posible en la gestión de los recursos públicos empleados en la satisfacción de las necesidades públicas⁵.

Por ello, puede afirmarse que, aunque libre competencia y contratación pública son dos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico claramente diferenciados entre sí, están sin embargo íntimamente entrelazados⁶, como prueba el hecho de que un importante número de casos que resuelven las autoridades de competencia se susciten en expedientes de contratación pública⁷.

³ La versión consolidada de la LCSP en el BOE puede consultarse en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902>. Téngase en cuenta la estimación parcial por el Tribunal Constitucional del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón contra diversos preceptos de la LCSP (vid. NOTA INFORMATIVA N. 26/2021, do 22 de marzo de 2021, acceso web: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_026/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2026-2021.pdf). Resulta de especial utilidad la publicación del BOE *Código de Contratos del Sector Público*, disponible en formato electrónico actualizado y gratuito en: <https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=31&modo=2¬a=0&tab=2>. Resulta de interés, a pesar de su actual carácter retrospectivo, la lectura del Informe relativo a la contratación pública en España – 2017, de abril de 2019, recientemente hecho público por la Comisión Europea y del que nos da cuenta, con el correspondiente enlace, Guillermo Saiz Ruiz en https://www.linkedin.com/posts/guillermo-saiz-ruiz-abogado_sugeridas-por-la-comisi%C3%B3n-europea-a-partir-activity-6805229814832758785-wlU/r/.

⁴ Esta afirmación se ha hecho más evidente y explícita en nuestra legislación positiva de contratación pública a medida que esta ha venido estando infiltrada por el contenido que deriva de las directivas europeas en materia de contratación pública, a través de las que se trata de garantizar unas reglas comunes básicas en la contratación pública en los Estados miembros, en el sobreentendido que la libre competencia es, desde la misma fundación de la actual Unión Europea, no solo uno de sus principios fundamentales y una de las políticas europeas básicas, sino la garantía de la efectividad del mercado interior, que es el instrumento esencial de la propia construcción europea y base esencial de la economía de mercado, sobre la que se asienta la economía europea y, en general, la de los países más desarrollados. Véase también la reciente Comunicación de la Comisión Europea relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo (DOUE, C 91, de 18 de marzo de 2021, p. 1) y VÁZQUEZ, J., “La comunicación sobre prácticas colusorias en contratación pública”, *Guías Prácticas con Recursos y consejos para luchar contra la colusión en contratación pública*, 26 de mayo de 2021. Acceso web: <https://www.javiervazquezmatilla.com/la-comunicacion-sobre-practicas-colusorias-en-contratacion-publica/>.

⁵ Sobre los beneficios de la competencia, véase la recientemente publicada por la CNMC *Guía sobre los beneficios de la competencia para los consumidores: preguntas y respuestas*, presentada el 21 de abril de 2021. Acceso web: <https://www.cnmc.es/guia-competencia-para-consumidores>.

⁶ Un estudio amplio sobre este tema se aborda en MIÑO LÓPEZ, A.M., *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019. Esta monografía recoge solo una parte de la tesis doctoral del autor, que a su condición de experto en contratación pública une su experiencia como letrado de la Xunta de Galicia y como primer responsable de la Subdirección de Investigación del, por aquel entonces, Consejo Gallego de la Competencia.

⁷ Como ha recogido la prensa, en el periodo 2015-2019, solo la CNMC resolvió 16 expedientes relacionados con cárteles en licitaciones públicas con multas que, sin contar las exenciones para las empresas que delataron la existencia de esas prácticas acogiéndose al denominado Programa de Clemencia, suman más de 628 millones de euros, y en sectores como el del suministro de material sanitario, electrificación ferroviaria, tratamiento de residuos urbanos, montaje y mantenimiento industrial, mensajería o seguridad privada (VÉLEZ, A.M., “Competencia advierte de que los cárteles para repartirse contratos públicos copan la mitad de las multas que impone”, *eldiario.es*, de 28 de abril de 2021. Acceso web: https://www.eldiario.es/economia/competencia-advierte-carteles-repartirse-contratos-publicos-copan-mitad-multas-impone_1_7879944.html). A título de ejemplo, vid. la reciente Resolución de la CNMC, de 11 de mayo de 2021, en el Expediente S/DC/0627/18, CONSULTORAS (acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3493822_57.pdf), en la que la CNMC sancionó a 22 firmas de consultoría y a varios de sus directivos, con multas que ascienden a un total de 6,3 millones de euros, al considerar acreditado que las empresas sancionadas habían intercambiado información comercial sensible y se sirvieron de estrategias comunes para no competir cuando participaban en las licitaciones para ofrecer servicios de consultoría solicitados por distintas administraciones públicas.

A este respecto, coincidimos con lo manifestado por el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia (TCDC), en el fundamento jurídico tercero de su Resolución de 23 de diciembre de 2019⁸, en el Expediente 94/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña, cuando señala que garantizar la concurrencia y la competencia en los procesos de compra pública, y en general en las licitaciones públicas, constituye una de las principales preocupaciones de toda autoridad de competencia, tanto desde una vertiente jurídica-formal para dar cumplimiento a las exigencias legales que imponen el artículo 119 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), los artículos 31 y 38 de la Constitución española y el artículo 1 de la Ley 9/2017, como desde una vertiente económica, pues la competencia favorece la eficiencia y la racionalidad económica en la provisión pública de bienes y servicios.

Así, y como se recoge de manera expresa en la citada resolución del TCDC:

“La alteración de la competencia por parte de los operadores económicos que toman parte en las licitaciones públicas es una conducta objetivamente contraria a la competencia, pues anula el comportamiento autónomo e independiente de las empresas y reduce la incertidumbre en relación al comportamiento del resto de licitadores. Este tipo de actuación restrictiva de la competencia, como la que se analiza en el caso que nos ocupa, elimina los beneficios que aporta la libre competencia en detrimento del interés general y favorece exclusivamente a las empresas que forman parte del acuerdo. Son consecuencias directas de la falta de una auténtica competencia en la contratación pública tanto sobre los costes en el aprovisionamiento público (precio no competitivo, escasa calidad en los bienes y servicios adquiridos, falta de innovación, etc.) como el fraude y la corrupción”.

Sentada como premisa básica la íntima conexión entre materias, es necesario afirmar igualmente la necesidad de que quienes gestionan la contratación pública han de conocer y aplicar junto a la LCSP la normativa en materia de competencia, incluso en circunstancias tan excepcionales como las que vivimos a causa de la crisis sanitaria y económica⁹ provocada por la actual situación de pandemia generada por la COVID-19¹⁰.

⁸ Esta resolución del TCDC puede consultarse en http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/20200121_Resolucion-exp-94.18-PUB.pdf.

⁹ Resulta especialmente ilustrativo del papel que la competencia debe desempeñar para superar una situación de crisis el breve y claro pronunciamiento de la EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN), adoptado al comienzo de la presente crisis, *Antitrust: Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis*, do 23 de marzo de 2020. Acceso web: https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf, y junto a pronunciamientos posteriores en https://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html.

¹⁰ Incluso en estas circunstancias de pandemia, las autoridades no han dejado de estar vigilantes adoptando medidas singulares, del mismo modo que la legislación ordinaria en materia de contratación pública ha sido adaptada a la excepcionalidad del momento. A este respecto, *vid.* COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC), *COVID-19 Competencia. La CNMC crea un buzón de consultas y denuncias relacionadas exclusivamente con las normas de competencia en el contexto actual de la pandemia*, 2020. Acceso web: <https://www.cnmc.es/covid-19/competencia>.

A propósito de las adaptaciones excepcionales de nuestra normativa de contratación pública, *vid.* ICCP. Contratación pública y COVID-19: Normativa estatal y autonómica, Informes y Dictámenes. Acceso web: <https://www.crisisycontratacionpublica.org>. En lo que se refiere a la Comisión Europea, podemos destacar: Marco temporal para evaluar cuestiones de defensa de la competencia relacionadas con la cooperación empresarial en respuesta a las situaciones de urgencia ocasionadas por el actual brote de COVID-19 (DOUE C 116 I, de 8.4.2020, p. 7) y marco temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19, cuya inicial versión ha sido objeto de, al menos, cinco revisiones. A este respecto, *vid.* https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html, y

Este trabajo pretende, en consecuencia, acercar ambas normativas ofreciendo tanto a los técnicos que se ocupan de esta (en el sector público o privado) como a los potenciales licitadores la visión singular e igualmente especializada de la normativa de competencia para facilitar una aplicación coherente y armonizada de ambas disciplinas jurídicas¹¹.

Entendemos que para lograr este objetivo es esencial la colaboración entre los órganos de contratación, las autoridades de competencia y los licitadores para que la contratación pública cumpla sus objetivos, considerando el papel de las autoridades de competencia tan relevante como el que en sus respectivos ámbitos desempeñan las mesas de contratación, las juntas consultivas de contrataciones administrativas, los órganos que resuelven recursos especiales o los tribunales y consejos de cuentas. Sin olvidar el papel que desempeñan los jueces y tribunales en el ejercicio de sus respectivas jurisdicciones.

Con esta finalidad, analizaremos los “puentes” o “pasarelas”¹² existentes entre contratación y competencia, exponiendo de la forma más clara posible el alcance de las respectivas remisiones, así como los conceptos básicos que son propios de la legislación de competencia cuyo conocimiento por quienes gestionan o concurren a contratos públicos son esenciales para el buen fin de estos¹³.

2 Los “puentes” o “pasarelas” entre contratación pública y competencia

Debemos comenzar nuestra exposición resaltando como una práctica habitual y casi imprescindible la de que unas normas se remitan a otras, pues ello responde a la propia integridad del ordenamiento jurídico que impide crear compartimentos estancos entre realidades que están materialmente interconectadas entre sí de una

RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Pandemia, ayudas de Estado y ayudas a los estados: el reto de la eficiente asignación de recursos públicos en tiempos de crisis”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 60, julio-diciembre 2020, pp. 369 a 400. Acceso web: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/issue/view/289/PDF%20Galego>.

¹¹ La finalidad declarada de este trabajo nos lleva a omitir numerosas referencias sin duda interesantes tanto a la doctrina general acerca de la normativa de contratación pública como a las numerosas resoluciones adoptadas por los órganos administrativos especializados en su control, principalmente juntas consultivas de contratación administrativa y tribunales especializados en los recursos especiales, cuya labor está siendo esencial para aplicar correctamente la LCSP. Hemos optado, por ello, en centrarnos en las referencias básicas, aportando, por nuestra parte, la experiencia en el ámbito específico de la defensa y promoción de la competencia en el ámbito específico de la contratación pública allí donde ambas disciplinas convergen.

¹² También se podría usar la de “puntos de encuentro”, empleada por SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. y ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 47, 2017, pp. 106-110, p. 109. Acceso web: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5663/documento/esp05.pdf?id=7553>. Hemos optado por la de “pasarelas” o “puentes”, habitualmente empleada para referirse a las remisiones entre las leyes de defensa de la competencia y la de competencia desleal, que eran más evidentes e intensas durante la vigencia de la hoy derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, con las pasarelas de su artículo 6, que incluía como supuesto de abuso de posición dominante el que se denomina “abuso de dependencia económica” (suprimido de la actual Ley de defensa de la competencia y reconducido en exclusiva, al menos en principio, al ámbito de la competencia desleal), y su artículo 7, que regulaba ya el “falseamiento de la competencia por actos desleales”, que se recoge en el actual artículo 3 de la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC).

¹³ Para una visión resumida de estas relaciones, con referencia a instrumentos de promoción de la competencia y de detección de cárteles con técnicas económicas, *vid.* REALP i CAMPALANS, M., “La lucha contra la colusión en la contratación pública”, *Economía Industrial*, n. 415, 2020, pp. 1-9. Acceso web: <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/415/REALP%20i%20CAMPALANS.pdf>. Aconsejamos la consulta de este monográfico.

otra manera. Lo que no siempre se consigue es que las remisiones entre normas sean lo suficientemente claras, completas y coherentes para que faciliten una aplicación coherente y equilibrada de todas las normas que se relacionan explícita o implícitamente entre sí, especialmente cuando se trata de aplicar normas que proceden de ámbitos y concepciones diferentes y sometidos a reglas propias y singulares, como sin duda ocurre con las regulaciones en materia de contratación pública y de competencia.

En efecto, la LCSP se remite de forma expresa o implícita en numerosas ocasiones a la regulación de competencia; esto es, a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (en adelante, LDC)¹⁴, y, en su caso, cuando puede existir afectación del mercado intracomunitario (hoy Mercado Interior Europeo), a su equivalente en el marco de la Unión Europea, que son los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y sus normas y reglas de desarrollo y aplicación¹⁵.

Por su parte, la LDC, aunque efectivamente incorpora también alguna referencia puntual a la contratación pública, lo que sí contiene y desarrolla son los conceptos propios cuya aplicación van a tener que realizar quienes accedan a ella por remisión de la LCSP.

Antes de exponer las claves de las remisiones respectivas contenidas en la LCSP y en la LDC, que también se remite en su artículo 3 LDC (“falseamiento de la competencia por actos desleales”) a la regulación de competencia desleal contenida básicamente en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (en adelante, LCD), debemos destacar una consideración básica relativa a las diferencias en la técnica normativa empleada en la redacción de la LCSP y la LDC.

En efecto, mientras la LCSP es una norma especialmente prolija, minuciosa y detallada, casi con pretensión reglamentaria, la LDC se distingue, por el contrario, por el carácter abierto con el que se redactan sus normas substantivas, como las que describen las conductas prohibidas¹⁶ (arts. 1 a 3 LDC), las que definen conceptos

¹⁴ Ténganse en cuenta las últimas modificaciones introducidas en la LDC y su reglamento de desarrollo, así como en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por 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.

¹⁵ Para una visión básica pero completa del derecho y política de la competencia de la Unión Europea, resulta de gran utilidad la consulta de la web oficial de la Dirección General de Competencia de la Unión Europea (DGCOMP) en https://ec.europa.eu/info/departments/competition_es.

¹⁶ En este sentido, como se subraya en el fundamento jurídico de la STS n. 1497/2018, de 10 de octubre de 2018 (RO): STS 3631/2018 – ECLI: ES:TS:2018:3631): “Como establece la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 3.ª) de 2 de noviembre de 2015 (rec. 1523/2013), «frente a esta técnica penalista de la tipicidad o de deslinde preciso de lo que está prohibido (y, por exclusión, lo no penado), el derecho de la competencia (nacional y comparado) utiliza la técnica de la cláusula general prohibitiva, precisamente porque la utilización de la técnica de la tipicidad penal, en un ámbito como el mercado, atendería al principio de seguridad jurídica, atendida la dificultad o imposibilidad de tipificar con la precisión exigida en el derecho penal la multiplicidad de formas que puede adoptar el comportamiento restrictivo de los operadores económicos en el mercado. Una cláusula general prohibitiva de la colusión (artículo 1.1 LDC y 101.1 TFUE) que se define por relación a los destinatarios (todo operador económico), al medio por el cual la conducta se establece (toda forma de concertación: acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas) y, en particular, por la finalidad perseguida y prohibida (la causación actual o potencial de un daño a la competencia efectiva en los mercados). Por tanto, una cláusula general o tipo abierto deliberadamente impreciso que constituye, en cierta forma, un mandato implícito del legislador a las autoridades administrativas y jurisdiccionales encargadas de su aplicación para elaborar de forma progresiva el derecho de la competencia».”

propios o tomados de la normativa de la Unión Europea como “concentración económica” (art. 7 LDC) o “cártel” (disposición adicional cuarta. Definiciones. 2.^a), los dan por supuesto, como el de “ayuda pública” (art. 11 LDC) o de conceptos comunes que adquieren un significado propio en esta disciplina, como el de “empresa” (disposición adicional cuarta. Definiciones. 1.^a).

Este rasgo singular de la LDC se ha acentuado al sumarse a él un sensible deterioro en la calidad normativa que presidió la redacción de la versión original de la LDC (Ley 15/2007, de 2 de julio), fruto inequívoco del amplio y minucioso proceso de maduración, reflexión y consenso que presidió su aprobación en 2007 y que desapareció, en buena medida, a nuestro juicio, en la tramitación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y que ya no fue posible en las ulteriores reformas de la LDC llevadas a cabo por medio del instrumento necesariamente excepcional del real decreto-ley en que se regulaban diversas y heterogéneas materias, al expirar los respectivos plazos de transposición de las correspondientes directivas aprobadas por la Unión Europea y que debían incorporarse a nuestra legislación¹⁷ y, en el caso de la última reforma, la situación de pandemia creada por la COVID-19¹⁸.

Hechas estas necesarias consideraciones iniciales, examinaremos a continuación las citadas remisiones o “pasarelas” existentes entre la LCSP y la LDC, así como esta última y la LCD, inclusive el contenido y alcance de las previsiones substantivas básicas de la legislación de competencia que consideramos igualmente básicas para la correcta aplicación en el ámbito de la contratación pública de la normativa de la competencia, tomando como referencia la mejor doctrina y jurisprudencia¹⁹ desarrollada a partir de la práctica de las autoridades administrativas españolas y

Regap

ESTUDIOS

¹⁷ La primera reforma fue la llevada a cabo a través del Real decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, y 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. La reforma, en lo que se refiere a competencia, transponía a nuestro derecho interno la denominada “Directiva de daños”, la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

¹⁸ Nos referimos al 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. En lo que se refiere a la LDC, su objetivo era 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, conocida como “Directiva ECN plus”. En este caso, a diferencia de la anterior reforma de la LDC (véase nota anterior), con su convalidación (Resolución de 13 de mayo de 2021, del Congreso de los Diputados) se aprobó también su tramitación como proyecto de ley. Esta tramitación puede seguirse en: https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=130%2F000047. En el número anterior de esta misma revista se ha publicado una nota que resulta muy interesante para conocer el alcance potencial de esta directiva, véase NEIRA BARRAL, D., “Los efectos de la Directiva ECN+ en el sistema de competencia español”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 61, febrero/junio 2021, pp. 467 a 472.

¹⁹ Resultaría evidentemente presuntuoso, y desde luego inverosímil, pensar que en un trabajo como este se pueda exponer algo más que una visión general de la disciplina y mencionar la amplísima doctrina y jurisprudencia en la materia. Por ello, y sin perjuicio de las menciones que a ambas fuentes podamos hacer a lo largo de este trabajo, citaremos como obras de referencia por su vocación general y estar redactadas en español: BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, 2 vols., Bosch, Barcelona, 2017; y SALA ARQUER J.M., GUTIÉRREZ

europas de competencia (*public enforcement*); esto es, la CNMC y las autoridades autonómicas de competencia, como la Comisión Gallega de la Competencia²⁰ y la Comisión Europea aplicando los artículos 1, 2 y 3 LDC y, en su caso, los artículos 101 y 102 TFUE, así como la cada vez más importante aplicación privada de dichas normas por los jueces y tribunales nacionales (*private enforcement*), a quienes, en todo caso, corresponde en exclusiva la demanda de daños por infracciones antitrust.

2.1 Las pasarelas de e contratación a competencia (arts. 1, 33, 64, 69, 70, 71-73, 99, 132, 139, 150, 285 y 321 LCSP)

Un examen detenido de la LCSP evidencia que, además de alguna mención puntual en la exposición de motivos²¹, la Ley 9/2017 contiene numerosas y diversas remisiones directas a la LDC, cuyo contenido no siempre es lo suficientemente claro para facilitar su correcta interpretación y, con ello, una coherente y homogénea aplicación tanto por parte de quienes lo hacen a partir de la LCSP como desde la LDC (y su equivalente europeo ya citado)²².

Siguiendo el orden y la propia sistemática de la LCSP, la primera mención a la libre competencia en el articulado de la LCSP se recoge ya en su artículo 1 LCSP cuando, al delimitar su objeto, enumera los principios a los que la contratación pública debe someterse. Así, el artículo 1 LCSP dispone:

“1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición

RODRÍGUEZ, A., MASSAGUER FUENTES, J. y FOLGUERA CRESPO, J. (dirs.), *Comentario a la ley de defensa de la competencia (Dúo)*, 2 vols., 6.ª ed., Civitas, Madrid 2020.

²⁰ Es preciso advertir que, aunque una lectura inicial de la LDC pudiera hacer pensar que su aplicación corresponde solo a la CNMC, el en su día denominado con acierto, a nuestro juicio, “Sistema español de defensa de la competencia se configura mediante un sistema de competencias exclusivas y excluyentes entre la CNMC y las autoridades autonómicas de competencia (que no ha dejado de suscitar ciertas críticas al considerarse más operativo el modelo europeo de “autoridad mejor situada”, reconociendo la potestad de avocación de la Comisión Europea), que se recoge en la 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.

²¹ En la exposición de motivos, se explica y justifica, aludiendo a la competencia, la modificación que en la propia LCSP se hace del número 8.º del artículo 7 de la Ley del IVA (Ley 28/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido, la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de impuestos especiales, y la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras), destacándose en ella que “(...) se hace necesario excluir, desde la entrada en vigor de esta modificación normativa, de la consideración de subvenciones vinculadas al precio de las operaciones que constituyen la base imponible de las operaciones sujetas al IVA aquellas aportaciones financieras que las administraciones públicas realizan al operador de determinados servicios de competencia pública cuando no existe distorsión de la competencia, generalmente porque, al tratarse de actividades financiadas total o parcialmente por la Administración, no se prestan en régimen de libre concurrencia, como por ejemplo los servicios de transporte municipal o determinadas actividades culturales financiadas con estas aportaciones”.

²² A título de ejemplo, *vid.* la reciente Resolución de la CNMC de 11 de mayo de 2021, en el Expediente S/DC/0627/18, CONSULTORAS. Acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3493822_57.pdf.

previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Lo primero que hay que señalar es que el de la libre competencia es un principio más entre los que enuncia como rectores de la misma la LCSP; ni más ni menos importante que los demás enunciados, pero cuya incorporación expresa resulta, sin embargo, a nuestro juicio, especialmente relevante y que por ello ha de tomarse en consideración de forma específica a la hora de interpretar y aplicar el texto de la LCSP en su conjunto. Por otro lado, la exigencia de salvaguardar la libre competencia en la contratación pública al definir el propio objeto de la Ley 9/2017 revela claramente la voluntad del legislador europeo y, por ende, nacional, de que la contratación pública sea, dentro de las posibilidades que cada caso y circunstancia permitan, lo más abierta y competitiva posible, pues sólo así se satisfaría adecuadamente el interés general que mediante la apelación al mercado se hace en la LCSP.

El alcance de esta apelación, incluyendo las posibles exclusiones de la propia LCSP, son decisiones básicas que con carácter previo debe tomar la Administración pública cuando necesite proveerse de los bienes y servicios que precisa para cumplir las misiones que se le han encomendado. La competencia es una premisa, pero no absoluta ni insoslayable, sino que debe ser ponderada por el contratante motivando suficientemente todas y cada una de sus concretas y sucesivas decisiones, consciente de que la regla ha de ser la de salvaguardar todo lo posible el funcionamiento competitivo del mercado.

Esta evaluación y toma de decisiones motivada resultan esenciales para el diseño de un contrato público o para optar por cualquiera otra posible alternativa y debe realizarse ya desde la fase previa o preparatoria del eventual contrato público. Esta cuestión es analizada con atención por la LCSP y a ella se dedica de forma específica y especializada desde la perspectiva de la competencia la reciente *Guía sobre contratación pública y competencia; fase 1: La planificación de la contratación pública*”, aprobada por la CNMC en plena pandemia, el 16 de diciembre de 2020, con la que se actualiza siguiendo las fases habituales de la contratación pública la celebrada *Guía sobre contratación pública y competencia* de 2011²³, centrándose en la que debe ser la primera fase, la de la planificación de la contratación pública²⁴, aunque sea identificada por la propia CNMC como *Guía actualización 2021*²⁵.

No debemos olvidar, como ya adelantamos, que es en esta fase previa cuando se adoptan una serie de decisiones fundamentales, como la de si se decide acudir al mercado mediante la celebración de un contrato público, un convenio o acudir a medios propios, así como las condiciones básicas de cómo hacerlo²⁶.

²³ La versión original de esta guía se puede consultar en: <https://www.cnmc.es/guia-contratacion-publica-competencia>.

²⁴ En esta guía, la CNMC destaca la importancia de la planificación como herramienta para promover la competencia y la eficiencia, su contenido y fases, y ofrece una serie de recomendaciones relevantes desde la perspectiva de la competencia dirigidas a los entes públicos contratantes. Esta actualización de la guía se puede descargar en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3334635_3.pdf.

²⁵ Véase: <https://www.cnmc.es/prensa/actualizacion-guia-contratacion-20210129>.

²⁶ En el momento en el que estábamos haciendo la revisión final, la CNMC abrió una consulta pública sobre las alternativas a la contratación pública: convenios y medios propios. Cfr. <https://www.cnmc.es/prensa/consulta-publica-contratacion-2021>.

La primera de las remisiones expresas que la LCSP hace a la competencia y que, por lo tanto, debe interpretarse tomando en consideración su reconocimiento expreso como principio en el artículo 1 LCSP ya citado aparece en el artículo 33 LCSP, dedicado a los “*Encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados*”.

Esta norma se introduce a propósito de las anteriormente denominadas “*encomiendas de gestión*”²⁷, por lo que debemos recordar nuevamente que acudir al mercado, en sentido amplio, o a proveerse mediante esta posibilidad es legítimo, pero debe decidirse con carácter inicial, ponderando sus ventajas e inconvenientes. Se trata, en consecuencia, de la primera decisión que debe tomar una Administración pública que quiera proveerse de los bienes o servicios que precisa, donde ya tiene relevancia para la competencia, pues debe resolver si acude al mercado para ello sacándola a licitación pública o puede satisfacerla acudiendo a otras vías, como la del convenio, la encomienda de gestión o los medios propios (art. 6 LCSP. “*Convenios y encomiendas de gestión*”²⁸). Esta decisión debe tomarse atendiendo a criterios de eficiencia económica, pero también siendo consciente de que la contratación pública

²⁷ A esta singularidad de la contratación pública hace ya referencia la propia exposición de motivos de la LCSP cuando señala que “En el libro I, relativo a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, aparece en primer lugar una nueva regulación del llamado «medio propio» de la Administración, encomiendas de gestión o aplicación práctica de la técnica denominada «*in house*», que pasa ahora a llamarse «encargos a medios propios». Así, nos encontramos los casos de encargos entre entidades del sector público, como supuestos de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados, distinguiéndose entre el encargo hecho por un poder adjudicador de aquel que hubiera realizado otra entidad que no tenga la consideración de poder adjudicador, manteniéndose los casos de la ejecución directa de prestaciones por la Administración pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados. En la ley, siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia. Se encuentran aquí requisitos tales como que la entidad que tenga el carácter de «medio propio» disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por ciento de su actividad”. Este tema ya había sido abordado por la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC), hoy COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC), *Informe de 2013: Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*, 2013. Acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/1186066_1.pdf.

²⁸ Cfr. artículo 6. Convenios y encomiendas de gestión. Para una visión actualizada, véase, MIÑO LÓPEZ, A.M., “Prácticas anticompetitivas en el ámbito de los encargos a medios propios”; Díaz Bravo, E. y Moreno Molina, J.A. (dirs.), *Contratación pública global: Visiones comparadas*, Tirant lo Blanch, Universidad Santo Tomás (Chile), Chile, 2020, pp. 141-170.

1. Quedan excluidos del ámbito de la presente ley los convenios cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración general del Estado, las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, las universidades públicas, las comunidades autónomas y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, las entidades locales, las entidades con personalidad jurídica pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídica privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador.

Su exclusión queda condicionada al cumplimiento de las siguientes condiciones:

- Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje, se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.
 - Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.
 - Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.
2. Estarán también excluidos del ámbito de la presente ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta ley o en normas administrativas especiales.

genera una lucha por el mercado entre los licitadores que es positiva desde la perspectiva del desarrollo económico²⁹.

Conforme al artículo 33 LCSP:

“1. Las entidades del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador podrán ejecutar de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios a cambio de una compensación valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente. El encargo que cumpla estos requisitos no tendrá la consideración de contrato.

2. Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una entidad perteneciente al sector público que no tenga la consideración de poder adjudicador, aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

a) Que el ente que hace el encargo ostente control, directo o indirecto, en el sentido del artículo 32.2.a), primer y segundo párrafos de esta ley, sobre el ente destinatario del mismo.

b) Que la totalidad del capital social o patrimonio del ente destinatario del encargo sea de titularidad pública.

c) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por la entidad que realiza el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que realiza el encargo.

3. El apartado 2 del presente artículo también se aplicará en los casos en que una entidad del sector público estatal realice un encargo a otra del mismo sector, siempre que la entidad que realiza el encargo y la que lo reciba estén controladas, directa o indirectamente, por la misma entidad de dicho sector y, además, la totalidad del capital social o patrimonio de la entidad destinataria del encargo sea de titularidad pública. En este supuesto, el requisito del apartado 2.c) anterior, cuya acreditación deberá reflejarse en la forma dispuesta en él, se entenderá cumplido por referencia al conjunto de actividades que se hagan en el ejercicio de los

3. Asimismo, quedan excluidas del ámbito de la presente ley las encomiendas de gestión reguladas en la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público.

²⁹ En este sentido, RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Compliance y Defensa de la Competencia: La Promoción de la Cultura del Cumplimiento Antitrust «en el Sector Público»”, Campos Acuña, M.ªC. (dir.) *Guía Práctica del Compliance en el Sector Público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 357 a 383, donde destacamos que para poder celebrar convenios o encomiendas de gestión deberán cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 6 LCSP, algo que debería recordar un programa de cumplimiento.

cometidos que le hayan sido confiados por la entidad que realiza el encargo, por la entidad que controla directa o indirectamente tanto a la entidad que realiza el encargo como a la que lo recibe, así como por cualquier otra entidad también controlada directa o indirectamente por la anterior. En estos casos, la compensación a percibir por la entidad que reciba el encargo deberá ser aprobada por la entidad pública que controla a la entidad que realiza el encargo y a la que lo recibe, debiendo adecuarse dicha compensación y las demás condiciones del encargo a las generales del mercado de forma que no se distorsione la libre competencia”.

Resulta evidente, a nuestro juicio, tras la lectura del artículo 33 LCSP, reproducido en su integridad para hacerlo más evidente, que, además de cumplir los requisitos que exigen los artículos 6 y 33 LCSP, la Administración contratante deberá valorar el efecto incentivador o desincentivador que, para la competencia, en las concretas circunstancias del caso, tenga optar o no por el mercado, siendo posible optar por un enfoque procompetitivo si el efecto incentivador así lo justificara.

Por su parte, el artículo 64.1 LCSP, dedicado a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses, está igualmente relacionado con la libre competencia. Así, impone a los órganos de contratación que “1. (...) deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores”.

La lectura de este precepto pone en evidencia la íntima conexión entre la distorsión de la competencia y otras prácticas contra las que el legislador europeo y español trata de luchar denodadamente³⁰, como es el fraude y la corrupción, sin que en ningún caso se deba identificar la “colusión” con la corrupción”, aunque en no pocas ocasiones puedan ir unidas.

Otro de los preceptos importantes en la relación entre LCSP y LDC es el artículo 69 LCSP³¹, dedicado a las uniones temporales de empresas (UTE). Conforme a dicho precepto:

“Artículo 69. Uniones de empresarios.

1. Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las

³⁰ A este respecto, podemos citar el reciente 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.

³¹ Como acertadamente destaca MIÑO, con quien coincidimos (agradeciéndole que nos permitiera consultar su trabajo, todavía en imprenta, MIÑO LÓPEZ, A.M., “La comunicación de prácticas anticompetitivas a las autoridades de defensa de la competencia por los órganos de la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 212, 2021), “Los artículos 69 y 150 LCSP limitan el deber de notificación de los órganos y mesas de contratación a las prácticas restrictivas («colusión», «conductas colusorias»). El tenor literal de ambos preceptos es muy preciso al respecto. Pero los órganos de contratación y las mesas están sometidos también a lo dispuesto en el artículo 132.2 LCSP; por ello, están también obligados a notificar a las autoridades de competencia cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia”.

mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.

2. *Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciase posibles indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas”.*

Las cautelas con las que se contemplan las UTE (criterio que entendemos que debe trasladarse igualmente a las agrupaciones de interés económico o figuras equivalentes³²) reside en que empresas que podrían haber presentado ofertas de forma individual habrían optado por asociarse sin otra finalidad real que la de no competir, repartiéndose de ese modo el mercado, lo que contravendría la esencia misma de la contratación pública.

Sin perjuicio de lo que podamos señalar más adelante, este potencial peligro de la constitución de UTE (preconstitución realmente, pues la UTE solo se constituye si resulta adjudicataria) para concurrir a licitaciones públicas puede apreciarse con claridad, por ejemplo, en la RCNMC de 12 de noviembre de 2019, en el Expte. S/0010/19, ITV COMERCIALES EN CARRETERA³³, donde la Sala de Competencia de la CNMC resolvió no incoar procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la puesta en conocimiento de la DGT de las circunstancias en las que se han venido desarrollando los procedimientos de contratación del servicio de inspección técnica en carretera para vehículos comerciales, por considerar que en este expediente no hay indicios de infracción del artículo 1 de la LDC.

Esta resolución y el precepto que interpreta merece, al menos, dos reflexiones básicas: la primera es que la apreciación del carácter eventualmente colusorio de la unión temporal debe apreciarse por la mesa de contratación *motu proprio* o a instancia de cualquiera de los licitadores, y es sin duda dicha mesa de contratación el órgano más cualificado para esa evaluación, al menos indicaría, sin perjuicio de que pueda probarse que la voluntad única de la UTE era precisamente falsear la competencia³⁴.

³² Respecto de las AIE, *vid.* Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico.

³³ Cfr. https://www.cnmc.es/sites/default/files/2750229_38.pdf.

³⁴ Acerca del tema de las UTE y de la prueba por indicios de la existencia de una práctica concertada colusoria por su objeto en la constitución de UTE, véanse las recientes sentencias del Tribunal Supremo (STS), de fechas 15 de marzo de 2021 (casación 3045/2020), 16 de marzo de 2021 (casación 2040/2020), 17 de marzo de 2021 (casación 1363/2021) y 4 de mayo de 2021 (casación 3333/2020), en las que el alto tribunal desestima el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, n. 812/2019, de 15 de octubre, que anuló la Resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia (TCDC), de la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO), de 9 de febrero de 2016 (Expediente n.º 57/2014, Fisiogestión). La citada sentencia del TSJC seguiría la senda marcada por las sentencias de la Audiencia Nacional que en 2018 anularían los recursos interpuestos contra la Resolución de la CNMC de 8 de enero de 2015, en el Expte. S/0429/12 RESIDUOS (entre otras, SAN 22/02/2018 en el recurso 115/2015). Con ello, se consolidaría la evolución del análisis de la capacidad de las empresas para ir individualmente a las licitaciones y la ilegalidad implícita de la UTE en la que participarían (denominado “test de capacidad” o “indispensabilidad”, que sería el utilizado por la CNMC y la ACCO) hacia uno basado en la “razonabilidad empresarial” de la decisión (test de la razonabilidad empresarial). Esta interesantísima y relevante cuestión es abordada por GONZÁLEZ DE ZÁRATE, P., “Los tribunales vuelven a cuestionar el «test de capacidad» utilizado por la CNMC y la ACCO a la hora de analizar la compatibilidad de las UTEs con el derecho de la competencia”, *Blog Ramón y Cajal Abogados*,

Desde un punto de vista más general y procompetitivo, nos atrevemos a sugerir desde una perspectiva estructural de los mercados la necesidad de determinados sectores de que muchos de sus operadores adquieran mayor dimensión, principalmente a través de procesos de integración horizontal (concentraciones horizontales), de forma que se configuren mercados más contestables, más competitivos, pues tal situación incrementaría la tensión competitiva y evitaría situaciones de poder de mercado excesivo fruto de la presencia simultánea de grandes operadores y de un número muy amplio de medianos y pequeños operadores³⁵.

Otra interesantísima previsión desde la perspectiva de la competencia –aunque no sea citada por la LDC– es la contenida en el artículo 70.1 LCSP, dedicado a las “*condiciones especiales de compatibilidad*”, expresión ambigua e imprecisa respecto de su contenido. Conforme a este precepto:

“1. El órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación no falsee la competencia. Entre esas medidas podrá llegar a establecerse que las citadas empresas, y las empresas a ellas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, puedan ser excluidas de dichas licitaciones cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato. (...)”

Entre las medidas a las que se refiere el primer párrafo del presente apartado, se encontrarán la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas.

Las medidas adoptadas se consignarán en los informes específicos previstos en el artículo 336”.

Este precepto se enmarca en el contexto de las denominadas “*consultas preliminares del mercado*” (art. 115 LCSP), que permiten a los órganos de contratación recabar información adicional para preparar el contrato, si bien no debe desdeñarse el peligro de que el órgano de contratación pueda verse influenciado en exceso por los operadores consultados, quienes podrían aprovechar su participación en esta fase preliminar del procedimiento de contratación para influir en el diseño de los pliegos, de manera que estos resulten más favorables a los mismos. Esta posibilidad lo debe llevar a tomar ciertas cautelas, como ampliar sus fuentes de información,

17 de junio de 2021. Acceso web: <https://www.ramoneycajalabogados.com/es/noticias/los-tribunales-vuelven-cuestionar-el-test-de-capacidad-utilizado-por-la-cnmc-y-la-acco-la>.

³⁵ Son ejemplos clásicos de lo que señalamos el sector primario en general en España, donde el poder de mercado de la distribución puede distorsionar la competencia o el sector del transporte de viajeros por carretera.

acudir, si fuera preciso, a informes independientes o incluso a la experiencia de otras autoridades, incluidas las de competencia, por ejemplo, en expedientes de concentraciones económicas recientes, pues en ellos se analiza en detalle el mercado o mercados afectados.

La relevancia del artículo 70.1 LCSP deriva de su carácter cautelar, pues se dirige a evitar que quienes han colaborado en la preparación de un contrato lo hayan hecho en su exclusivo interés y no en el de la Administración contratante. Debemos mencionar en este punto la importancia de la “*neutralidad tecnológica*” y el peligro de que una opción inicial cierre el mercado a futuras tecnologías alternativas o configure exclusividades peligrosas desde la perspectiva de la competencia y los valores que esta implica respecto del estímulo de la innovación.

Otro de los ámbitos en los que la conexión entre la LCSP y LDC es intensa y que, a nuestro juicio, ejemplifica perfectamente las dificultades que anticipamos para cohesionar ambos ámbitos normativos (libre competencia y contratación pública, LDC y LCSP) es el de las denominadas “*prohibiciones de contratar*”³⁶, reguladas en los artículos 71 a 73 LCSP, cuya aplicación suscita todavía hoy numerosas interrogantes, algunas de las cuales están en la actualidad pendientes de pronunciamientos judiciales³⁷.

Conforme al artículo 71 LCSP:

“1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente ley, con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

(...)

b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia (...) de falseamiento de la competencia (...).”

Por su parte, el artículo 72 LCSP, al regular la apreciación de la “competencia y procedimiento” en relación con estas prohibiciones de contratar, señala que:

“5. Cuando, conforme a lo señalado en este artículo, sea necesaria una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, el alcance y duración de esta se determinarán siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta ley se establezca.

No procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas

³⁶ Las prohibiciones de contratar se recogían ya en los artículos 60 a 61 bis del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSPP), incluyéndose ya como causa en su artículo 60.1.b) “haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave (...) de falseamiento de la competencia (...)”.

³⁷ En este sentido, resulta elocuente BACHES OPI, S., “La prohibición de contratar con las administraciones públicas por infracciones del Derecho de la competencia: «*Setung a sale on a sea of doubts*»”, Canedo Arrillada, M.P. (dir.), *La competencia como motor de desarrollo económico*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 167-211.

e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia³⁸ en materia de falseamiento de la competencia. Este párrafo no resultará de aplicación cuando resulte aplicable la causa de prohibición de contratar a que se refiere el artículo 71.1, letra a). La prohibición de contratar, así declarada, podrá ser revisada en cualquier momento de su vigencia, cuando la persona que haya sido declarada en situación de prohibición de contratar acredite el cumplimiento de los extremos a que se refiere el párrafo anterior. El órgano competente para conocer de la citada revisión será el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar (...)”.

Como ya tuvimos ocasión de señalar recientemente³⁹, es preciso destacar, con SANZ DE LA ASUNCIÓN y ARECES LÓPEZ⁴⁰, que la mayor novedad de su nueva regulación sería la transposición de las denominadas “medidas de autocorrección” o *self-cleaning*, que permite la dispensa de la prohibición de contratar mediante la adopción por el empresario de medidas correctivas. Se trata de los conocidos programas de cumplimiento (*compliance programmes*)⁴¹, si bien, a diferencia de lo previsto en la Directiva 2014/24/UE, que condicionaba la dispensa a que la empresa presentase pruebas suficientes para demostrar su fiabilidad, consideran que tal apreciación es discrecional, aunque queda sometida a tres requisitos: (i) demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, (ii) que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y (iii) que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o nuevas faltas. Sin embargo, la LCSP, en su transposición únicamente incluye dos de esos tres requisitos que consideran que se configurarían como automáticos para el otorgamiento de la dispensa en sede de trámite de audiencia del procedimiento correspondiente: (i) acreditar el pago de la multa o compromiso de pago de la multa impuesta; y (ii)

³⁸ Al denominado Programa de Clemencia haremos una breve mención más adelante.

³⁹ En este sentido, *vid.* RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., PÉREZ FERNÁNDEZ, P. y SUDEROW, J., “Una visión integral de la prevención de los cárteles: análisis desde la perspectiva de las empresas, las Administraciones Públicas y las autoridades de competencia”, Beneyto Pérez, J.M. y Maíllo González-Orús, J. (dirs.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 109-156; y MIÑO LÓPEZ, A.M., “Programas de cumplimiento y defensa de la competencia en la contratación pública: principios y modalidades”, *Diario La Ley*, n. 9813, 2021.

⁴⁰ Cfr. SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. y ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, *cit.*, p. 109.

⁴¹ Para una visión general de los programas de cumplimiento en materia antitrust, véanse, entre otros, RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Capítulo 21: Prevención de cárteles, promoción de la competencia y programas de cumplimiento”, Beneyto Pérez, J.M. y Maíllo González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 845-876; y RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “El reto de la implantación de los PDC en materia antitrust en España”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n. 17, 2015, p. 6.

la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas⁴².

Sin olvidar la importancia de ambos requisitos, el último de los cuales se remite a un programa de cumplimiento, queremos llamar la atención sobre la omisión del requisito relativo al pago de la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta. Entendemos que su mantenimiento, extendiéndolo a los ilícitos anticompetitivos, habría sido fundamental para prevenir nuevas conductas infractoras.

También se ha subrayado⁴³ la novedad relativa de que la LCSP se refiere a la posibilidad de la empresa de acogerse al “programa de clemencia”, como medida equivalente al segundo de los aludidos requisitos (adoptar medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas)⁴⁴.

La LCSP⁴⁵ introduce la previsión de que la decisión de la compañía de acogerse al programa de clemencia (exención del pago de la multa *ex* artículo 65 LDC) permitirá también eludir la prohibición para contratar sin necesidad de acreditar ningún otro extremo. Por el contrario, como subrayan SANZ DE LA ASUNCIÓN y ARECES LÓPEZ, *en el caso de que a la empresa incurra en la prohibición se le hubiera concedido dicha reducción conforme al artículo 66 LDC, será necesario que acredite el pago de la multa reducida para que no se declare la prohibición o para que sea revisada si ya ha sido declarada*⁴⁶.

En relación con las medidas de autocorrección (*self-cleaning*) y el deber de cooperación en la aclaración de los hechos, debemos resaltar que la cooperación no se limita solo a la cooperación con las autoridades de competencia, sino que las empresas

Regap

ESTUDIOS

⁴² Cfr. SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. y ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, cit., p. 109.

⁴³ Cfr. SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. y ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, cit., pp. 109 y 110. Para estos autores, la asimilación de la adopción de medidas organizativas a la decisión de la compañía de acogerse al programa de clemencia supone que, en aquellos supuestos en los que se haya solicitado (y otorgado) la exención del pago de la multa conforme al artículo 65 LDC, no se aplicará la prohibición para contratar sin necesidad de acreditar ningún otro extremo. Por el contrario, en el caso de que a la empresa incurra en la prohibición se le haya concedido la reducción del pago de la multa de conformidad con el artículo 66 de la LDC, será necesario que acredite el pago de la multa reducida para que no se declare la prohibición o para que sea revisada si ya ha sido declarada.

⁴⁴ Esta apelación directa a una figura propia del derecho de la competencia nos reafirma en la idea de que las indemnizaciones aludidas serían incluir también las derivadas de ilícitos antitrust. Lo anterior nos lleva a pensar que sería positivo incluir en los pliegos que la empresa disponga de un programa de cumplimiento que previera específicamente los ilícitos antitrust y también, en su caso, un compromiso de asumir el pago de una indemnización, que podría estar fijada de antemano, para reparar posibles perjuicios derivados de infracciones antitrust o el compromiso de renuncia al contrato en caso de infracción antitrust. No obstante, la exigencia lógica de que recaiga sentencia firme podría hacer esta última previsión.

⁴⁵ Cfr. artículo 72.5 (“Apreciación de la prohibición de contratar. Competencia y procedimiento”).

⁴⁶ La razón de la inclusión del Programa de Clemencia como medida correctora residiría, a juicio de SANZ DE LA ASUNCIÓN y ARECES LÓPEZ, en que, sin una mención expresa, parecería difícil integrar la participación en un Programa de Clemencia en el supuesto de adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal (denominado, comúnmente, como programa de *compliance*). En segundo lugar, su alusión se funda en el temor expresado por la CNMC en su Informe al Anteproyecto de la Ley de que la no introducción de una mención expresa a este respecto pudiera afectar negativamente (en el sentido de desincentivar) al Programa de Clemencia previsto en la LDC. Asumen, en consecuencia, que resulta razonable pensar que la efectividad de este programa quedaría en entredicho si los solicitantes, pese a lograr una exención o reducción del pago de la multa que se pudiera imponer y tras aportar pruebas de la existencia de un acuerdo secreto entre competidores, se les aplicara la prohibición de contratar con el sector público. Ha de tenerse en cuenta que, para muchas empresas, el sector público es su principal o único cliente, de manera que esta prohibición podría suponer un daño o perjuicio mayor que al derivado de la multa que la CNMC pudiera imponer a la empresa en cuestión (SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. y ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, cit., p. 109).

deben cooperar también con el poder adjudicador para esclarecer de forma exhaustiva un posible falseamiento de la competencia. En efecto, el TJUE en la Sentencia C124/17 de 24 de octubre de 2018, en el asunto *Vossloh-Laeis vs. Stadtwerke München GmbH*, en contra de lo propuesto por el abogado general en sus conclusiones de 16 de mayo de 2018, concluye que el operador económico no solo debe colaborar con la autoridad de competencia, sino que también debe colaborar con el poder adjudicador en la aclaración exhaustiva de los hechos y circunstancias que guarden relación con la infracción cometida⁴⁷. El riesgo de que la transmisión del documento pueda facilitar la acción de responsabilidad civil por parte del propio poder adjudicador no debe servir para eludir la obligación de colaborar. El propio TJUE recuerda que la empresa, para demostrar su fiabilidad, debe aportar prueba de que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción.

Asimismo, la entrega al poder adjudicador de la resolución sancionadora en la que se constata la infracción cometida por la empresa licitadora basta para demostrar al poder adjudicador que dicho operador económico ha aclarado de manera exhaustiva los hechos y circunstancias colaborando con el poder adjudicador.

Debemos distinguir entre las dos cuestiones tratadas en este caso: la obligación de esclarecer los hechos pasados relacionados con la infracción y el alcance de la información suficiente a aportar para restablecer la fiabilidad del operador económico.

Gracias a esta sentencia, queda claro que la exclusión es un mecanismo que puede resultar efectivo y facilitar, en su caso, no solo la selección del mejor licitador y la adopción de programas de *compliance* serios y efectivos, sino que también facilita la reparación del daño causado por el cártel a la Administración pública.

La limitación del deber de cooperación y de esclarecimiento frente a la autoridad de competencia hubiese supuesto una importante erosión del principio de cooperación y del alcance de las medidas de autocorrección recogido en la Directiva 2014/24, ya que, gracias al programa de clemencia, la posición del solicitante e infractor hubiese quedado blindada frente al poder adjudicador. Por ello, esta sentencia debe ser bienvenida y, en opinión de los autores, contiene importantes avances tanto en relación con la exclusión como en relación con las acciones de daños que plantea la Administración pública. Así las cosas, debemos recordar que la protección del programa de clemencia se limita al procedimiento sancionador frente a la autoridad de competencia y no se debe extender a otros procedimientos como pueden ser la exclusión por falta de fiabilidad o cualquier acción de daños *follow on*. Esta última cuestión puede provocar, en buena medida, que el éxito que hasta la fecha han tenido los programas de clemencia pueda verse resentido, pero ello no debe impedir que los daños antitrust sean adecuadamente reparados.

La figura de la prohibición de contratar es, en consecuencia y sin lugar a dudas, una figura de singular relevancia práctica, puesto que, aunque se suele descartar el

⁴⁷ Véase al respecto SUDEROW, J., "Europa: STJUE 24.10.18, C 124/17, Vossloh laeis GMBH y Stadtwerke München GMBH Contratación pública, compliance y acciones de daños", *osservatorioantitrust.eu*, 7 de noviembre de 2018. Acceso web: <https://www.osservatorioantitrust.eu/es/europa-stjue-24-10-18-c-124-17-vossloh-laeis-gmbh-y-stadtwerke-munchen-gmbh-contratacion-publica-compliance-y-acciones-de-danos>.

carácter de “sanción” en sentido estricto de esta prohibición, su relevancia y consecuencias hacen de ella un instrumento en manos de las autoridades de competencia cuyo temor supera, con frecuencia, a las potenciales multas.

Entendemos que las cuestiones que esta regulación no deja del todo claras serán resueltas por la práctica y confirmadas por los tribunales. En esta línea, debemos apuntar, por ejemplo, su carácter automático, se mencione o no en la correspondiente resolución sancionadora; que sea aplicable en caso no solo de infracción grave, sino coherentemente en el caso de infracción muy grave; que su determinación puede hacerla directamente la autoridad de competencia (con o sin propuesta del órgano instructor) o ser determinada por la junta consultiva de contratación administrativa competente, así como las cuestiones relativas al denominado, siguiendo la terminología anglosajona, como *self-cleaning*, esto es, la posible enervación de la prohibición mediante la implantación de programas de cumplimiento. En la actualidad, la CNMC⁴⁸, la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC)⁴⁹ o la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía⁵⁰ han optado por no proceder a dicha determinación (a pesar de algún voto particular en el caso de la CNMC⁵¹), mientras que autoridades autonómicas de competencia como la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO)⁵² y la Comisión Gallega de la Competencia⁵³ las han fijado en sus resoluciones. Entendemos que ambas vías son válidas.

En todo caso y en lo que respecta al órgano de contratación y a la labor de la mesa de contratación, deberán estar debidamente informados de la vigencia de la prohibición y de las condiciones en su determinación para su efectividad en licitaciones concretas.

De lo que sí tenemos constancia, que ya ha admitido a trámite el Tribunal Supremo, por su interés casacional, es de la eventual suspensión cautelar de la prohibición de contratar, tomando especialmente en consideración si su previsión en la resolución sancionadora dictada por la CNMC implica su ejecución inmediata (aun cuando no

Regap

ESTUDIOS

⁴⁸ En el caso de la CNMC, además de sus notas de prensa y el buscador, pueden consultarse sus memorias anuales, disponibles en <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/memorias>. Téngase en cuenta que no todas las comunidades autónomas disponen de órgano de resolución de los expedientes sancionadores, por lo que, aunque la instrucción se desarrolle en las mismas, la resolución corresponde a la Sala de Competencia de la CNMC. A título de ejemplo en materia de licitación pública, véanse las resoluciones del Consejo de la CNMC de 9 de marzo de 2017, en el Expdte. S/DC/0512/14, Transporte Balear de Viajeros (acceso web: <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc051214>), o de 20 de junio de 2019, Expdte. SAMUR/02/18, Transporte Escolar Murcia (acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2811227_92.pdf) o 9 de septiembre de 2020, en el Expdte. SANAV/02/19, Transporte Escolar de Viajeros Navarra (acceso web: <https://www.cnmc.es/sites/default/files/3136435.pdf>).

⁴⁹ Cfr. Resolución de 27 de diciembre de 2017, en el Expediente 130-SAN-2016, Transporte de Viajeros de Gipuzkoa. Acceso web: https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/adjuntos/130_RESOLUCION_TRANSPORTE_GIPUZKOA_web_es.pdf.

⁵⁰ Cfr. Resolución de 16 de diciembre de 2019, recaída en el Expediente S/11/2019, Contratación Pública Vivienda. Acceso web: <http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/Resolucion-S-11-2019.pdf>.

⁵¹ Cfr. voto particular de la consejera María Pilar Canedo (apartado C. Sobre la prohibición de contratar, pp. 222 y ss.), a la Resolución de 1 de octubre de 2019, en el Expdte. S/DC/0612/17, Montaje y Mantenimiento Industrial. Acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3408914_2.pdf.

⁵² Cfr. Resolución de 23 de diciembre de 2019, recaída en el Expediente 94/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña. Cfr. http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20200121_Resolucion-exp-94-18-PUB.pdf.

⁵³ Cfr. Resolución 3/2020 – ARRIVA NOROESTE, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, S.L.). Disponible en la web oficial CGC en la dirección https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/RES_3_2020_cast_0.pdf.

esté determinada la duración y el alcance de dicha prohibición), o si la ejecutividad del acto resulta del procedimiento administrativo posterior ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como la incidencia que ello pueda tener en la pieza separada de medidas cautelares, precisando que *“se trata de interpretar el artículo 130 LJCA en relación con los artículos 71.1.b) y 72 (apartados 2, 3, 5 y 7) LCSP, a fin de aclarar si la prohibición de contratar que incluye la resolución sancionadora dictada por la CNMC ha de entenderse inmediatamente ejecutiva a los efectos de su eventual suspensión cautelar o, por el contrario, la ejecutividad de dicha medida se produce en un momento posterior tras la tramitación del procedimiento correspondiente ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa”*⁵⁴.

Otro ámbito en el que se aprecia la interrelación entre ambas normas es la regulación de los “lotes”, modificada en la actual LCSP. De este modo, el artículo 99 LCSP (“Objeto del contrato”) dispone en la actualidad:

*“3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta”*⁵⁵.

Esta previsión está pensada para la fase de preparación del contrato y está dirigida a quienes preparan la licitación. Son ellos quienes deben decidir si procede definir lotes y cuáles se establecen. La idea es que, a mayor número de lotes, más opciones de que se presenten licitadores y que estos puedan ser pyme. El poder adjudicador deberá valorar, no obstante, sus necesidades, evitando caer en el peligro de que el excesivo fraccionamiento del contrato ponga en peligro la finalidad de este o pueda

⁵⁴ Cfr. ROJ: ATS 29/04/2021 – ECLI:ES:TS: 2021:2904A, de fecha 18 de marzo de 2021. Durante la última revisión de este trabajo, se publicó la Sentencia 1115/2021, de 14 de septiembre de 2021 (recurso de casación 6372/2020), en la que el Tribunal Supremo (TS) se pronuncia por vez primera sobre la posibilidad de que la Audiencia Nacional (AN) suspenda la ejecución de resoluciones sancionadoras de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC no solo en lo relativo al pago de la sanción económica impuesta, sino también en lo atinente a la prohibición para contratar. Para un comentario de esta sentencia, véase la nota del despacho Clifford Chance en España: ALMENAR, J., ALCARAZ, C. y IRISSARRY, B., “El Supremo invita a pedir la suspensión cautelar de las prohibiciones para contratar, aunque no sean inmediatamente ejecutivas”, *Boletín Clifford Chance*, octubre, 2021. Acceso web: <https://www.cliffordchance.com/briefings/2021/10/el-supremo-invita-a-pedir-la-suspension-cautelar-de-las-prohibic.html>.

⁵⁵ La disposición adicional cuarta tiene por objeto los “contratos reservados” a favor de “1. (...) Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100”. Sobre esta DA cuarta, véase el Informe Función Consultiva FC 3/2020, CONSULTA SOBRE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO, disponible en la web de la Comisión Gallega de la Competencia, www.competencia.gal, concretamente en la dirección: https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/03/INFORME%20FUNCION%20C3%93N%20CONSULTIVA%20FC%203-2020%20CENTROS%20ESPECIALES%20DE%20EMPLOO_g%20_0.pdf. En esta misma línea, véanse las conclusiones del abogado general, el Sr. EVGENI TANCHEV, presentadas el 29 de abril de 2021, en el Asunto C-598/19, cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el caso Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (CONACEE) contra la Diputación Foral de Guipúzcoa y Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo (FEACEM). Acceso web: <https://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2021/05/CONCLUSIONES-AG-29-04-2021.-Contratos-reservados.Centros-especiales-de-empleo.-Pais-Vasco.pdf>.

considerarse un intento de fraccionar el contrato, si bien en esta última hipótesis no se podría hablar, en puridad, de “lotes”.

Es más explícita, sin embargo, la mención que a la libre competencia hace el artículo 285 LCSP al regular los “pliegos y anteproyecto de obra y explotación”, citando expresamente el artículo 99.3 LCSP:

“1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos:

a) Definirán el objeto del contrato, debiendo prever la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, sin merma de la eficacia de la prestación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99.3, con la finalidad de promover la libre competencia”.

No obstante, constatando la importancia de lo ya expuesto hasta ahora en el repaso lineal de la LCSP, lo cierto es que los dos puentes o pasarelas más explícitos y directos que se lanzan a la LDC son los contenidos en los artículos 132 y 150 LCSP⁵⁶. Por seguir el orden de la propia LCSP, nos referiremos ahora al primero de estos preceptos, el artículo 132 LCSP, abordando el segundo de ellos tras examinar el artículo 139 que se intercala entre ambos.

El artículo 132 LCSP se ocupa del principio de igualdad, transparencia y libre competencia, dedicando a esta última su apartado 3.º, conforme al cual:

“3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las comunidades autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación”.

⁵⁶ Como acertadamente destaca MIÑO LÓPEZ, añadiendo a estos dos preceptos el artículo 69 LCSP ya analizado: “Los tres artículos estudiados imponen la obligación de notificación sean cuales sean el procedimiento de licitación y la forma de adjudicación empleados por el órgano de contratación. La actuación de la autoridad de competencia no entra a considerar las eventuales infracciones de la normativa de contratación pública y se desarrolla al margen y de forma paralela a la licitación y al recurso administrativo especial en materia de contratación pública, salvo que los órganos competentes suspendan la tramitación de dichos procedimientos” (MIÑO LÓPEZ, A.M., “La comunicación de prácticas anticompetitivas a las autoridades de defensa de la competencia por los órganos de la contratación pública”, cit.).

Este precepto, que en términos similares se recogía ya en el TRLCSP de 2011⁵⁷ y en una Ley de Galicia de 2013⁵⁸, es uno de los preceptos claves para la relación entre contratación pública y competencia. Su redacción sigue siendo ambigua e incompleta, pues parece centrarse únicamente en los acuerdos anticompetitivos de carácter colusorio, cuando cabe que la conducta anticompetitiva pueda encajar, además de en los artículos 1 LDC/101 TFUE, cuya redacción transcribe de forma casi literal la LCSP, en los artículos 2 LDC/102 TFUE y, en el caso de España, en el singular artículo 3 LDC. Hay que reconocer, no obstante, que los acuerdos colusorios son la práctica más habitual de las detectadas hasta la fecha.

Es preciso señalar, respecto de su contenido, que la expresión “órganos de contratación” es, a nuestro juicio, deliberadamente amplia para incluir a todos los que desde la Administración puedan detectar indicios de una eventual práctica anticompetitiva (mesa de contratación, órgano de resolución de recursos especiales...⁵⁹), aunque, sin duda, suele ser la mesa de contratación la que dispone de mayor información. Asimismo, el uso del plural “indicios”, a pesar de que no excluye que un único indicio pueda llevar a apreciar la posible existencia de la práctica, todo parece apuntar a que deban ser varios⁶⁰, y lo más evidentes posible, puesto que en muchos casos no va a poder disponerse de pruebas directas (*smoking gun*)⁶¹, incluso aunque se verifique por parte de la autoridad de competencia una inspección domiciliaria con los poderes recién ahora reforzados del órgano de inspección de las mismas⁶².

Debe señalarse, no obstante, que, sin perjuicio de lo que se dirá respecto del artículo 150 LCSP, la comunicación del órgano de contratación no afecta directamente al

⁵⁷ Cfr. disposición adicional vigésima tercera (Prácticas contrarias a la libre competencia) del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSP).

⁵⁸ Cfr. artículo 23.2 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico (de Galicia), conforme al cual: “2. Los órganos de contratación, la Asesoría Jurídica General de la Xunta de Galicia, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia y los órganos competentes para resolver el recurso especial referido en el artículo 40 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público le notificarán a la Comisión Gallega de la Competencia cualquier hecho, del que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones, que pueda constituir infracción de la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación”.

⁵⁹ En el caso de Galicia, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia (TACGal) ha enviado diversas comunicaciones al amparo del artículo 132.3 LCSP que han dado lugar a expedientes sancionadores. A título de ejemplo, Resolución 3/2019 – Licitación servicio salvamento y socorrismo en las playas de A Coruña, del Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia, de 27 de junio de 2019. Acceso web: https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Res3_2019_licitacion_salvamento_cast.pdf.

⁶⁰ La CNMC publicó en 2017 en un sencillo y útil folleto una *Guía sobre la lucha contra el fraude en la contratación pública* que expone una serie de indicios relevantes de colusión. Acceso web: <https://www.dipucuenca.es/documents/34525/36926/D.+SANTIAGO+P%C3%89REZ+OSMA.+Gu%C3%ADa+contra+el+fraude+CNMC.pdf/c94fea11-fc77-451e-eae3-79688f7f0690>.

⁶¹ En la Resolución R 2/2017 – Contrato público de suministro de calderas, del PCGC, de 24 de julio de 2017 (acceso web: https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/R2_calderas2017_cast.pdf), las empresas sancionadas habían revelado al órgano de contratación su voluntad de intercambiarse los contratos en que habían resultado adjudicatarios, concurriendo los representantes de ambas empresas. Al advertírseles que no era posible, ambas renunciaron al contrato que habían ganado, dejando paso al segundo clasificado, que eran ellas mismas pero intercambiada su posición, pues cada una había resultado segunda en el lote en el que la otra había quedado primera. La sanción fue confirmada por el TSJG en su Sentencia 00470/2018, de 7 de noviembre de 2018 (acceso web: https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Sentencia_TSJG_00470_2018_Calderas.pdf).

⁶² Ténganse en cuenta las modificaciones de la LDC introducidas por el Real decreto-ley 7/2021, en especial, en la nueva redacción del artículo 40 LDC.

expediente de licitación, salvo que este tome medidas de acuerdo con la propia LCSP⁶³ “CASO LACERA”, pues la eventual sanción solo sería posible, en su caso, tras finalizar el correspondiente expediente sancionador incoado por la autoridad de competencia, que dispone para ello, una vez incoado, de al menos 18 meses. La vía del expediente de contratación y de competencia correrían vidas paralelas y la sanción tendría únicamente carácter represivo y, en su caso, disuasorio, pero no reparador. Los efectos anticompetitivos que pudieran haberse producido y probado habrían de reclamarse en sede judicial (aplicación privada), que, tratándose de una Administración la que lo ha sufrido, debería ser la que instase dicha reclamación⁶⁴.

Otra norma relevante de la LCSP a los efectos de este trabajo, a pesar de que no incluya una mención directa a la legislación de defensa de la competencia, es la que consagra el denominado “*principio de proposición única*” (también conocido como “*principio independiente*”)⁶⁵, que recoge en la actualidad el artículo 139 LCSP. Así, conforme al artículo 139 LCSP:

“Artículo 139. Proposiciones de los interesados.

(...)

3. Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.

4. En la proposición deberá indicarse, como partida independiente, el importe del impuesto sobre el valor añadido que deba ser repercutido”.

De nuevo nos encontramos ante una irregularidad propia de la contratación pública que, en su caso y bajo ciertas premisas, infringe la legislación de competencia. De este modo, la exclusión de los licitadores, que es una de las medidas que puede tomar el órgano de contratación, puede dar lugar, como la Comisión Gallega de la Competencia ha evidenciado, a una sanción por vulneración del artículo 1 LDC, incluso

⁶³ A título ilustrativo, podemos destacar, por ejemplo, cómo en un caso el órgano de contratación acordó, al considerar que había existido, a su juicio, una infracción no subsanable de las normas de contratación pública, en virtud de lo dispuesto en el artículo 152.4 LCSP, el desistimiento del procedimiento de adjudicación del servicio en cuestión, así como, entre otros extremos, ordenar el inicio inmediato de la tramitación de un nuevo procedimiento de licitación para la contratación del mismo, además de trasladar los hechos, en virtud del artículo 132.3 LCSP, a la autoridad de competencia correspondiente.

⁶⁴ Así lo hemos afirmado ya en RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., PÉREZ FERNÁNDEZ, P. y SUDEROW, J., “Una visión integral de la prevención de los cárteles: análisis desde la perspectiva de las empresas, las Administraciones Públicas y las autoridades de competencia”, cit., pp. 109-156.

⁶⁵ Acerca de este principio, vid. FERNÁNDEZ ESTUDILLO, J.M., “El principio de proposición única, la presentación de proposiciones por empresas vinculadas y los acuerdos colusorios”, *Observatorio de la Contratación Pública*, 7 de abril de 2014. Acceso web: <http://obcp.es/opiniones/el-principio-de-proposicion-unica-la-presentacion-de-proposiciones-por-empresas>. Muy interesante también INFONALIA, “Presentación de ofertas por empresas pertenecientes al mismo grupo”, *INFONALIA. Consultoría de Licitación Pública*, 18 de diciembre de 2020. Acceso web: <https://www.infonalia.es/presentacion-de-ofertas-por-empresas-pertenecientes-al-mismo-grupo/>.

con sanción personal al directivo en el que concurren las condiciones previstas en el artículo 63.2 LDC⁶⁶.

Un ejemplo claro de lo indicado lo tenemos en la Resolución 3/2019 – Licitación servicio salvamento y socorrismo en las playas de A Coruña, del Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia (PCCG), de 27 de junio de 2019⁶⁷, en la que el TACGal remitió una resolución en la que confirmaba la exclusión de dos licitadores que habían infringido el principio de proposición única y, al mismo tiempo, habían actuado como un cártel, tal y como en la citada resolución apreció atendiendo a los múltiples indicios concurrentes la citada CGC y confirmó el Tribunal Superior de Justicia de Galicia⁶⁸.

La misma situación se dio en la Resolución 4/2020 – Licitación transporte escolar, del PCCG, de 15 de diciembre de 2020⁶⁹, en la que, tras la remisión por el TACGal de su resolución en un recurso especial, el PCCG llegó a la conclusión de que las tres empresas, que eran independientes entre sí al no constituir grupo alguno, habían decidido coludir para presentarse a la licitación controvertida.

Lo que debe quedar claro a la vista de estos y otros numerosos ejemplos es que la vulneración de dicho principio, que desde la perspectiva de la contratación pública puede dar lugar a diversas consecuencias, como la aludida exclusión de los licitadores⁷⁰ afectados o incluso a la anulación de la adjudicación, puede, sin embargo, desde la perspectiva estrictamente antitrust, revelar la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1 LDC (o incluso 3 LDC) cuando las empresas respecto de las que se aprecie la vulneración de principio de proposición única no forman parte del mismo grupo, pues en dicho caso no podría hablarse de colusión al estar amparada su conducta por el conocido como “*privilegio de grupo*”⁷¹, conforme al cual, al no tratarse de empresas independientes entre sí, sino vinculadas, de modo que no puede hablarse de “*acuerdo*”, tal y como prevé el artículo 1 LDC (y el 101 TFUE), que sanciona conductas de cooperación entre competidores.

⁶⁶ Conforme al artículo 63.1 LDC, “2. Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en la conducta”.

⁶⁷ Acceso web: https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Res3_2019_licitacion_salvamento_cast.pdf.

⁶⁸ STSJG de 26 de marzo de 2021, N.I.G.: 15030 33 3 2019 0001140.

⁶⁹ Esta resolución se puede consultar también en la web oficial de la CGC (www.competencia.gal). Acceso web: https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/03/Resolucion%204-2020%20Licitacion%20transporte%20escolar%20%20PAX%20WEB%20_0.pdf.

⁷⁰ Cfr. PÉREZ DELGADO, M. y RODRÍGUEZ PÉREZ, R.P., “Exclusión del licitador por prácticas colusorias”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 173, Sección: La administración opina, mayo-junio 2021, pp. 105-107; y la Ley 5256/2021.

⁷¹ Como expone de forma breve y clara ALONSO SOTO, “[d]el denominado «privilegio del grupo», que consiste en que, al ser considerado el grupo de empresas como un único sujeto, no existirá una pluralidad de voluntades independientes entre las sociedades o empresas que forman parte del grupo, de modo que, desde un punto de vista técnico, no tendrán la consideración de acuerdos o prácticas concertadas los pactos que se celebren entre la matriz y sus filiales o entre las distintas sociedades que forman parte del grupo”. (ALONSO SOTO, E., “La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales (1)”, *Noticias de Competencia*, Gómez-Acebo & Pombo, Madrid, 2012, pp. 18 a 23, p. 19. Acceso web: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/LA-RESPONSABILIDAD-DE-LA-SOCIEDAD-MATRIZ-POR-LAS-PRACTICAS-ANTICOMPETITIVAS-DE-SUS-FILIALES.pdf>).

Como ya anticipamos, unos de los preceptos más relevantes en la relación LCSP y LDC es el artículo 150 LCSP⁷², que, sin embargo, tiene la poco expresiva rúbrica de “*clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato*”.

A este respecto y anticipando lo que advertiremos más adelante, debemos destacar que la LCSP tiene una marcada tendencia a identificar práctica anticompetitiva con práctica o conducta colusoria, lo que no es del todo correcto y habremos de matizar más adelante, puesto que en una licitación pública cabe también la eventual infracción del artículo 2 LDC (102 TFUE) o del artículo 3 LDC.

La amplia casuística de acuerdos colusorios en materia de contratación pública ha permitido extraer ya una primera serie de indicios de la misma, sirviendo como pauta de investigación y, al mismo tiempo, para delimitar ciertos indicadores que revelarían su existencia⁷³. Por ello, se ha considerado adecuado introducir cambios en la LCSP en la previsión contenida ya en el TRLCSP⁷⁴ respecto de la comunicación de indicios a las autoridades de competencia que, además de en el actual artículo 1322.3 LCSP, ya citado, se añade la del artículo 150 LCSP.

En efecto, el artículo 150.1, párrafo tercero LCSP, dispone ahora que:

“Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo”.

La norma está, en realidad, todavía pendiente de desarrollo reglamentario, y resulta, desde la perspectiva de la competencia, un tanto pretenciosa, puesto que parece inducir que en un plazo sumario el órgano de competencia (obsérvese que cita, además de a la CNMC, a las autoridades autonómicas de competencia) habrá de anticipar lo que en la práctica suele hacerse tras una información reservada (art. 49 LDC), en su caso con inspección y, en todo caso, tras instruir un procedimiento sancionador que puede durar hasta 18 meses.

⁷² Resulta de interés la lectura del Informe de la CNMC, INF/CNMC/085/2018 sobre el artículo 150 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 22 de noviembre de 2018. Acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2216888_0.pdf.

⁷³ Resultan especialmente útiles los recogidos en la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, publicada en 2010 (acceso web: <https://www.cnmc.es/file/123708/download>), y de forma más sintética y específica en el tríptico publicado por la CNMC en 2017, titulado *Guía contra el fraude en la licitación pública* (acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/2017/20170118_CNMC_licitaciones_01_2017.pdf).

⁷⁴ Cfr. disposición adicional vigésima tercera (“Prácticas contrarias a la libre competencia”), del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, y artículo 23.3, de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico.

Con este precepto, se pretende dar un paso más en la imbricación entre contratación pública y competencia, al abrir la posibilidad de que la autoridad de competencia se pronuncie de forma sumaria sobre los indicios que se le trasladan. No obstante, ha permitido que los órganos de contratación vean en las autoridades de competencia una posible ayuda ante irregularidades que percibían pero que no sabían cómo gestionar adecuadamente.

Siguiendo el orden de la propia LCSP, la última remisión que esta hace a la LDC es el artículo 321 LCSP, dedicado a la adjudicación de contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.

“2. No obstante lo indicado en el apartado anterior, los órganos competentes de las entidades a que se refiere este artículo podrán adjudicar contratos sin aplicar las instrucciones aprobadas por ellos con sujeción a las siguientes reglas:

a) Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación que, en su caso, sea necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.

b) Los contratos o acuerdos de valor estimado igual o superior a los indicados en la letra anterior o los que se concierten para la selección de proveedores se sujetarán, como mínimo, a las siguientes reglas, respetándose en todo caso los principios de igualdad, no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia:

1. El anuncio de licitación se publicará en el perfil de contratante de la entidad, sin perjuicio de que puedan utilizarse otros medios adicionales de publicidad. Toda la documentación necesaria para la presentación de las ofertas deberá estar disponible por medios electrónicos desde la publicación del anuncio de licitación.

2. El plazo de presentación de ofertas será fijado por la entidad contratante teniendo en cuenta el tiempo razonablemente necesario para la preparación de aquellas, sin que en ningún caso dicho plazo pueda ser inferior a diez días a contar desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante.

3. La adjudicación del contrato deberá recaer en la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145. Excepcionalmente la adjudicación podrá efectuarse atendiendo a otros criterios objetivos que deberán determinarse en la documentación contractual.

4. La selección del contratista, que deberá motivarse en todo caso, se publicará en el perfil de contratante de la entidad (...)⁷⁵.

⁷⁵ La disposición final 40.5 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2021, añade a este artículo 321 LCSP un apartado 6 con el siguiente tenor:

2.2 De competencia a contratación pública (disp. adic. 2.^a y art. 65.3 LDC)

Como hemos señalado, además de las remisiones que la LCSP hace a las normas de competencia, la propia LDC hace alguna mención a la contratación pública.

Hasta fechas muy recientes, la única mención se encontraba en la definición de cártel, cuya redacción inicial fue modificada por el Real decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, ofrezca hoy una nueva definición de cártel dando nueva redacción a la disposición adicional cuarta. 2.^a (Definiciones), de la vigente LDC. Concretamente en su apartado 2:

“2. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones⁷⁶, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia”⁷⁷.

A efectos del presente trabajo, podemos anticipar que el cártel es el acuerdo, práctica concertada o conscientemente paralela de carácter colusorio que, de forma más o menos expresa o, más comúnmente, intercambiando entre sí información

Regap

ESTUDIOS

⁶ Estarán excluidos de la aplicación de esta ley los contratos entre dos sociedades mercantiles pertenecientes al sector público que no ostenten el carácter de poder adjudicador, siempre y cuando se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones:

- a) Que la sociedad contratante ostente de manera directa o indirecta la totalidad del capital social de la contratista o viceversa, o que una tercera sociedad, también del sector público, que tampoco tenga el carácter de poder adjudicador ostente de manera directa o indirecta la titularidad del 100 por 100 del capital social de las dos primeras.
- b) Que los contratos tengan por objeto la adquisición de bienes o la prestación de servicios que sean necesarios para la realización de la actividad mercantil propia del objeto social de la entidad contratante.
- c) Que los contratos no distorsionen la libre competencia en el mercado.

A los efectos de lo establecido en el párrafo anterior el Departamento ministerial u organismo al que corresponda la tutela de la sociedad contratante solicitará un informe previo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia o, en su caso, de la autoridad de competencia autonómica correspondiente que analice los contratos concretos o categorías generales de contratos de similares características que las sociedades prevean suscribir. El informe será evacuado en el plazo máximo de veinte días hábiles”.

⁷⁶ La redacción de este apartado 2 fue modificada por el Real decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (artículo tercero. Modificación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, en materia de ejercicio de las acciones de daños y perjuicios por infracciones del derecho de la competencia), que añadió también el apartado 3 a esta DA. La redacción de la versión original de la LDC era más lacónica e imprecisa, aunque ya aludía a “pujas fraudulentas”: “2. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”.

⁷⁷ La redacción original de la Ley 15/2007 era: “2. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”. Acerca del concepto de cártel y de esta primera definición, *vid.* RINCÓN GARCÍA DE LOIGORRI, A., “¿Qué es un cártel para la CNMC?”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 69-105.

sensible, les permite coordinar sus ofertas falseando la competencia en la licitación o licitaciones afectadas eludiendo de este modo concurrir entre sí al objeto de repartirse el mercado, fijar precios o cualquier otra circunstancia esencial de la licitación.

A esta única y genérica referencia directa, aunque sin duda importante, ha añadido la reciente modificación de la LDC llevada a cabo para adaptarla a la conocida como “Directiva ECN Plus”⁷⁸, al dar una nueva redacción al artículo 65 LDC, que regula la “exención del pago de la multa”, denominación técnica elegida en su día por esta ley para regular en nuestra disciplina lo que se conoce como “política de clemencia”. En efecto, la nueva redacción de este precepto incorpora al mismo una previsión específica para las prohibiciones de contratar reguladas en la LCSP, al afirmar en su apartado 4 que queda ahora del siguiente tenor:

“4. La exención prevista en el apartado 1 comprenderá también la de la prohibición de contratar prevista en el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público”.

De este modo, se colma una laguna que la LCSP no había alcanzado a cubrir satisfactoriamente respecto a uno de los instrumentos de la política de la competencia, la clemencia⁷⁹, que más eficaces han venido siendo, pero cuya aplicación práctica puede resultar en ocasiones comprometida por la falta de coordinación con otras previsiones, incluso de la propia LDC (piénsese, por ejemplo, en las reclamaciones de daños antitrust causados a los beneficiarios de la clemencia).

2.3 De libre competencia a competencia desleal (art. 3 LDC)

La vigente LDC contiene todavía hoy, “contra viento y marea”⁸⁰, un interesante puente entre la LDC y la LCD, esto es, entre la legislación de defensa de la competencia y la

⁷⁸ Se trata del ya citado 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.

⁷⁹ Esta figura se recoge en los artículos 65 y 66 LDC, bajo las rúbricas de “Exención del pago de la multa” y “Reducción del importe de la multa”, respectivamente afectados por la reforma introducida por el Real decreto-ley 7/2021, ya mencionado. En este sentido, en la nota de Uría/Menéndez, “El Consejo de Ministros reforma la Ley de defensa de la competencia para trasponer la Directiva ECN+”, de 30 de abril de 2021, p. 3 (acceso web: <https://www.uria.com/documentos/circulares/1401/documento/12284/UM-nota.pdf?id=12284>), se señala que “(...) en el caso de las empresas que soliciten clemencia y obtengan una exención completa de la multa (normalmente, las empresas que proporcionan en primer lugar información sobre un cártel no conocido por la CNMC), la ley aclara ahora –en línea con la práctica previa a la reforma– que estas también obtienen una exención de la prohibición de contratar con la Administración que podría derivarse de la resolución sancionadora de la CNMC. En el caso de empresas que obtengan solo una reducción de la multa (ya sea porque no han sido las primeras en solicitar clemencia o porque la CNMC ya contaba con información sobre el cártel con anterioridad), la ley indica que en estos casos el beneficio de la clemencia «podrá comprender» la exclusión de la prohibición de contratar con la Administración, sin indicar en qué casos lo hará y en qué casos no”.

⁸⁰ Durante la tramitación de la vigente LDC, se cuestionó la necesidad de mantener una norma como el que es ahora el artículo 3 LDC y era el artículo 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia. Acerca de este debate que, finalmente, mantuvo esta previsión, véase, DÍAZ ESTELLA, F., “¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 5, 2005, pp. 1284-1296. Acceso web: [http://www.fernandodiezestella.com/otras_publicaciones/el_art_7_ldc_\(2005\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/otras_publicaciones/el_art_7_ldc_(2005).pdf); DÍAZ ESTELLA, F., “Las complicadas relaciones entre la Ley de defensa de la competencia y la Ley de competencia desleal”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n. 213, 2001, pp. 11-28; y, menos crítico con dicho precepto, en DÍAZ ESTELLA, F., “El artículo 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 330, 2012 (ejemplar dedicado a derecho de la competencia), pp. 83-94; y en DÍAZ ESTELLA, F., “El art. 3 LDC falseamiento de la competencia por actos desleales”, Beneyto Pérez, J.M. y

de competencia desleal, regulada en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, a la que implícitamente se remite el artículo 3 LDC al regular el “falseamiento de la competencia por actos desleales”. Conforme a dicho precepto:

“Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las comunidades autónomas conocerán en los términos que la presente ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”.

Como ya ha afirmado la Comisión Gallega de la Competencia, en su Resolución 3/2020 – ARRIVA NOROESTE, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL⁸¹):

“El artículo 3 de la LDC establece la prohibición de actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público. Del tenor literal del precepto se deduce que incurren en dicha prohibición las conductas que cumplen, acumulativamente, los tres requisitos siguientes: a) constituyan un acto de competencia desleal; b) que falsee la libre competencia; y c) afecte al interés público. La doctrina mayoritaria considera que, desde un punto de vista sustantivo, es necesaria la presencia de dos condiciones: a) un acto de competencia desleal, b) afecte al interés público por falsear significativamente la competencia en el mercado. En definitiva, este artículo no tutela otro interés público que la competencia efectiva en los mercados”.

Añadiendo más adelante que:

“En muchas ocasiones se consideraba que para apreciar la concurrencia del ilícito del artículo 3 de la LDC se debería calificar en primer lugar si se trataba de un acto de competencia desleal, para a continuación pasar a ver si afectaba al interés público, de tal manera que no concurriendo el primero ya no se analizaba el segundo. Sin embargo, desde hace años tanto las resoluciones de la autoridad de la competencia estatal (Resolución del TDC de 4 de diciembre de 1998, Expdte. R 332/98 Porvasal; Resolución de la CNC de 13 de marzo de 2008, Expdte. R 718/07 Puertos de Andalucía; Resolución de la CNC de 11 de marzo de 2008, Expdte. S/0041/08, Tu billete; Resolución de la CNC de 15 de diciembre de 2011, Expdte. S/0350/11 Asistencia en carretera, entre otras) como sectores de la doctrina científica consideran que debe analizarse en primer lugar si la conducta investigada es apta para afectar al interés público por falsear significativamente la competencia para después analizar si es un acto de competencia desleal, sistemática que utilizaremos en esta resolución”.

Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, tomo 1, Bosch, Barcelona, 2017 (tomo I), pp. 505-553.

⁸¹ Cfr. el punto 6.3. Falseamiento de la competencia por actos desleales, de esta resolución, disponible en la web oficial CGC en la dirección https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/RES_3_2020_cast_0.pdf.

Esta misma resolución hace un exhaustivo análisis de la concurrencia de la afectación del interés general que resulta, en la mayoría de los casos, una de las cuestiones más difíciles de apreciar dado el carácter restrictivo con el que debe interpretarse⁸².

3 Algunas ideas básicas sobre los ilícitos antitrust en la contratación pública

La finalidad del presente trabajo es facilitar, en la medida de lo posible, a quienes han de aplicar la LCSP la interpretación de los preceptos de los que se infieren los conceptos básicos del derecho de la competencia a los que se remite la LCSP. Por ello, y tras exponer los enlaces y puentes que el legislador ha establecido entre ambas normativas, vamos a exponer, aunque de forma breve, los conceptos esenciales que permitirán interpretar los citados preceptos de la forma más homogénea y armonizada posible.

Así, empezaremos por enmarcar los cárteles en su contexto en la LDC, que no es otro que la prohibición de las “*conductas colusorias*” que tipifican el artículo 1 LDC, que habrá de aplicar de forma conjunta con el artículo 101 TFUE cuando se aprecie la posible afectación del mercado interior europeo o una parte significativa de este. Lo mismo haremos respecto del abuso de posición de dominio, recogido en los artículos 2 LDC y, en su caso, 102 TFUE; o un caso en el que se aprecie un posible falseamiento de la competencia por acto desleal, que es lo que tipifica el artículo 3 LDC y que no tiene equivalente en el TFUE.

Antes de exponer las líneas básicas de la vigente interpretación de dichos preceptos, obra en gran medida de la jurisprudencia europea y española, debemos anticipar dos cuestiones esenciales.

La primera es que la aplicación de los artículos de la LDC y, en su caso, del TFUE es una cuestión que únicamente afecta al órgano de contratación a los efectos de la remisión de las comunicaciones que en su caso efectúe al órgano que considere competente para conocer de la posible conducta anticompetitiva, lo que no hace sino abrir el trámite interno de asignación para determinar la efectiva atribución de competencia para conocer los hechos⁸³.

Asimismo, es también preciso sentar con carácter preliminar, como ya reconoció en su día nuestro Tribunal Supremo, la singularidad de estas prohibiciones, pues, como estableció la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 3.ª) de 2 de noviembre de 2015 (rec. 1523/2013), “*frente a esta técnica penalista de la tipicidad o de deslinde preciso de lo que está prohibido (y, por exclusión, lo no penado), el Derecho de la competencia (nacional*

⁸² Nos remitimos expresamente a la lectura del extenso y minucioso apartado 38, de la citada resolución ARRIVA.

⁸³ *Vid.* 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, respecto de la aplicación de la LDC y 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 CE (hoy artículo 101 y 102 TFUE), publicado en el DOUE L 1, de 4 de enero de 2003, p. 1. A este respecto, entre otras muchas publicaciones, *vid.* RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Capítulo 4. Autoridades responsables de la lucha contra los cárteles en España y la Unión Europea”, Beneyto Pérez, J.M. y Maíllo González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 131 a 171.

y comparado) utiliza la técnica de la cláusula general prohibitiva, precisamente porque la utilización de la técnica de la tipicidad penal, en un ámbito como el mercado, atendería al principio de seguridad jurídica, atendida la dificultad o imposibilidad de tipificar con la precisión exigida en el Derecho penal la multiplicidad de formas que puede adoptar el comportamiento restrictivo de los operadores económicos en el mercado. Una cláusula general prohibitiva de la colusión (art. 1.1 LDC y 101.1 TFUE) que se define por relación a los destinatarios (todo operador económico), al medio por el cual la conducta se establece (toda forma de concertación: acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas) y, en particular, por la finalidad perseguida y prohibida (la causación actual o potencial de un daño a la competencia efectiva en los mercados). Por tanto, una cláusula general o tipo abierto deliberadamente impreciso que constituye, en cierta forma, un mandato implícito del legislador a las autoridades administrativas y jurisdiccionales encargadas de su aplicación para elaborar de forma progresiva el Derecho de la competencia”⁸⁴.

La que entendemos “singularidad” de las normas de competencia determina igualmente como rasgo propio que se admita en mayor medida que en otros ámbitos normativos la prueba indiciaria o de presunciones⁸⁵ como medio para dar como probada la comisión del ilícito anticompetitivo.

3.1 Cárteles y clemencia

Conforme al artículo 1.1 LDC (y en términos equivalentes, que no idénticos, el artículo 101.1 TFUE), la prohibición de las conductas o prácticas colusorias se extiende a todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, siendo el modelo de la Unión Europea o en todo o en parte del territorio nacional⁸⁶.

Ambos preceptos ofrecen una lista ejemplificativa de los supuestos más graves de acuerdos colusorios, tanto entre competidores (acuerdos horizontales) como

⁸⁴ Cfr. FJ 4.º de la STS 3631/2018, de 10/10/2018 (ECLI: ES:TS:2018:3631).

⁸⁵ Como recuerda el Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia (en adelante PCGC), en su reciente Resolución 4/2020 – Licitación transporte escolar, de 15 de diciembre de 2020, con amplia cita jurisprudencial, la aplicación de esta prueba de presunciones en el ámbito del procedimiento sancionador no es algo extraño y está admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional, como la STC 76/1985, de 26 de junio (BOE n. 170, de 17 de julio de 1985) y la STC 174/1985, de 17 de diciembre (BOE n. 13, de 15 de enero de 1986), siendo igualmente admitida por el Tribunal Supremo en materia sancionadora por infracciones de las normas de defensa de la competencia (STS de 6 de marzo de 2000, recurso 373/1993, en la que afirma que “hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibitiva, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”.

⁸⁶ En una muy reciente comunicación (Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública... cit., apartado 1.1.), la Comisión Europea afirma: “El concepto de colusión en la contratación pública (también denominado «licitación colusoria») hace referencia a los acuerdos ilegales entre operadores económicos destinados a falsear la competencia en los procedimientos de adjudicación. Estos acuerdos entre operadores económicos con fines de colusión pueden adoptar diversas formas; por ejemplo, pueden consistir en fijar previamente el contenido de sus ofertas (especialmente el precio) al objeto de influir en el resultado del procedimiento, abstenerse de presentar una oferta, asignar el mercado basándose en la ubicación geográfica, el poder adjudicador o el objeto de la contratación pública o establecer sistemas de rotación para una serie de procedimientos. El objetivo de todas estas prácticas es permitir que un licitador predeterminado obtenga un contrato mientras se crea la impresión de que el procedimiento es realmente competitivo”.

entre operadores que actúan en fases diferentes de la cadena productiva (acuerdos verticales).

Se citan así, entre los primeros, los que tengan por objeto o efecto (incluso potencial):

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

Y entre los segundos (restricciones verticales).

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Esta enumeración carece por completo de carácter exhaustivo, si bien identifica las conductas que tradicionalmente han sido consideradas más graves, lo que se ha predicado, por lo general, de los acuerdos horizontales frente a los verticales. Los acuerdos, entendido en sentido amplio que son relevantes desde la perspectiva de la aplicación de la LCSP, son, sin duda, los horizontales, entre los que se sitúan los cárteles.

La interpretación de unos preceptos redactados en términos tan abiertos plantea indudables problemas prácticos, solo en parte solucionados por la jurisprudencia y por la adopción de reglamentos de exención que excluyen de la prohibición general determinados tipos o categorías de acuerdos (art. 103 TFUE y 1.4.^o y 5.^o LDC), bajo determinadas condiciones, extendiendo la posible excepción individual que consagran los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC.

La clarificación de los conceptos se extiende no solo al alcance de la conducta (acuerdo, decisión/recomendación, práctica concertada, o “conscientemente paralela”), sino también, de forma especialmente relevante, a la cuestión de las denominadas infracciones “por objeto” o “por efecto” (tengan como objeto restringir la competencia o cuyos efectos sean efectivamente restrictivos de la competencia), distinción clave, ya que cuando una conducta se califica como anticompetitiva por su objeto, no se hace preciso un examen exhaustivo de sus efectos, aun potenciales, sobre la competencia⁸⁷.

Esta distinción adquiere así un valor crucial, puesto que el excesivo formalismo priva a los operadores de la posibilidad de acudir a nuevas fórmulas cuyo efecto

⁸⁷ Acerca de esta fundamental cuestión en la jurisprudencia española y europea, véase el fundamento jurídico tercero de la reciente STS 356/2021, de 15/03/2021 (ROJ: STS 1011/2021 – ECLI:ES:TS:2021:1011). Acceso web: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/47c54a4d73e1a196a95bb5076f88477c49a319365802d218>. Consideramos igualmente de interés la lectura de IBÁÑEZ COLOMO, P., “Persistent myths in competition law (II): «the analysis of the counterfactual is not relevant when a practice is restrictive by object»”, *Chilling Competition*. Acceso web: <https://chillingcompetition.com/2019/05/30/persistent-myths-in-competition-law-ii-the-analysis-of-the-counterfactual-is-not-relevant-when-a-practice-is-restrictive-by-object/>.

restrictivo se vea compensado con sus efectos procompetitivos, posibilidad que recoge de forma individual el artículo 101.3 TFUE y su equivalente, el artículo 1.3 LDC.

La prohibición no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas; b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Esta excepcionalidad individualizada *case-by-case* se vio pronto completada con las ya aludidas exenciones por categorías de las reglas de los acuerdos de importancia menor.

Sin embargo, determinar cuándo estamos o no ante una práctica prohibida se ha convertido en una tarea especialmente compleja que recae ahora sobre las empresas al transformarse, desde la aprobación del 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 actuales artículos 101 y 102 TFUE⁸⁸, el inicial sistema de notificación previa y autorización, en su caso, por parte de la Comisión Europea o la autoridad de competencia correspondiente, por el de autoevaluación, que exige que la empresa valore la licitud de su práctica o su eventual posibilidad de exención si se cuestiona su corrección⁸⁹.

Aunque en sede de competencia la prueba por presunciones ha adquirido un valor substancial, pues, incluso tras una inspección en la sede de las empresas, analizando su documentación y material informático, es infrecuente encontrar una prueba directa e incuestionable del acuerdo, la jurisprudencia no duda en rechazar la evidencia de colusión reconocida por las autoridades de competencia. Resulta ilustrativa de esta situación la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional, de 18 de diciembre de 2020⁹⁰ que anula la Decisión de la CNMC de 5 de septiembre de 2016, en el Expediente S/DC/0525/14, CEMENTOS⁹¹. Sin perjuicio de lo que pueda resolver en su día el Tribunal Supremo en un eventual recurso de casación, para la Sección 6.ª, de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional:

⁸⁸ DOUE L 1 de 4 de enero de 2003, p. 1.

⁸⁹ En la actualidad existen exenciones por categorías en materia de acuerdos de cooperación horizontal en el ámbito de investigación y desarrollo y de especialización y respecto de los acuerdos verticales, que amparan, entre otros, la figura de las franquicias, la distribución exclusiva o la selectiva, aunque la jurisprudencia haya considerado ilícita, con carácter general, la restricción de la limitación de las ventas por internet. Acerca de esta cuestión, véase, entre otros muchos, por su visión general y didáctica nuestro trabajo: RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A. "Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias", *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 12, n. 18, enero-junio 2020, pp. 155 a 182.

⁹⁰ ROJ: SAN 4177/2020 – ECLI:ES:AN:2020:4177.

⁹¹ Esta resolución se puede consultar en la web oficial de la CNMC en la dirección https://www.cnmc.es/sites/default/files/960603_351.pdf.

“OCTAVO. - (...) A juicio de la Sala, algunos de los correos analizados, aunque sean de referencia, reflejan, efectivamente, la existencia de contactos indebidos entre empresas desde el punto de vista de la necesidad de mantener una conducta independiente entre ellas, pero la mera referencia de terceros a conductas realizadas por la actora sin datos objetivos que lo avalen no permite tenerlas por acreditadas.

Ha de tenerse en cuenta, además, que como recuerda la Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014, en el asunto T-27/10, AC-Treuhand AG: el concepto de infracción única se refiere a una situación en la que varias empresas participan en una infracción constituida por un comportamiento continuado que tiene una única finalidad económica, dirigida a falsear la competencia, o también por infracciones individuales relacionadas entre ellas por una identidad de objeto (la misma finalidad de todos los elementos) y de sujetos (la identidad de las empresas de que se trata, conscientes de participar en el objetivo común) (sentencias del Tribunal de 8 de julio de 2008, BPB/Comisión, T-53/03, Rec. p. II-1333, apartado 257, y Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 89)”.

Ahora bien, a CEMEX se la sanciona por participar en una infracción única y continuada respecto de la que no se ha acreditado, por las razones expuestas, que aquella conociera el objetivo ilícito anticompetitivo y que contribuyera a su realización. Procede, en consecuencia, *“la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida”*.

En otras ocasiones, sin embargo, los indicios obtenidos del propio expediente resultan tan evidentes que la presunción de inocencia cede ante estos. Tal es el caso de la confirmación por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG), en su Sentencia 00131/2021, de 26 de marzo de 2021⁹², la Resolución 3/2019 - Licitación servicio salvamento y socorrismo en las playas de A Coruña del Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia, de 27 de junio de 2019⁹³, en la que la Sección 3 de la Sala de lo Contencioso de dicho TSJG rechaza la indefensión alegada por no haberse practicado la prueba solicitada por las sancionadas en vía administrativa ante los múltiples indicios existentes, afirmando en su fundamento jurídico quinto que:

“QUINTO.- (...) en efecto, la práctica de aquellas pruebas con base en el artículo 51.1 de la Ley 15/2017, sin embargo, dicho precepto deja claras varias consideraciones esenciales para resolver la cuestión planteada en el caso que nos ocupa como que la práctica de la prueba es potestativa y no obligatoria y que dichas pruebas han de referirse a pruebas distintas de las ya practicadas ante la Dirección de Investigación en la fase de instrucción (efectivamente esos documentos ya han sido tenidos en cuenta) y precisamente los documentos pretendidos por la Federación se refieren al expediente de contratación del Ayuntamiento de A Coruña y al expediente relativo

⁹² Cfr. N.I.G.: 15030 33 3 2019 0001140.

⁹³ Esta resolución se puede consultar en la web oficial de la Comisión Gallega de la Competencia, en la dirección https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Res_3_2019_CGC_gal.pdf.

al recurso n. 34/2018, tenidos en cuenta por la subdirección de investigación para elaborar el pliego de concreción de hechos (así se recoge en el EA en el folio 908).

(...)

No toda denegación, pues, o silencio sobre las pruebas propuestas puede dar lugar a la nulidad de la resolución, sino solo aquellos casos, que su omisión produzca indefensión, cosa que en el caso presente no ha ocurrido y, por otra parte, el art. 24.2 CE no establece un derecho hipotético de poderse realizar una actividad de prueba ilimitada, y, como hemos anticipado, en el presente caso el artículo 51 de la Ley 15/2007 señala que su práctica será potestativa y siempre que se trate de pruebas que no hayan sido ya practicadas en fase de instrucción como el caso que nos ocupa.

Por último, señalar como la jurisprudencia destaca que la denegación de una prueba en vía administrativa no causa indefensión, incluso en los casos en que la denegación sea tácita, por ejemplo, cuando resultare inútil e impertinente”.

Aun en una exposición tan sintética como la presente debemos hacer referencia a la denominada “política de clemencia”⁹⁴, que permite a los que han participado en un cártel eludir la sanción que les correspondería o una buena parte de ella o la terminación convencional⁹⁵ si la práctica no ha llegado a producir daños significativos, en espera de que la tramitación como proyecto de ley⁹⁶ del Real decreto-ley 7/2021 incorpore a la LDC, además de otras reformas necesarias, la figura de la transacción⁹⁷.

Regap

ESTUDIOS

3.2 El abuso de posición de dominio en la contratación pública

Pero la LDC y el TFUE consideran, además de las conductas colusorias, igualmente prohibidas otras prácticas restrictivas de la competencia que pueden darse también, aunque en menor frecuencia, en la contratación pública. Nos referimos al abuso de posición de dominio (art. 2 LDC y 102 TFUE) y al falseamiento de la competencia por actos desleales que recoge el artículo 3 LDC.

El “abuso de posición dominante” (art. 102 TFUE y su correspondiente nacional, el artículo 2 LDC) se extiende a la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado europeo o nacional.

⁹⁴ Para una visión básica de la clemencia, además de la lectura de los artículos 65 y 66 LDC, dedicados respectivamente a la “exención del pago de la multa” y a “reducción del importe de la multa”, véase MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., “Capítulo 7. Prohibición de prácticas colusorias (II): cárteles, clemencia y daños”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 285 a 329.

⁹⁵ Cfr. artículo 52 LDC. OLMEDO PERALTA, E., *Las decisiones de compromisos (commitment decisions) y la terminación convencional de los procedimientos en el Derecho de la competencia europeo y español*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2020.

⁹⁶ Para más información: https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=130%2F000047.

⁹⁷ La transacción, que ya existe en el marco de la UE, era una de las novedades que con motivo de la trasposición de la Directiva ECN Plus incorporaba el malogrado que aparecía en el anteproyecto de ley, de 31 de julio de 2020. Cfr. https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/ECO_Pol_AP_20200731_MAIN_APL_EC�.pdf.

Al igual que en materia de acuerdos, la norma, tanto europea como nacional, ofrece ejemplos de conductas abusivas, pero no define ni qué es posición de dominio ni cuándo se puede afirmar que se abusa de ella. No obstante, ambos preceptos ofrecen una lista ejemplificativa y no exhaustiva de supuestos de abuso de posición dominante, tanto de exclusión o de expulsión de competidores como explotativas, en las que el abuso pretende maximizar el poder de mercado a costa de proveedores, clientes, etc.

Se citan, así, como supuestos de abuso de posición dominante:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos; b) la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores; c) la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; d) la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; o e) la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

La prohibición se aplicará también en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.

El concepto de “abuso” de una “*posición dominante*”⁹⁸ en derecho de la competencia no se define en la norma, que usa los conceptos de “abuso” y de “*posición dominante*” sin definirlos en ningún momento. Por ello, como en general en los conceptos básicos del derecho de la competencia, ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y de nuestro Tribunal Supremo quienes lo han configurado como una noción “objetiva”.

En concreto, para la jurisprudencia del TJUE, el concepto de “abuso” es “*un concepto objetivo*” que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia⁹⁹.

De este modo, un abuso será cualquier comportamiento injustificado de una empresa dominante en el mercado, consistente en aprovechar esa posición de dominio para alcanzar ventajas que serían inasequibles en condiciones de mayor competencia.

Es preciso puntualizar que lo prohibido no es la posición de dominio, sino que desde esa posición se realicen comportamientos que puedan reputarse abusivos.

⁹⁸ Seguimos en este punto a BAENA, R., “Capítulo 10. Prohibición del abuso de posición dominante (I): aspectos generales y análisis de la posición de dominio individual y colectiva”, Beneyto Pérez, J.M. y Maíllo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 429-456.

⁹⁹ Por todas, STJUE de 13 de febrero de 1979 en el caso Hoffmann-La Roche (ECLI:EU:C:1979:36), punto 91.

En consecuencia, la apreciación de este supuesto exige determinar dos cuestiones básicas:

1) Delimitar un mercado relevante (de producto o servicio, territorial y, en su caso, temporal), dentro del que la empresa o empresas concretas (“*posición de dominio conjunta o colectiva*”) ostenten un poder económico o poder de mercado, entendido como aquel que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, haciéndole posible actuar, en gran medida, de manera independiente con respecto a sus competidores, a sus clientes y, en definitiva, a los consumidores (poder de mercado).

Fijada la posición dominante en el mercado o mercados de referencia porque se acredite ese poder en el mercado o mercados de referencia, la prohibición sólo se extiende a aquellos comportamientos que, como ha confirmado la jurisprudencia, además de realizarse desde una posición de poder de mercado: 1) puedan afectar a la estructura de mercado; 2) se hagan empleando métodos distintos de la competencia basada en los méritos que no serían posibles o efectivos de no existir la posición dominante, 3) impidan o dificulten el mantenimiento del nivel de competencia existente o su incremento, y 4) provoquen un perjuicio a consumidores, clientes, proveedores o competidores.

La práctica reciente recoge un interesante ejemplo de los que podrían, en su caso, reputarse un abuso de naturaleza explotativa (“*precios excesión*”) en una investigación recién iniciada por la CNMC, en el mercado de la fabricación y suministro en España del medicamento CDCA-Leadiant®.

Como informa la CNMC¹⁰⁰, este fármaco se utiliza para el tratamiento de una anomalía metabólica que produce daños irreparables en el organismo. Se trataría de un medicamento de los conocidos como “*huérfanos*” ya que, como explica la CNMC, carece de alternativa terapéutica equivalente. Este expediente, todavía en curso, ha sido ampliado por la CNMC¹⁰¹.

La CNMC ha ampliado dicho expediente en curso para incluir a Leadiant GmbH y Sigma Tau Arzneimittel GmbH en el expediente sancionador del mercado del medicamento “*huérfano*” CDCA-Leadiant®.

3.3 El falseamiento de la competencia por actos desleales en la contratación pública

Nuestra legislación interna (LDC) incluye también, como ya anticipamos, una conducta prohibida singular; esto es, que no recoge ni el derecho europeo de la competencia (el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE) ni la Sherman Act norteamericana. Nos referimos al falseamiento de la competencia por actos

¹⁰⁰ Vid. CNMC (nota de prensa), “La CNMC inicia un expediente sancionador contra Leadiant Biosciences Spa y Leadiant Biosciences Ltd por presuntas prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia”, 22 de diciembre de 2020. Acceso web: <https://www.cnmc.es/prensa/inocacion-leadiant-20201222>.

¹⁰¹ Cfr. CNMC (nota de prensa), “La CNMC incluye a Leadiant GmbH y Sigma Tau Arzneimittel GmbH en el expediente sancionador del mercado del medicamento “huérfano” CDCA-Leadiant®”, 11 de febrero de 2021. Acceso web: <https://www.cnmc.es/novedad/ampliacion-inocacion-leadiant-medicamento-huerfano-cnmc-20210211>.

desleales, cuya aplicación al campo de la contratación pública ha sido evidenciada en su día por el Consejo Gallego de la Competencia y hoy por la Comisión Gallega de la Competencia, que en diversas resoluciones ha sancionado la ilicitud competitiva del incumplimiento por parte de un licitador incumbente; es decir, titular de la concesión que sale nuevamente a licitación, de la información que el órgano de contratación le requiere (pues es ese operador quien la conoce), respecto del personal adscrito a la concesión que, en su caso, habría de subrogarse.

Nos referimos al cumplimiento efectivo del actual artículo 130 LCSP, relativo a la “información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo”. Conforme al primero de sus apartados:

“1. Cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista”.

Primero el Pleno del Consejo Gallego de la Competencia (antecesor de la actual Comisión Gallega de la Competencia), en el Expdte. S/10/2014, que fue su Resolución de 6 de junio de 2016, Licitación pública seguridad Ayuntamiento de Lugo, que, si bien fue anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su Sentencia 128/2018, de 28 de marzo de 2018, en la que el tribunal consideró que la información aportada por la sancionada no había incurrido en la exigencia legal, sin cuestionar en ningún caso la posible aplicación del artículo 3 LDC.

Posteriormente, el PCGC ha aplicado igualmente el artículo 3 LDC al apreciar que al incumplir el deber de aportar la información solicitada se afectaba deslealmente la competencia, en el sentido del artículo 15 LDC. Nos referimos al ya citado caso Arriva, y a su Resolución 3/2020 – ARRIVA NOROESTE, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, S.L.¹⁰²).

¹⁰² Cfr. el punto 6.3.- Falseamiento de la competencia por actos desleales, de esta resolución, disponible en la web oficial CGC en la dirección https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/RES_3_2020_cast_0.pdf.

4 Consideraciones finales y perspectivas de futuro

Llegados a este punto, soy plenamente consciente de las cosas que me quedan por explicar. Sin embargo, creo haber ofrecido una panorámica general de las relaciones entre contratación pública y competencia que, lejos de disminuir, se incrementarán en breve.

La razón no va a estar en el desarrollo futuro del artículo 150 LCSP, que tarde o temprano se producirá, sino en la cada vez mejor formación que en el ámbito de la competencia están adquiriendo los ya expertos en contratación pública y en la percepción que estos tengan de que los objetivos que persiguen las autoridades de competencia son, en buena medida, coincidentes y, en todo caso, complementarios de los suyos.

Las sanciones de competencia tratan de disuadir a quienes tratan de sacar ventaja ilegalmente de la contratación pública a costa del erario y de sus rivales honestos. Los técnicos de competencia y las autoridades de competencia formamos parte del mismo equipo, como la siempre leal infantería y la no menos noble artillería pesada. Usar unas u otras armas dependerá del caso y el éxito del resultado, de la habilidad para combinar ambos instrumentos, la LCSP y la LDC. A las autoridades de competencia corresponde además una labor que no hemos abordado en este trabajo y tal vez hagamos en el futuro, la promoción de la competencia o “*advocacy*”, no menos relevante que la defensa de la competencia, pero, a diferencia de esta, más cargada de futuro.

Ánimo a todos.

Bibliografía

- ALMENAR, J., ALCARAZ, C. e IRISSARRY, B., “El Supremo invita a pedir la suspensión cautelar de las prohibiciones para contratar aunque no sean inmediatamente ejecutivas”, *Boletín Clifford Chance*, octubre, 2021. Acceso web: <https://www.cliffordchance.com/briefings/2021/10/el-supremo-invita-a-pedir-la-suspension-cautelar-de-las-prohibic.html>.
- ALONSO SOTO, E., “La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales (1)”, *Noticias de Competencia*, Gómez-Acebo & Pombo, Madrid, 2012. Acceso web: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/LA-RESPONSABILIDAD-DE-LA-SOCIEDAD-MATRIZ-POR-LAS-PRACTICAS-ANTICOMPETITIVAS-DE-SUS-FILIALES.pdf>.
- BACHES OPI, S., “La prohibición de contratar con las administraciones públicas por infracciones del Derecho de la competencia: «*Setung a sale on a sea of doubts*»”, Canedo Arrillada, M.P. (dir.), *La competencia como motor de desarrollo económico*, Aranzadi, Pamplona, 2018.
- BAENA, R., “Capítulo 10. Prohibición del abuso de posición dominante (I): aspectos generales y análisis de la posición de dominio individual y colectiva”, Beneyto

Regap

ESTUDIOS

- Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2017.
- BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, 2 vols., Bosch, Barcelona, 2017.
- DÍAZ ESTELLA, F., “Las complicadas relaciones entre la Ley de defensa de la competencia y la Ley de competencia desleal”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n. 213, 2001.
- DÍAZ ESTELLA, F., “¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de defensa de la competencia?”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 5, 2005.
- DÍAZ ESTELLA, F., “El artículo 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales”, *Noticias de la Unión Europea*, n 330, 2012 (Ejemplar dedicado a: derecho de la competencia).
- DÍAZ ESTELLA, F., “El art. 3 LDC falseamiento de la competencia por actos desleales”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, tomo 1, Bosch, Barcelona, 2017 (tomo I).
- FERNÁNDEZ ESTUDILLO, J.M., “El principio de proposición única, la presentación de proposiciones por empresas vinculadas y los acuerdos colusorios”, *Observatorio de la Contratación Pública*, 07 de abril de 2014. Acceso web: <http://obcp.es/opiniones/el-principio-de-proposicion-unica-la-presentacion-de-proposiciones-por-empresas>.
- GONZÁLEZ DE ZÁRATE, P., “Los tribunales vuelven a cuestionar el «test de capacidad» utilizado por la CNMC y la ACCO a la hora de analizar la compatibilidad de las UTEs con el derecho de la competencia”, *Blog Ramón y Cajal Abogados*, 17 de junio de 2021. Acceso web: <https://www.ramonycajalabogados.com/es/noticias/los-tribunales-vuelven-cuestionar-el-test-de-capacidad-utilizado-por-la-cnmc-y-la-acco-la>.
- IBÁÑEZ COLOMO, P., “Persistent myths in competition law (II): «the analysis of the counterfactual is not relevant when a practice is restrictive by object»”, *Chilling Competition*. Acceso web: <https://chillingcompetition.com/2019/05/30/persistent-myths-in-competition-law-ii-the-analysis-of-the-counterfactual-is-not-relevant-when-a-practice-is-restrictive-by-object/>.
- INFONALIA, “Presentación de ofertas por empresas pertenecientes al mismo grupo”, *INFONALIA. Consultoría de Licitación Pública*, 18 de diciembre de 2020. Acceso web: <https://www.infonalia.es/presentacion-de-ofertas-por-empresas-pertenecientes-al-mismo-grupo/>.
- MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., “Capítulo 7. Prohibición de prácticas colusorias (II): cárteles, clemencia y daños”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2017.
- MIÑO LÓPEZ, A.M., *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019.

- MIÑO LÓPEZ, A.M., “Prácticas anticompetitivas en el ámbito de los encargos a medios propios”, Díaz Bravo, E. y Moreno Molina, J.A. (dirs.), *Contratación pública global: Visiones comparadas*, Tirant lo Blanch, Universidad Santo Tomás (Chile), Chile, 2020.
- MIÑO LÓPEZ, A.M., “La comunicación de prácticas anticompetitivas a las autoridades de defensa de la competencia por los órganos de la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 212, 2021.
- MIÑO LÓPEZ, A.M., “Programas de cumplimiento y defensa de la competencia en la contratación pública: principios y modalidades”, *Diario La Ley*, n. 9813, 2021.
- NEIRA BARRAL, D., “Los efectos de la Directiva ECN+ en el sistema de competencia español”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 61, febrero/junio 2021.
- OLMEDO PERALTA, E., *Las decisiones de compromisos (commitment decisions) y la terminación convencional de los procedimientos en el Derecho de la competencia europeo y español*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2020.
- PÉREZ DELGADO, M. y RODRÍGUEZ PÉREZ, R.P., “Exclusión del licitador por prácticas colusorias”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 173, Sección: La administración opina, mayo-junio 2021.
- REALP i CAMPALANS, M., “La lucha contra la colusión en la contratación pública”, *Economía Industrial*, n. 415, 2020. Acceso web: <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/415/REALP%20i%20CAMPALANS.pdf>.
- RINCÓN GARCÍA DE LOIGORRI, A., “¿Qué es un cártel para la CNMC?”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Pandemia, ayudas de Estado y ayudas a los estados: el reto de la eficiente asignación de recursos públicos en tiempos de crisis”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 60, julio-diciembre 2020. Acceso web: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/issue/view/289/PDF%20Galego>.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “El reto de la implantación de los PDC en materia antitrust en España”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n. 17, 2015.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Capítulo 4. Autoridades responsables de la lucha contra los cárteles en España y la Unión Europea”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Capítulo 21: Prevención de cárteles, promoción de la competencia y programas de cumplimiento”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 12, n. 18, enero-junio 2020.

Regap

ESTUDIOS

- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Compliance y Defensa de la Competencia: La Promoción de la Cultura del Cumplimiento Antitrust «en el Sector Público»”, Campos Acuña, M.^a C. (dir.), *Guía Práctica del Compliance en el Sector Público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., PÉREZ FERNÁNDEZ, P. y SUDEROW, J., “Una visión integral de la prevención de los cárteles: análisis desde la perspectiva de las empresas, las Administraciones Públicas y las autoridades de competencia”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- SALA ARQUER J.M., GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, A., MASSAGUER FUENTES, J. y FOLGUERA CRESPO, J. (dirs.), *Comentario a la Ley de defensa de la competencia (Dúo)*, 2 vols., 6.^a ed., Civitas, Madrid 2020.
- SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. y ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 47, 2017. Acceso web: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5663/documento/esp05.pdf?id=7553>.
- SUDEROW, J., “Europa: STJUE 24.10.18, C 124/17, Vossloh laeis GMBH y Stadtwerke münchen GMBH Contratación pública, compliance y acciones de daños”, *os-servatorioantitrust.eu*, 7 de noviembre de 2018. Acceso web: <https://www.os-servatorioantitrust.eu/es/europa-stjue-24-10-18-c-124-17-vossloh-laeis-gmbh-y-stadtwerke-munchen-gmbh-contratacion-publica-compliance-y-acciones-de-danos>.
- VÁZQUEZ, J., “La comunicación sobre prácticas colusorias en contratación pública”, *Guías Prácticas con Recursos y consejos para luchar contra la colusión en contratación pública*, 26 de mayo de 2021. Acceso web: <https://www.javiervazquezmatilla.com/la-comunicacion-sobre-practicas-colusorias-en-contratacion-publica/>.
- VÉLEZ, A.M., “Competencia advierte de que los cárteles para repartirse contratos públicos copan la mitad de las multas que impone”, *eldiario.es*, 28 de abril de 2021. Acceso web: https://www.eldiario.es/economia/competencia-advierte-carteles-repartirse-contratos-publicos-copan-mitad-multas-impone_1_7879944.html.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_julio-diciembre 2021 | pp. 297-317
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4859>
© Alejandro Ramón Antelo Martínez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 02/11/2021 | Aceptado: 16/12/2021

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Entidades de certificación,
entidades de colaboración
e simplificación
administrativa en Galicia

Entidades de certificación, entidades de colaboración y simplificación administrativa en Galicia

Certification entities,
collaboration entities
and administrative
simplification in Galicia

62 Regap

Regap

ESTUDIOS

ALEJANDRO RAMÓN ANTELO MARTÍNEZ

Doctor en Derecho

Secretario de Administración Local. Categoría superior
Ayuntamiento de Neda (Galicia, España)

alejandro.antelo@neda.gal

Resumo: As entidades de certificación de conformidade municipal, creadas pola Lei 9/2013, do 19 de decembro, do emprendemento e da competitividade económica de Galicia, a prol do mandato de simplificación de procedementos contido na Directiva de servizos da Unión Europea, experimentaron cambios substanciais a partir da aprobación da Lei 9/2021, do 25 de febreiro, de simplificación administrativa e de apoio á reactivación económica de Galicia, a cal, pola súa vez, crea as entidades de colaboración ambiental. A ambas as dúas entidades dedica o seu obxecto este estudo, con atención aos seus antecedentes e á situación actual.

Palabras clave: Simplificación de procedementos, actividades empresariais, entidades certificadoras, entidades colaboradoras.

Resumen: Las entidades de certificación de conformidad municipal, creadas por la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia, en aras del mandato de simplificación de procedimientos contenido en la Directiva de servicios de la Unión Europea, han experimen-

tado cambios sustanciales a partir de la aprobación de la Ley 9/2021, de 25 de febrero, de simplificación administrativa y de apoyo a la reactivación económica de Galicia, la cual, a su vez, crea las entidades de colaboración ambiental. A ambas entidades dedica su objeto este estudio, con atención a sus antecedentes y a la situación actual.

Palabras clave: Simplificación de procedimientos, actividades empresariales, entidades certificadoras, entidades colaboradoras.

Abstract: The municipal compliance certification entities, created by Law 9/2013, of December 19, on entrepreneurship and the economic competitiveness of Galicia, for the sake of the mandate to simplify procedures contained in the Services Directive of the European Union, has undergone substantial changes since the approval of Law 9/2021, of February 25, on administrative simplification and support for the economic reactivation of Galicia, which, in turn, creates environmental collaboration entities. This study dedicates its object to both entities, with attention to their antecedents and the current situation.

Key words: Simplification of procedures, business activities, certifying entities, collaboration entities.

SUMARIO: 1 Preliminar: la Directiva de servicios en el origen. 2 Las entidades de certificación de conformidad municipal. 2.1 La Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia. 2.2 El Decreto 144/2016, de 22 de septiembre, que aprueba el Reglamento único de regulación integrada de actividades económicas y apertura de establecimientos en Galicia. 2.3 La Ley 10/2017, de 27 de diciembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas de Galicia. 3 La Ley 9/2021, de 25 de febrero, de simplificación administrativa y de apoyo a la reactivación económica de Galicia. 3.1 Entidades de colaboración ambiental. 3.2 Nuevas funcionalidades de las entidades de certificación de conformidad municipal. 4 Reflexiones conclusivas.

1 Preliminar: la Directiva de servicios en el origen

Es posible afirmar que ninguna norma comunitaria ha incidido tanto, en los últimos tiempos, en el derecho administrativo económico de los Estados miembros de la Unión Europea como la Directiva de servicios¹ (Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la libre prestación de servicios en el mercado interior –frecuentemente aludida como Directiva Bolkestein–), pues no solamente “desde sus orígenes, la Unión Europea constituye una comunidad de Derecho”², sino que autores como OTTO BACHOF o JÜRGEN SCHWARZE han llegado a afirmar que “el Derecho de la Comunidad Europea está compuesto por reglas de derecho administrativo y, sobre todo, de derecho administrativo económico”³.

La Directiva de servicios se aprueba con la finalidad de dar cumplimiento a los principios de “libertad de establecimiento” y de “libertad de prestación”, formulados

¹ Afirma, al respecto, MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 21, 2009, p. 3, que “nunca una directiva comunitaria había tenido tanta ambición regulatoria, ni había afectado de modo tan general a las prácticas administrativas enraizadas en los Estados miembros”.

² Cfr. CALONGE VELÁZQUEZ, A., “El artículo 7 del Tratado de la Unión Europea: un mecanismo de protección del Estado de Derecho. Análisis crítico de su contenido”, Guayo Castiella, Í. del y Fernández Carballal, A. (coords.), *Los desafíos del Derecho Público en el Siglo XXI. Libro conmemorativo del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2019, p. 129.

³ Se cita a estos autores a través de CALONGE VELÁZQUEZ, A., “El artículo 7 del Tratado de la Unión Europea: un mecanismo de protección del Estado de Derecho. Análisis crítico de su contenido”, cit., p. 129; y de CALONGE VELÁZQUEZ, A., “El concepto de Administración Pública en la Unión Europea: Administración pública nacional y Administración pública comunitaria”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 19, 2010, p. 11.

respectivamente en los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y para la consecución de este ambicioso objetivo el principal instrumento que prevé consiste en la sustitución generalizada de la autorización como régimen prevalente de intervención en las actividades de servicios (art. 9.1.º).

Ahora bien, siendo este el núcleo central de la Directiva Bolkestein, la propia norma comunitaria arbitra otras medidas para alcanzar sus objetivos, de entre las cuales es ahora relevante al objeto de nuestro estudio la relativa a la “simplificación de los procedimientos”, respecto de la cual dice el artículo 5.1.º: “Los Estados miembros verificarán los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio. Cuando los procedimientos y formalidades estudiados de conformidad con este apartado no sean lo suficientemente simples, los Estados miembros los simplificarán”.

Es cierto que el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios es amplio⁴, como se pone de manifiesto en su considerando 33⁵, pero no ilimitado⁶, y también es contrastable que rápida y progresivamente sus postulados se han extendido a otros ámbitos competenciales de las administraciones públicas que inicialmente no entraban dentro de su objeto.

El método elegido por la Administración general del Estado para transponer la Directiva de servicios⁷ ha consistido en lo que el Consejo de Estado⁸ ha llamado transposición en dos niveles: en primer lugar, se ha procedido a aprobar una ley horizontal (“Ley paraguas” –Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio–) para incorporar al ordenamiento jurídico estatal los principios rectores de la norma europea; y con posterioridad,

⁴ Vid. al respecto PARICIO RALLO, E., “Cuestiones jurídicas sobre la aplicación de la Directiva de Servicios”, *Cuadernos de Derecho Local QDL*, n. 21, 2009, p. 140.

⁵ “En la presente directiva, el concepto de «servicio» incluye actividades enormemente variadas y en constante evolución; entre ellas se cuentan las siguientes: servicios destinados a las empresas, como los servicios de asesoramiento sobre gestión, servicios de certificación y de ensayo, de mantenimiento, de mantenimiento de oficinas, servicios de publicidad o relacionados con la contratación de personal o los servicios de agentes comerciales. El concepto de servicio incluye también los servicios destinados tanto a las empresas como a los consumidores, como los servicios de asesoramiento jurídico o fiscal, los servicios relacionados con los inmuebles, como las agencias inmobiliarias, o con la construcción, incluidos los servicios de arquitectos, la distribución, la organización de ferias o el alquiler de vehículos y las agencias de viajes. Los servicios destinados a los consumidores quedan también incluidos, como los relacionados con el turismo, incluidos los guías turísticos, los servicios recreativos, los centros deportivos y los parques de atracciones, y, en la medida en que no estén excluidos del ámbito de aplicación de la directiva, los servicios a domicilio, como la ayuda a las personas de edad. Estas actividades pueden constituir al mismo tiempo servicios que requieren una proximidad entre prestador y destinatario, servicios que implican un desplazamiento del destinatario o del prestador y servicios que se pueden prestar a distancia, incluso a través de internet”.

⁶ Así, el artículo 2.2.º de la directiva establece que no se aplicará a las actividades siguientes: los servicios no económicos de interés general; los servicios financieros; los servicios sanitarios; los servicios de seguridad privados; etc.

⁷ Objeto de ciertas críticas doctrinales, como la realizada por PAREJO ALFONSO, L., “La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 6, 2009, pp. 39-41, que ha considerado la Ley paraguas como una ley redundante e innecesaria, pues supone una reiteración de los mandatos y principios recogidos en la directiva de servicios; o la expuesta por URRUTIA LIBARONA, I., “Cuestiones competenciales derivadas del proceso de incorporación de la Directiva de Servicios”, Nogueira López, A. (dir.), *La Termita Bolkestein, Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 55, que se llega a preguntar si resultaba necesaria la Ley paraguas, para concluir que “el efecto principal que se buscaba con la aprobación de la misma radica no tanto en la plena incorporación de la Directiva de servicios, cuanto en la voluntad del legislador de dirigir y condicionar el ulterior proceso de revisión normativa”.

⁸ Dictamen 99/2009, de 18 de marzo.

aunque prácticamente de modo simultáneo, se aprobó una “Ley ómnibus” (Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009).

Esta Ley ómnibus ya adelanta, en el sentido expuesto, en qué medida los principios de la Directiva de servicios se pueden extender, desde los inicios de incorporación de esta norma europea al derecho interno, a ámbitos distintos de aquellos que constituyen su propio objeto. Es paradigma de ello la modificación que hace, en el ámbito local, del artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL), para disponer (entre otras novedades) que “las entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: c) sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”; precepto este último de la Ley 30/1992 que, introducido igualmente por la “Ley ómnibus”, definía y determinaba, con carácter general para todas las administraciones públicas, el alcance de las declaraciones responsables y de las comunicaciones previas (regulación hoy contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, que deroga a la anterior Ley 30/1992).

A partir de estas dos leyes “paraguas” y “ómnibus”, se produce una transposición “en cascada” de la Directiva de servicios, en los numerosos ámbitos sectoriales influidos por la norma europea⁹, tanto por parte del Estado como por parte de las comunidades autónomas. Ya que, aunque desde algún sector doctrinal “se ha tratado de justificar el práctico monopolio estatal en la transposición de directivas recurriendo a la vinculación de las materias reguladas vía directiva con aspectos económicos y la consiguiente existencia, señalada por el Consejo de Estado, de amplios títulos en materia económica”¹⁰, como son señaladamente bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica *ex* artículo 149.1.13.^a CE, legislación mercantil *ex* artículo 149.1.6.^a CE, legislación civil *ex* artículo 149.1.8.^a, *et alt.*, no por ello deja de ser efectivo el “principio de no alteración competencial” en la incorporación del derecho de la Unión Europea a los ordenamientos internos de los Estados miembros. Así, el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 28 de mayo de 1992¹¹, ha dicho que “el Estado no puede ampararse por principio en su competencia exclusiva sobre las relaciones internacionales (art. 149.1.3.^a CE) para extender su ámbito competencial a toda actividad que constituya desarrollo, ejecución o aplicación de los convenios y

⁹ Sobre las dificultades de la transposición de la Directiva de servicios en un “Estado multidescaralizado” como el nuestro, ya alertó RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios: panorámica general y balance de su transposición en España”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 317, 2011, p. 8.

¹⁰ *Vid.* DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “La transposición de las Directivas que inciden en la regulación económica: la utilización del título competencial del artículo 149.1.13 CE”, Arzo 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 de Estudis Autonòmics, Barcelona, 2013, p. 245.

¹¹ Conflictos positivos de competencia acumulados números 1.081/1986 134/1987, 168/1987, 805/1987, 1.111/1987, 1.113/1987, 1.329/1987, 333/1988, 967/1988, 1.171/1988, 1.759/1988, 1.760/1988, 1.891/1988, 125/1989 y 1.692/1989.

tratados internacionales y, en particular, del derecho derivado europeo. Si así fuera, dada la progresiva ampliación de la esfera material de intervención de la Comunidad Europea, habría de producirse un vaciamiento notable del área de competencias que la Constitución y los estatutos atribuyen a las comunidades autónomas”.

La Comunidad Autónoma de Galicia también aprueba su ley “ómnibus”, la Ley 1/2010, de 11 de febrero, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, y a partir de esta transposición de primer nivel¹² sucesivamente va aprobando diversas leyes y reglamentos tendentes a incorporar los mandatos de la Directiva de servicios al ordenamiento jurídico autonómico, con el objetivo, por tanto, de dar entrada, allí donde sea posible, a los regímenes de comunicación previa o declaración responsable (como sustitutivos de la tradicional licencia o autorización¹³), y, en definitiva, de simplificar los procedimientos, puesto que estos títulos habilitantes alternativos a la licencia o autorización suponen también una simplificación de los procedimientos administrativos¹⁴.

Al mandato de simplificación contenido en la Directiva de servicios, se orienta la regulación de las entidades de certificación de conformidad municipal y las entidades de colaboración, dentro del proceso de transición de “una Administración autorizadora a una Administración comprobadora”¹⁵, que implica la norma comunitaria, y a su marco normativo, alcance y evolución dedicaremos las siguientes líneas.

2 Las entidades de certificación de conformidad municipal

Con carácter general, la doctrina defiende que la habilitación para el ejercicio de potestades públicas de control, inspección y certificación por parte de entidades privadas solamente puede ser acordada por el legislador, por cuanto suponen una

¹² Es necesario destacar un precedente, la Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 10/1988, de 20 de julio, de ordenación del comercio interior de Galicia, que, en todo caso, supuso una tímida adaptación a la Directiva de servicios, toda vez que sigue estableciendo una generalizada sujeción a licencia municipal para la apertura de todo establecimiento comercial. Puede verse al respecto PÉREZ GONZÁLEZ, C., “Comentarios sobre la transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Galicia, en la apertura de establecimientos comerciales”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 6, 14 de abril de 2010, p. 875.

¹³ Más allá de los intentos académicos por deslindar ambas figuras, con frecuencia “autorización” y “licencia” se emplean anfibológicamente, pues, como afirma LAGUNA DE PAZ, J.C., *La autorización administrativa*, Thomson Civitas, 1.ª ed., Cizur Menor, 2006, p. 52, “son indistintamente utilizados por las normas, aparentemente, sin más criterio que la rutina de su aplicación a unos u otros sectores (...) [y] todos ellos se refieren a la misma técnica de intervención administrativa, para la que, de manera genérica, reservamos la calificación de autorización”.

¹⁴ En este sentido, NEVADO-BATALLA, P., “Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio”, Rivero Ortega, R. (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 174-177, apunta que uno de los paradigmas de la simplificación administrativa de la Directiva de servicios consiste en el limitado empleo de la técnica autorizatoria.

¹⁵ Cfr. NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La Administración comprobadora: Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, Nogueira López, A. (dir.), *La Termita Bolkestein, Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 99.

traslación de funciones públicas hacia entes privados¹⁶, sin que por tanto resulte suficiente una mera delegación contractual.

Las entidades de certificación de conformidad municipal se regulan por primera vez en la Comunidad Autónoma de Galicia en la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia (LECG), cuyo estudio procede seguidamente.

2.1 La Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia

Se ha llegado a afirmar que la liberalización que articula la Directiva de servicios ha contribuido a depurar los excesos derivados de un largo intervencionismo de la Administración, muchas veces acrítico y mecánico¹⁷, pero también es cierto, al mismo tiempo, que la certidumbre que genera la licencia o autorización administrativa desaparece en aras de una mayor celeridad¹⁸, trasladando al ciudadano responsabilidades hasta entonces inherentes a la Administración autorizante.

En este contexto liberalizador, la LECG crea las entidades de certificación de conformidad municipal (ECCOM), “para dar seguridad jurídica al interesado, a terceros y a la propia Administración (...), en aras de que la instalación, implantación o ejercicio de cualquier actividad económica, empresarial, profesional, industrial o comercial pueda realizarse en el menor tiempo posible (...)”¹⁹.

El artículo 47.1 de la LECG las define como “aquellas que, después de haber sido autorizadas por la Administración, teniendo capacidad plena de obrar y actuando bajo su responsabilidad, se constituyan con la finalidad de desarrollar en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia actuaciones de certificación, verificación, inspección y control de la conformidad de instalaciones, establecimientos y actividades con la normativa de aplicación en el ámbito municipal y que dispongan de los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para realizarlas, de acuerdo con la presente ley y lo que se establezca reglamentariamente”.

El ámbito de aplicación de las ECCOM viene dado, lógicamente, por el objeto de la LECG, al cual alude en su artículo 1, para afirmar, por un lado, que “constituye el objeto de la presente ley la definición de un marco específico en la Comunidad Autónoma de Galicia que incentive la creación e implantación de empresas y su

¹⁶ Cfr. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV. La actividad regulatoria de la Administración*, Ministerio de la Presidencia-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 256; ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 173. Por su parte, LAGUNA DE PAZ, J.C., “Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación”, *Revista de Administración Pública*, n. 185, mayo-agosto 2011, pp. 99-100, considera que la externalización de estas funciones es una técnica de gestión, y su objeto no es, por lo tanto, la competencia administrativa ni su ejercicio, de tal modo que “se produce un repliegue de la intervención pública, que se sitúa aguas arriba”.

¹⁷ Vid. FERNÁNDEZ TORRES, J.R., “Significado y fundamentos de la Directiva de Servicios”, Aguado i Cudolá, V. y Noguera de la Muela, B. (dirs.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, p. 55.

¹⁸ Vid. MARNOTES GONZÁLEZ, A., “La Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia. Aspectos urbanísticos y entidades de certificación de conformidad municipal (ECCOM)”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 51, enero-junio 2016, p. 264.

¹⁹ Vid. exposición de motivos, apartado 8.

posterior desarrollo, a través de la generación de cultura emprendedora, la formación, la flexibilización de los trámites administrativos, la ampliación de los plazos de validez de los permisos (...)” (apartado 1), y, por otro lado, que “también es objeto de la presente ley la regulación del régimen jurídico y de los instrumentos de intervención administrativa aplicables a la instalación y apertura de establecimientos y al ejercicio de actividades económicas (...)” (apartado 2).

Así pues, las ECCOM van a actuar en dos ámbitos acotados: uno primero, coincidente con las tradicionalmente llamadas “licencias de actividad”, que el artículo 23 de la LECG afirma que se suprimen “con carácter general”, cuando lo cierto es que procede a su supresión “absoluta”, no “general”, y un segundo ámbito, determinado por los espectáculos públicos y actividades recreativas. Ya que, en efecto, y de acuerdo con este artículo 23 citado (incardinado en el título III, capítulo I), constituye el objeto de la LECG “la instalación, implantación o ejercicio de cualquier actividad económica, empresarial, profesional, industrial o comercial”, y a su vez, de acuerdo con el capítulo III del título I de la propia ley, también es objeto de la norma “los espectáculos públicos y las actividades recreativas”, definiendo los primeros como “las representaciones, exhibiciones, actuaciones, proyecciones, competiciones o audiciones de concurrencia pública, de carácter artístico, cultural, deportivo o análogo” (art. 39.1), y las segundas como “aquellas que ofrecen al público, espectadores o participantes, actividades, productos o servicios con fines de ocio, recreo o entretenimiento” (art. 39.2).

En cuanto a sus funcionalidades, el artículo 49.1 de la LECG declara que “las entidades de certificación de conformidad municipal (ECCOM) certificarán, verificarán, inspeccionarán o controlarán si la instalación, implantación o ejercicio de cualquier actividad, económica, empresarial, profesional, industrial o comercial, es conforme con la normativa sectorial y con la aplicable en el municipio en donde se realicen o pretendan realizar”, completando esta disposición el apartado 2 del propio artículo 49 al afirmar que “en sus actuaciones, las ECCOM podrán emitir certificados, actas, informes y dictámenes, que podrán ser asumidos por la Administración pública competente sin perjuicio de sus competencias”.

Estas previsiones del artículo 49 no resultan suficientes por sí mismas para configurar adecuadamente el alcance de las funciones que pueden asumir las ECCOM, ya que, cuando el artículo 47.3 de la propia LECG establece que “las ECCOM serán las únicas responsables frente a las administraciones públicas del contenido de sus certificaciones, verificaciones, inspecciones y controles de la conformidad, sustituyendo su actuación la responsabilidad de los demás interesados”, puede deducirse que estas entidades de certificación de conformidad municipal solamente van a poder actuar por cuenta de los interesados que pretendan solicitar una licencia municipal o presentar una comunicación previa o declaración responsable, cuando lo cierto es que esta es una de las posibilidades de actuación que tienen, pero no la única; por eso, las previsiones de la LECG deben ser estudiadas a la luz del desarrollo reglamentario llevado a cabo por el Decreto 144/2016, de 22 de septiembre, que aprueba el Reglamento único de regulación integrada de actividades económicas y apertura de establecimientos en Galicia (RIAE).

Regap

ESTUDIOS

2.2 El Decreto 144/2016, de 22 de septiembre, que aprueba el Reglamento único de regulación integrada de actividades económicas y apertura de establecimientos en Galicia

El RIAE, aprobado por Decreto 144/2016, de 22 de septiembre, diferencia dos funciones de las ECCOM: por un lado, las de certificación de conformidad municipal, y, por otro lado, y como complemento a las previsiones de la LECG, las de colaboración con la Administración municipal.

Por lo que respecta a las funciones de certificación de conformidad municipal, la principal nota distintiva viene dada por el carácter voluntario o potestativo para los interesados en presentar una comunicación previa o solicitar una licencia ante la Administración municipal.

Así lo pone de manifiesto el artículo 50.2 del RIAE cuando afirma que “las personas interesadas en presentar una comunicación previa o una solicitud de licencia ante la Administración municipal en el ámbito de aplicación de este reglamento pueden dirigirse a la entidad de su elección, dentro de las que estén habilitadas para desarrollar actuaciones de certificación de conformidad municipal en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, con el fin de solicitar la realización de la función de certificación de conformidad respecto de la instalación, establecimiento, actividad u obra que vaya a ser objeto de la comunicación previa o de la solicitud de licencia”.

Este carácter potestativo ha sido corroborado jurisprudencialmente, al hilo de la actuación de este tipo de entidades en el ámbito municipal de Madrid. Así, la relevante Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2011²⁰ resuelve el recurso interpuesto por la Asociación de Empresarios de Espectáculos, Salas de Fiestas, Discotecas y Ocio, que impugna la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid por la que se establece el régimen de gestión y control de las licencias urbanísticas de actividades, aprobada por el Pleno de dicho Ayuntamiento en sesión ordinaria de 29 de junio de 2009, que impone la intervención obligatoria y adicional de un tercero, manteniendo además la intervención de los servicios municipales, de tal modo que establece un control doble por las Entidades de Colaboración en la Gestión de las Licencias Urbanísticas (ECGLU) y el por el Ayuntamiento (...). Y la pretensión anulatoria es acogida por el Tribunal Superior de Justicia.

Recurrida en casación la anterior sentencia, el recurso es desestimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de diciembre de 2013²¹, en la cual se afirma, entre otros fundamentos de derecho, que: “el sistema que arbitra la ordenanza causa indefensión pues el particular cuando no obtenga el certificado de conformidad, debe primero iniciar una reclamación ante la Entidad Colaboradora, ante la desestimación de esta reclamación debe dirigirse al Ayuntamiento, en el supuesto de que la Administración desestime su reclamación deberá acudir a la vía judicial. En caso de ser estimatoria la sentencia en vía judicial, la parte lo único que habrá obtenido tras todo este largo peregrinaje será un certificado,

²⁰ Recurso 701/2009.

²¹ Recurso de casación 2564/2011.

que no licencia, de que la actividad es conforme a derecho. Y nuevamente debe dirigirse al Ayuntamiento para solicitar la licencia, licencia que podría ser denegada, y así nuevamente tendría que iniciar un nuevo recurso contencioso-administrativo. Este sistema causa indefensión al particular porque el Ayuntamiento con ocasión de la instrucción del procedimiento tiene que emitir necesariamente los informes técnico y jurídico sobre la conformidad del acto o el uso pretendidos con la ordenación urbanística aplicable...”.

La segunda característica distintiva de las funciones de certificación municipal a realizar por las ECCOM viene dada por el hecho de que las potestades de inspección y comprobación municipal no quedan enervadas por aquellas competencias de certificación. Dice en este sentido el artículo 53.3.º del RIAE que “el contenido de los certificados de conformidad no tiene carácter vinculante para los servicios técnicos municipales ni para los órganos municipales con competencia en la materia”. De forma tal que la Administración municipal no puede declinar sus responsabilidades de comprobación y de inspección, pues sigue siendo la competente para declarar la adecuación y suficiencia documental del título habilitante (licencia o comunicación previa) y, en definitiva, para declarar la conformidad a derecho de la actuación pretendida.

Por otra parte, y en cuanto atañe a las funciones de colaboración con la Administración municipal, la pretendida seguridad jurídica que ofrece a los ayuntamientos viene determinada por las previsiones del artículo 39 del RIAE, que atribuye a las ECCOM dos funciones al respecto: “colaboración en el ejercicio de las competencias de comprobación e inspección de instalaciones, establecimientos, actividades y obras destinadas a una actividad económica” y “control periódico de la conformidad de las instalaciones, establecimientos, actividades y edificaciones o construcciones destinadas a una actividad económica con la normativa aplicable en el ámbito municipal”.

Si en sus funciones de certificación las ECCOM están encaminadas a ofrecer seguridad jurídica a los particulares en la presentación u obtención de los títulos habilitantes necesarios para la realización de las actividades objeto de la LECG, y su contribución a ello se pretende principalmente mediante una sustitución de la responsabilidad (además, lógicamente, del asesoramiento que ello conlleva), en el caso de las funciones de colaboración con la Administración más que contribuir a dar seguridad jurídica a la actividad municipal, que por otra parte está obligada a conseguirla a través de sus propios servicios, lo que implica es una externalización de funciones, más acusada si cabe en períodos de crisis, debido a los inherentes déficits de personal y medios para cumplir con las mencionadas potestades obligatorias²².

²² Vid. ANTELO MARTÍNEZ, A.R., “Actividades recreativas y espectáculos públicos en la Comunidad Autónoma de Galicia: luces y sombras de un cambio de paradigma”, *La Administración Práctica*, cuaderno 8, agosto de 2017, p. 79.

2.3 La Ley 10/2017, de 27 de diciembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas de Galicia

A través de la Ley 10/2017, de 27 de diciembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas de Galicia (LEPAR), el legislador autonómico aprueba una regulación integral y, por tanto, más omnicompreensiva en esta materia respecto de la que ofrecía la LECG, primera norma con rango de ley que abordó los espectáculos públicos y actividades recreativas en nuestra comunidad autónoma²³.

Sin embargo, y en lo que a los títulos habilitantes se refiere, opta por modificar la LECG, en lugar de incorporar al texto de su articulado las modificaciones que se considerasen oportunas, lo cual tiene una extraordinaria relevancia, pues, atendiendo a la interpretación sistemática de las normas, habrá que acudir en esta materia no solamente a la LEPAR, sino también a la LECG.

De esta manera, y aun cuando la LEPAR no regula la participación de las ECCOM en su ámbito de aplicación, no es menos cierto que estas entidades continúan reguladas en la LECG, la cual sigue siendo de aplicación a los espectáculos públicos y actividades recreativas. Además, y si bien el Decreto 144/2016 desarrolla reglamentariamente a la Ley de emprendimiento y competitividad, también es cierto que, en cuanto no se oponga a ella, constituye un reglamento de aplicación y desarrollo de la Ley de espectáculos públicos y actividades recreativas.

Todo ello plantea al menos dos cuestiones teóricas, de relevancia práctica, que debemos abordar. Por un lado, el cambio de título habilitante alternativo a la licencia en la LEPAR, ya que se pasa de la comunicación previa a la declaración responsable, sin más explicación en la exposición de motivos de la norma. Por otro lado, y derivado de ello, el régimen de verificación y, en su caso, declaración de ineficacia que prevé el RIAE con respecto a las comunicaciones previas, título habilitante previsto por la LECG al tiempo de aprobarse este reglamento de desarrollo.

Por lo que atañe a la primera de las cuestiones, de acuerdo con el artículo 40.1 de la LECG (modificado por la LEPAR): “Con carácter general, la apertura de los establecimientos abiertos al público en que se desarrollen espectáculos públicos o actividades recreativas y la organización de espectáculos públicos y actividades recreativas están sometidas al régimen de declaración responsable. No obstante, por razones de interés general vinculadas al orden, seguridad y salud públicas y protección del medio ambiente, se exigirá la obtención de licencia municipal o autorización autonómica en los supuestos establecidos en el siguiente artículo”. En su redacción originaria este precepto establecía, como se ha adelantado, un régimen de comunicación previa para estas actividades, con las excepciones de aquellas sometidas a licencia (*numerus clausus*, antes y ahora).

El paso de un régimen de comunicación previa a un régimen de declaración responsable puede inducir a error, máxime cuando la opción del legislador autonómico, hasta el momento, había sido generalizadamente en favor de la comunicación previa

²³ Vid. ANTELO MARTÍNEZ, A.R., *Las verbenas populares en Galicia: régimen de intervención municipal*, Escola Galega de Administración Pública, Xunta de Galicia, 1.ª ed., Santiago de Compostela, 2019, pp. 32-33.

(actividades recreativas y espectáculos públicos, urbanismo, comercio ambulante, etc.). Si bien es cierto que la doctrina ya había advertido desde el momento inicial de transposición de la Directiva de servicios, que quizás ambas técnicas fueran intercambiables, y que lo verdaderamente relevante es la sustitución generalizada de la licencia o autorización como técnica de intervención en las actividades de servicios²⁴.

Ahora bien, el RIAE prevé la actuación de las ECCOM en los supuestos de presentación de comunicaciones previas o de solicitud de licencias ante la Administración municipal (art. 39), no en el caso de presentación de declaraciones responsables, omisión (o antinomia) que se explica por la opción inicial del legislador por la comunicación previa. Esta antinomia debe resolverse mediante una interpretación teleológica del precepto, a la vista de la modificación operada por la LEPAR en la LECG, lo cual conecta con la segunda cuestión relevante objeto de análisis, que es la referida a la verificación de las comunicaciones previas (art. 15 del RIAE), así como a la eventual declaración de ineficacia en caso de incumplimiento de los requisitos necesarios para alcanzar su fin (arts. 17 y siguientes del RIAE), y que plantea idénticos problemas de omisión de la regulación de las declaraciones responsables y, asimismo, idéntica solución a la apuntada.

Las ECCOM pueden seguir actuando, por tanto, en el ámbito de las actividades recreativas y espectáculos públicos tras la entrada en vigor de la LEPAR, pero las divergencias regulatorias sobrevenidas con respecto a las previsiones iniciales de la LECG exigen una reflexión de *lege ferenda* en orden a la adaptación del RIAE para regular expresamente sus funciones de certificación de conformidad municipal en los supuestos de licencia y de comunicación previa (ya previstos), así como en los de declaraciones responsables a presentar ante la Administración municipal (no previstos expresamente).

3 La Ley 9/2021, de 25 de febrero, de simplificación administrativa y de apoyo a la reactivación económica de Galicia

La Ley 9/2021, de 25 de febrero, de simplificación administrativa y de apoyo a la reactivación económica de Galicia (LSAG), regula por primera vez en nuestra comunidad autónoma las entidades de colaboración ambiental, al tiempo que establece nuevas funcionalidades para las estudiadas entidades de certificación de conformidad municipal.

El objeto de la LSAG está vinculado, en su artículo 1, a la reactivación económica poscovid, estableciendo para ello una simplificación administrativa en el marco competencial autonómico que favorezca la implantación y funcionamiento de iniciativas empresariales en Galicia.

²⁴ Vid. MUÑOZ MACHADO, S., "Las transformaciones del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas", *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, julio-diciembre 2010, pp. 104-105; y LÓPEZ MENUDO, F., "La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa", *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, julio-diciembre 2010, pp. 123-125.

Su ámbito de aplicación será el referido a “las iniciativas empresariales que se desarrollen en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia” (art. 3.1), considerándose “iniciativa empresarial todo tipo de inversión que tenga como finalidad desarrollar una actividad económica, mediante la implantación de un proyecto, la creación de una nueva empresa o el establecimiento o la ampliación, la modificación o la diversificación de una empresa o de un establecimiento existentes” (art. 3.2).

Nótese que su ámbito de aplicación puede ser coincidente, e incluso más amplio que el de la LECG, en lo que se refiere a la instalación, implantación o ejercicio de cualquier actividad económica, empresarial, profesional, industrial o comercial, pero también en cierta medida divergente en lo que atañe a las actividades recreativas y espectáculos públicos, ya que no todas ellas tienen un contenido económico, exigencia inicial de la LSAG para su operatividad.

Veamos en qué medida ello afecta al ámbito de actividad de las entidades de colaboración ambiental y a las nuevas funciones atribuidas a las entidades de certificación de conformidad municipal.

3.1 Entidades de colaboración ambiental

Decíamos que la exigencia “inicial” para la aplicación de la LSAG es que estemos en presencia de una iniciativa empresarial y, por tanto, que haya un contenido económico. Sin embargo, como ampliación de ese ámbito, la propia LSAG establece en su artículo 3.3 que, “no obstante lo anterior, las previsiones sobre la racionalización de procedimientos de evaluación ambiental serán de aplicación a todos los planes, programas o proyectos cuya evaluación ambiental sea de competencia autonómica”. Y precisamente dentro de la racionalización de estos procedimientos de evaluación ambiental (título II, capítulo II de la LSAG) se encuadran las “entidades de colaboración ambiental” (sección 5.^a), de tal forma que estas entidades de colaboración van a poder actuar en todo tipo de tramitaciones ambientales cuya evaluación corresponda a la Comunidad Autónoma de Galicia, con independencia de que la exigencia del trámite ambiental esté o no vinculada a una iniciativa empresarial *stricto sensu*.

Cataluña ha sido pionera en la creación de este tipo de entidades de colaboración ambiental, a través de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración ambiental, que afirmaba en su preámbulo que, “en cuanto a los sistemas de control de las actividades, la presente ley establece un régimen de controles periódicos determinados en el acto de autorización, y se encarga su ejecución a entidades colaboradoras de la Administración, determinadas legalmente y debidamente acreditadas; todo ello sin perjuicio de lo que puedan hacer las administraciones competentes”, norma hoy derogada por la vigente Ley 20/2009, de 4 de diciembre, que sigue reconociendo a estas entidades de colaboración ambiental y que, a su vez, es desarrollada por el Decreto 60/2015, de 28 de abril, sobre las entidades colaboradoras de medio ambiente.

En Galicia, la LSAG define en su artículo 41.1 las entidades de colaboración ambiental como aquellas “entidades dotadas de personalidad jurídica y plena capacidad

de obrar que (...) desarrollan en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia las siguientes actuaciones, en la forma que se determine reglamentariamente: a) verificación de la conformidad con la normativa aplicable de los planes, programas y proyectos que se vayan a someter a evaluación ambiental; b) colaboración en la tramitación de los procedimientos de evaluación ambiental, en particular en la realización de los trámites de información pública y consultas y en el análisis técnico de los expedientes; c) colaboración en el seguimiento de los pronunciamientos ambientales; d) colaboración en las funciones de inspección ambiental.

A expensas del desarrollo reglamentario, el elenco de funciones que se atribuye a las entidades de colaboración ambiental permite deducir dos tipos de actividades que pueden desarrollar, coincidentes con las ECCOM.

Por un lado, las de certificación de conformidad ambiental, ya que explícitamente el punto 2 del mismo artículo 41 de la LSAG determina que, “en sus actuaciones, las entidades de colaboración ambiental podrán emitir certificados, actas, informes o dictámenes, que podrán ser asumidos por la Administración pública competente (...)”. Recuerda este mismo precepto que estas actuaciones “no pueden sustituir las potestades públicas de inspección, comprobación, control y sanción”. Ahora bien, de acuerdo con la regulación que la LECG hace de las ECCOM, es también necesario recordar las garantías que estas entidades de colaboración ofrecen a particulares y empresas en las tramitaciones ambientales, ya que “son las únicas responsables frente a las administraciones de sus actuaciones, que sustituirán la responsabilidad de las demás personas interesadas”.

Por otro lado, el segundo tipo de actividades que pueden realizar estas entidades son las de colaboración con la Administración ambiental, tanto en las funciones de inspección como incluso en la tramitación, particularmente en los trámites de información pública, consultas y análisis técnico de la documentación incorporada al procedimiento correspondiente.

La colaboración en la inspección, en cuanto implica ejercicio de autoridad, ha planteado controversias²⁵, siendo ilustrativa respecto al valor que deba otorgarse a dichas inspecciones realizadas por entidades colaboradoras la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 29 de enero de 1998²⁶, en la cual, tras la alegación de la parte demandante referida a que solo las actuaciones de la inspección pueden dar lugar a la incoación de posteriores expedientes sancionadores, no así las efectuadas, como en el caso, por las entidades colaboradoras, objeta la sala que “en el caso de autos dicha entidad colaboradora actuó por encargo de la Administración demandada. De otra parte, el Decreto 230/1993, de 6 septiembre, establece en su artículo 1 que el ejercicio de las funciones públicas de inspección y control que corresponden al Departamento de Medio Ambiente, en el ámbito de la protección del medio ambiente, podrán realizarse, entre otras, a través de entidades privadas acreditadas a las que se encomiende...”, concluyendo que, “a

²⁵ En el ámbito doctrinal, diversas opiniones de los autores son recogidas por NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La Administración colaboradora: Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, cit., pp. 115-117.

²⁶ Recurso 250/1995.

la vista de todo ello, debe reiterarse la doctrina ya sentada por esta Sala y Sección, entre otras en las Sentencias 678 y 304, de 25 septiembre 1995 y de 18 abril de 1997, respectivamente, en el sentido de que «(...) los datos de hecho obtenidos en las inspecciones y los resultados de las medidas de emisión de contaminantes obtenidos por dichos organismos no gozan de la presunción de certeza, pero sí que ofrecen, por la cualificación técnica de quienes los emiten y la objetividad que deben seguir en su actuación, garantías suficientes como para que puedan ser valorados por los tribunales como medios de prueba cuya destrucción requiere, bien demostrar irregularidades en la obtención y valoración de los datos, bien la aportación de pruebas que, por contraste con aquéllas, pongan en duda su eficacia».

Esta previsión jurisprudencial resultaría aplicable al alcance de las funciones de inspección que puedan realizar tanto las entidades de colaboración ambiental como las entidades de certificación de conformidad municipal.

3.2 Nuevas funcionalidades de las entidades de certificación de conformidad municipal

La LSAG prevé nuevas y significadas funcionalidades para las entidades de certificación de conformidad municipal, respecto de las establecidas en su creación por parte de la LECG (antes estudiadas), y también respecto de las previstas en la propia LSAG para las entidades de colaboración ambiental.

Estas novedades se contienen en el artículo 54, que exige un estudio pormenorizado de sus apartados, en la medida en que extiende la actuación de las ECCOM al ámbito urbanístico, al tiempo que les atribuye competencias hasta ahora inexistentes. Veamos con qué alcance.

Dice este artículo 54, en su punto 1: “Las solicitudes de licencia y las comunicaciones que tengan por objeto actos de edificación o de uso del suelo o del subsuelo, para la implantación de las iniciativas empresariales y para las actuaciones de desarrollo de suelo empresarial o residencial, podrán presentarse acompañadas de una certificación de conformidad a la legalidad urbanística y al planeamiento aplicable, emitida por una entidad de certificación de conformidad municipal de las previstas en el capítulo IV del título III de la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia”.

El precepto regula dos supuestos diferenciados. Uno primero, referido a las licencias o comunicaciones previas urbanísticas vinculadas a iniciativas empresariales, entendiéndose por estas iniciativas, de acuerdo con el artículo 3 de la misma LSAG, tal y como estudiamos anteriormente, todas las referidas al desarrollo de actividades económicas, coincidiendo al menos, por tanto, con el objeto de la LECG, y con el objeto de la LEPAR en tanto las actividades y espectáculos regulados en ella tengan alcance económico (pues no todas tienen por qué tenerlo).

Interesa recordar que el artículo 24.2 de la LECG establece que, “si para el desarrollo de la actividad es precisa la realización de una obra, la documentación anterior –es decir, la exigida para el inicio de actividad o la apertura del establecimiento– se

presentará con la comunicación previa prevista en la normativa urbanística o con la solicitud de licencia de obra, si procediese. Una vez terminada la obra, se presentará comunicación previa para el inicio de actividad”; y, a su vez, el artículo 40.4 de la propia LECG (modificado por la LEPAR) se pronuncia en idénticos términos para el caso de espectáculos públicos y actividades recreativas.

Quiere ello decir que, hasta ahora, vigentes exclusivamente la LECG y la LEPAR, cuando el inicio de actividades profesionales, comerciales, empresariales..., o la realización de actividades recreativas y espectáculos públicos, requiriesen al mismo tiempo la obtención de una licencia urbanística o la presentación de una comunicación previa ante la Administración municipal, las ECCOM podían realizar funciones de certificación de conformidad municipal con respecto a las actividades, pero no con respecto a la actuación urbanística, sin perjuicio de la primigenia obtención del título habilitante urbanístico. Ahora, en cambio, con la LSAG las actuaciones de certificación de conformidad municipal de las ECCOM pueden abarcar ambos aspectos, tanto la actividad propiamente dicha como las obras necesarias para implantar esa actividad.

El segundo supuesto que regula este precepto, desvinculado de aquellas actividades empresariales, y propiamente urbanístico, es el referido (y limitado) a las actuaciones de desarrollo de suelo empresarial o residencial, desarrollo de suelo de carácter residencial que, si bien implica una indeterminación jurídica, es cierto que no parece englobar cualquier actuación urbanística objeto de una licencia o comunicación directa para llevar a cabo una edificación con dichos fines residenciales, sino que parece aludir a un procedimiento de gestión del suelo con tales finalidades.

El punto 2 del artículo 54 de la LSAG que ahora estudiamos, por su parte, dice: “Cuando una solicitud de licencia urbanística se presente acompañada de una certificación de conformidad en los términos establecidos por este artículo, los informes técnicos y jurídicos municipales sobre la conformidad de la solicitud con la legalidad urbanística previstos por el artículo 143.2 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia, serán facultativos y no preceptivos”.

Una primera matización del precepto es necesaria. Aun cuando no lo dice expresamente, la interpretación sistemática lleva a considerar que la solicitud de licencia urbanística a la que alude ha de estar vinculada a la implantación de iniciativas empresariales o a actuaciones de desarrollo de suelo empresarial o residencial, pues, de lo contrario, las funciones de certificación de las ECCOM se extenderían sin límite a cualquier actividad urbanística o edificatoria, y el primer punto del artículo 54 carecería de sentido.

Hecha esta primera aclaración, la novedad de calado viene determinada por el alcance de la certificación de conformidad municipal, ya que el precepto establece, por excepción a la regla general prevista en la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (LSG), que los informes técnicos y jurídicos, siempre preceptivos en el caso de licencias, pasen a ser facultativos, ya que, en efecto, el artículo 143.2, párrafo segundo, de la LSG declara expresamente que “para el otorgamiento de la licencia solicitada serán preceptivos los informes técnicos y jurídicos municipales sobre su conformidad con la legalidad urbanística”.

Regap

ESTUDIOS

¿Para quién pasan a ser facultativos estos informes técnicos y jurídicos: para quien los debe emitir, los funcionarios, o para el órgano resolutorio?

De la literalidad del artículo 54.4 de LSAG (“En los supuestos indicados en los apartados anteriores, el órgano municipal competente podrá otorgar la licencia asumiendo la certificación de conformidad a la legalidad urbanística y al planeamiento aplicable de la entidad de certificación de conformidad municipal que acredite expresamente que el proyecto ha sido sometido a esa verificación”) parece deducirse que estos informes tienen carácter facultativo para el órgano resolutorio municipal, no para los titulares de los servicios jurídicos y técnicos, que se pueden ver apartados del procedimiento de otorgamiento de estas licencias.

La relevancia de estos informes municipales ha sido asumida por la jurisprudencia, como pone de manifiesto, *v. gr.*, la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga, de 3 de febrero de 2020²⁷, cuando afirma que “nos encontramos, sencillamente, ante una licencia de obras, de carácter reglado, que es otorgada por el alcalde de plano, sin solicitud previa del interesado, y con flagrante omisión de un trámite esencial, que convierte el procedimiento en inidentificable, como es la emisión de los preceptivos informes por los servicios municipales, que tienen por objeto comprobar que la obra proyectada, de considerables dimensiones (un edificio con un local comercial, dos almacenes y zona de cajas, para venta de productos de bricolaje, jardinería, decoración y materiales de construcción, de más de diez mil metros cuadrados, y doscientas ochenta y seis plazas de aparcamiento en el exterior), se adecuaba a la legalidad urbanística. Al omitirse tales informes la Administración municipal hizo completa dejación de la actividad administrativa de intervención que debía desplegar antes de otorgar la licencia urbanística dirigida a comprobar (...) que la actuación se adecuaba a la ordenación territorial y urbanística vigente”.

En la misma línea, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 2013²⁸, considera que “el Ayuntamiento con ocasión de la instrucción del procedimiento tiene que emitir necesariamente los informes técnico y jurídico sobre la conformidad del acto o el uso pretendidos con la ordenación urbanística aplicable, emitidos por los correspondientes servicios municipales o, en su caso, los de la organización pública establecida a efectos de cooperación (...)”.

Por otra parte, y entrando en el estudio del artículo 54.3 de la LSAG, este apartado dispone: “En el caso regulado en el número anterior –es decir, solicitud de licencia urbanística acompañada de una certificación de conformidad municipal–, el plazo de resolución del procedimiento será de un mes, contado desde la presentación de la solicitud con la documentación completa, incluida la certificación de conformidad, en el registro del ayuntamiento, con las excepciones previstas en el artículo siguiente”.

En aras de la simplificación administrativa, y tomando en consideración el instaurado carácter potestativo de los informes técnicos y jurídicos, se reduce notablemente el plazo de resolución del procedimiento de otorgamiento de estas licencias

²⁷ Recurso 2844/2018.

²⁸ Recurso de casación 2564/2011.

urbanísticas, que pasa de los tres meses que con carácter general prevé la LSG (art. 143.2) a un mes.

Además, una nueva excepción a este plazo, para establecer uno aún más reducido de quince días naturales, se contempla en el artículo 55 de la LSAG, en cuatro supuestos tasados: a) Las obras que se realicen en los establecimientos de hostelería y turísticos con el fin de aumentar el distanciamiento social o adecuar las instalaciones a los protocolos sanitarios o a las normas que regulen las limitaciones o las restricciones de carácter sanitario, siempre que no supongan un aumento del volumen edificado y tengan carácter de rehabilitación, adecuación o reestructuración de los servicios, y se desarrollen en el interior de las edificaciones, incluyendo en este concepto, cuando exista concesión o autorización, la cobertura de las terrazas mediante instalaciones desmontables (...); b) Los proyectos de instalaciones de producción eléctrica y de autoconsumo a partir de fuentes renovables, incluyendo sus infraestructuras de evacuación, en cuyo procedimiento de autorización sustantiva energética haya sido consultado el ayuntamiento afectado cuando se le solicite informe preceptivo y vinculante, así como las instalaciones de distribución eléctrica de baja tensión; c) Actos de uso del suelo o del subsuelo incluidos en aquellos proyectos de iniciativas empresariales para los que se apruebe un proyecto sectorial para la adecuación del uso del suelo a las infraestructuras o instalaciones que se implanten; d) En los casos de solicitud de licencia urbanística en el suelo empresarial, cuando el ayuntamiento haya emitido informe previo y favorable en los trámites ambientales o urbanísticos de desarrollo de esa categoría de suelo.

Por último, y si hasta aquí el artículo 54 de la LSAG aludía a los supuestos sujetos a licencia urbanística, también este precepto contiene una regulación excepcional, con respecto a la general de la LSG, en cuanto al régimen de las comunicaciones previas urbanísticas que entren dentro de su ámbito de aplicación, al disponer en su punto 5: “Cuando una comunicación urbanística se presente acompañada de la documentación exigida en la legislación del suelo y de una certificación de conformidad en los términos establecidos por este artículo, habilitará con efectos inmediatos desde su presentación en el registro del ayuntamiento para la realización del acto de uso del suelo o del subsuelo que constituya su objeto, sin perjuicio de las posteriores facultades de comprobación, control e inspección por parte del ayuntamiento respectivo”.

El precepto plantea algunos interrogantes. Recordemos previamente que la LSG en su artículo 146.2 establece: “Dentro de los quince días hábiles siguientes a la comunicación, el ayuntamiento, sin perjuicio de la comprobación del cumplimiento de los requisitos, podrá declarar completa la documentación presentada o requerir la subsanación de las deficiencias que presentase la documentación, adoptando en este caso, motivadamente, las medidas provisionales que entienda oportunas para evitar toda alteración de la realidad en contra de la ordenación urbanística aplicable, comunicándolas a la persona interesada por cualquier medio que permita acreditar su recepción.

Con carácter general, transcurrido el plazo de quince días hábiles señalado, la presentación de la comunicación previa cumpliendo con todos los requisitos exigidos

Regap

ESTUDIOS

constituye título habilitante para el inicio de los actos de uso del suelo y del subsuelo sujetos a la misma, sin perjuicio de las posteriores facultades de comprobación, control e inspección por parte del ayuntamiento respectivo”.

Por tanto, se establece novedosamente una eficacia inmediata de la comunicación previa, frente a los quince días hábiles fijados por la legislación urbanística, plazo durante el cual el ayuntamiento puede, con carácter general, comprobar la exactitud documental y, en su caso, requerir la subsanación y adoptar medidas cautelares que impidan consolidar situaciones urbanísticas o edificatorias.

Ciertamente, la nueva regulación de la LSAG se asemeja a la prevista para la implantación de actividades en el artículo 25 de la estudiada LECG, que habilita al particular para el inicio de dichas actividades o para la apertura de establecimientos desde el mismo momento de la presentación de la documentación ante el ayuntamiento, pero con una divergencia sustancial, ya que, en efecto, este precepto alude solamente a las actividades propiamente dichas, de tal forma que, cuando el inicio de actividad o la apertura de establecimiento exijan una comunicación previa urbanística, el régimen aplicable previamente era el de la LSG, y, por tanto, con eficacia de dicha comunicación demorada al transcurso de quince días hábiles, como exige el citado artículo 146.2 de la LSG y el artículo 24.2 de la propia LECG, lo cual permitiría no solamente una calificación documental previa y la posibilidad de requerir la subsanación, sino que también contribuía a impedir que se consolidasen situaciones urbanísticas o edificatorias que pudiesen resultar contrarias a la legislación o al planeamiento urbanístico.

4 Reflexiones conclusivas

En el contexto jurídico establecido por la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la libre prestación de servicios en el mercado interior, las entidades de colaboración y certificación nacen para ofrecer seguridad jurídica, en sus respectivos ámbitos de aplicación, a los particulares interesados, a la Administración pública y a los terceros que puedan verse afectados por el procedimiento administrativo correspondiente, todo ello con la vista puesta en la simplificación administrativa que la norma europea impone en las actividades de servicios.

El mandato comunitario de simplificación y su traslación al ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma de Galicia, en los términos plasmados en este trabajo, exigen unas reflexiones finales, alineadas con lo estudiado y tomando como referencia para ello la posición de la Administración, de los particulares interesados y de los eventuales terceros afectados.

Es fácil compartir que las entidades de certificación de conformidad municipal y las entidades de colaboración ambiental pueden contribuir a dar seguridad jurídica a la Administración cuando realizan funciones de “colaboración”, las cuales se asemejan, aunque con mayor extensión, sin duda, a las que puedan encomendarse a empresas privadas a través de un contrato de servicios, con arreglo a la Ley 9/2017,

de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y que en ningún caso sustituyen el ejercicio de potestades públicas.

Mayor complejidad plantea la posible “subrogación” en el ejercicio de funciones atribuidas a funcionarios públicos, como sucede con las nuevas funcionalidades que la Ley 9/2021, de 25 de febrero, de simplificación administrativa y de apoyo a la reactivación económica de Galicia, atribuye a las entidades de certificación de conformidad municipal, cuando permite que sus certificados puedan ser asumidos por los órganos resolutorios municipales para otorgar determinadas licencias urbanísticas o de obras, vinculadas a la implantación de iniciativas empresariales, sin necesidad de emitirse los informes técnicos y jurídicos, preceptivos con carácter general, de acuerdo con la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia.

Es cierto que se cumple con la exigencia de habilitación legal para atribuir funciones de certificación, control e inspección que la doctrina venía pautando, pero también es cierto que estas nuevas funcionalidades son algo más que una “colaboración”, pues constituyen una “traslación” de funciones públicas a entidades privadas, con una determinación de responsabilidad por su ejercicio, pero fuera de la protección que ofrece, y exige, la Constitución española en su artículo 103, al preceptuar que “la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales (...)”.

Desde el punto de vista de los particulares que pretenden un título habilitante para el desarrollo de las actividades empresariales comprendidas en la referida Ley 9/2021, de 25 de febrero; en la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, de emprendimiento y competitividad económica de Galicia; y en la Ley 10/2017, de 27 de diciembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas de Galicia, no cabe duda de que las entidades de certificación y colaboración coadyuvan a la seguridad jurídica de tales emprendedores, especialmente cuando el título habilitante necesario para la actividad es la comunicación previa o la declaración responsable, pero también la Administración pública está obligada a ofrecer a los particulares seguridad jurídica, con carácter previo a las actuaciones que se propongan desarrollar, pues no debe olvidarse la centralidad del artículo 53 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, referido a los derechos del interesado en el procedimiento administrativo, entre los cuales está el de “obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar” (apartado f).

En cuanto a la pretendida seguridad jurídica que las actuaciones de estas entidades colaboradoras pueden ofrecer a los terceros perjudicados, o interesados, en el procedimiento administrativo, es dudosa, particularmente (de nuevo) en el caso de que el título habilitante para la actividad sea la comunicación previa o la declaración responsable.

En efecto, si estos títulos habilitantes alternativos a la licencia constituyen un acto jurídico del particular, esta naturaleza jurídica no se desvirtúa por la certificación emitida por estas entidades colaboradoras, de tal forma que la verdadera seguridad jurídica para terceros viene dada por la intervención administrativa funcional,

Regap

ESTUDIOS

que concluya con un acto de comprobación y, en su caso, aunque no preceptivo, sí posible, con un acto administrativo de validación de la comunicación previa o de la declaración responsable presentada, por parte del órgano administrativo municipal competente. Este acto administrativo (o, en su caso, el derivado de una actuación inspectora o de una declaración de ineficacia) abre para terceros interesados la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, vedada en el caso de actos jurídicos privados del particular.

Bibliografía

- ANTELO MARTÍNEZ, A.R., “Actividades recreativas y espectáculos públicos en la Comunidad Autónoma de Galicia: luces y sombras de un cambio de paradigma”, *La Administración Práctica*, Cuaderno 8, agosto de 2017.
- ANTELO MARTÍNEZ, A.R., *Las verbenas populares en Galicia: régimen de intervención municipal*, Escola Galega de Administración Pública, Xunta de Galicia, 1.ª ed., Santiago de Compostela, 2019.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A., “El concepto de Administración Pública en la Unión Europea: Administración pública nacional y Administración pública comunitaria”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 19, 2010.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A., “El artículo 7 del Tratado de la Unión Europea: un mecanismo de protección del Estado de Derecho. Análisis crítico de su contenido”, Guayo Castiella, Í. del y Fernández Carballal, A. (coords.), *Los desafíos del Derecho Público en el Siglo XXI. Libro conmemorativo del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2019.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “La transposición de las Directivas que inciden en la regulación económica: la utilización del título competencial del artículo 149.1.13 CE”, Arzo 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 de Estudis Autonòmics, Barcelona, 2013.
- ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- FERNÁNDEZ TORRES, J.R., “Significado y fundamentos de la Directiva de Servicios”, Aguado i Cudolá, V. y Noguera de la Muela, B. (dirs.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012.
- LAGUNA DE PAZ, J.C., *La autorización administrativa*, Thomson Civitas, 1.ª ed., Cizur Menor, 2006.
- LAGUNA DE PAZ, J.C., “Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación”, *Revista de Administración Pública*, n. 185, mayo-agosto 2011.
- LÓPEZ MENUDO, F., “La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, julio-diciembre 2010.

- MARNOTES GONZÁLEZ, A., “La Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia. Aspectos urbanísticos y entidades de certificación de conformidad municipal (ECCOM)”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 51, enero-junio 2016.
- MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 21, 2009.
- MUÑOZ MACHADO, S., “Las transformaciones del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, julio-diciembre 2010.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV. La actividad regulatoria de la Administración*, Ministerio de la Presidencia-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- NEVADO-BATALLA, P., “Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio”, Rivero Ortega, R. (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La Administración comprobadora: Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, Nogueira López, A. (dir.), *La Termita Bolkestein, Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.
- PAREJO ALFONSO, L., “La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 6, 2009.
- PARICIO RALLO, E., “Cuestiones jurídicas sobre la aplicación de la Directiva de Servicios”, *Cuadernos de Derecho Local QDL*, n. 21, 2009.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C., “Comentarios sobre la transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Galicia, en la apertura de establecimientos comerciales”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 6, 14 de abril de 2010.
- RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios: panorámica general y balance de su transposición en España”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 317, 2011.
- URRUTIA LIBARONA, I., “Cuestiones competenciales derivadas del proceso de incorporación de la Directiva de Servicios”, Nogueira López, A. (dir.), *La Termita Bolkestein, Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

Regap

ESTUDIOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_julio-diciembre 2021 | pp. 319-335
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4856>
© Ignacio Álvarez Rodríguez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 02/11/2021 | Aceptado: 16/12/2021

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

De que falamos cando falamos
de constitucionalismo feminista?

¿De qué hablamos cuando hablamos de constitucionalismo feminista?

62 Regap

What are we talking about
when we talk about feminist
constitutionalism?

Regap

ESTUDIOS

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
Profesor contratado doctor (E.R.I.) de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

<https://orcid.org/0000-0001-6873-7269>

ialvarez1@ucm.es

Resumo: Este texto é un estudo acerca do paradigma denominado constitucionalismo feminista. Para tal fin, abórdanse o concepto e os caracteres da noción, para estudar posteriormente a súa axenda. A continuación, analízanse algúns modelos comparados que dean paso a determinados criterios xerais sobre os seus contornos en España, abrochando o traballo cun exame crítico do paradigma que finaliza cunha reflexión final a xeito de conclusión.

Palabras clave: Constitución, feminismo, constitucionalismo feminista, pluralismo.

Resumen: El presente texto es un estudio acerca del paradigma denominado constitucionalismo feminista. A tal fin, se abordan el concepto y los caracteres de la noción, para estudiar posteriormente su agenda. A continuación, se analizan algunos modelos comparados que den paso a determinados criterios generales sobre sus contornos en España, abrochando el trabajo con un examen crítico del paradigma que finaliza con una reflexión final a modo de conclusión.

Palabras clave: Constitución, feminismo, constitucionalismo feminista, pluralismo.

Abstract: This text is a study about the paradigm called feminist constitutionalism. To this end, the concept and characteristics of the notion are addressed to later study its agenda. Next, some comparative models are analyzed that give way to some general criteria about Spain, closing the work with a critical examination of the paradigm that ends with a final reflection as a conclusion.

Key words: Constitution, feminism, feminist constitutionalism, pluralism.

SUMARIO: 1 A modo de introducción. 2 Concepto y caracteres. 3 Agenda. 4 Modelos comparados. 5 Breve referencia a España. 6 Examen crítico. 7 A modo de conclusión.

1 A modo de introducción

La presente investigación traza una cartografía del constitucionalismo feminista basada en dos polos. Por un lado, el pluralismo inherente a la idea feminista y, por otro, la consecuencia que tiene unirla al ámbito del derecho. A resultas de ello, se decanta el constitucionalismo feminista, alumno aventajado de los feminismos jurídicos y paradigma dotado de un contorno teórico cada vez más reconocible cuya agenda se centra en la elaboración, desarrollo igualitario y enmienda de las constituciones, secciones a las que seguirá el estudio de algunos proyectos comparados y una referencia al caso español, testando sus posibilidades y límites desde una perspectiva crítica constructiva que desemboca en las conclusiones de cierre¹.

2 Concepto y caracteres

El constitucionalismo feminista sería el movimiento jurídico-político que pretende orientar la Constitución con perspectiva de género. Qué sea tal perspectiva es cosa que se discute con ardor en la Academia. Siguiendo al profesor DE LORA, se podrían distinguir cuatro acepciones: como razón o conocimiento situado o privilegiado; como recordatorio sobre las mujeres determinantes en el avance del conocimiento o en la lucha por la conquista social que han sido injustamente ignoradas; como forma de especificar ciertos principios o nociones compartidas; y/o como toma en consideración de ciertas realidades supuestamente distintivas de las mujeres². Asumiendo que esa perspectiva se intenta llevar *in toto* al texto constitucional, resulta interesante partir de lo que dijo OWEN FISS hace tiempo, a saber, que el feminismo es una teoría de la igualdad antes que una teoría del derecho, lo que significa, en líneas generales, que sus éxitos vendrán antes de combatir la discriminación por razón de sexo que de erigirse en una teoría con pretensiones normativas holísticas³.

¹ Véase la reciente monografía de ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Crítica del constitucionalismo feminista*, Atelier, Barcelona, 2020.

² Vid. DE LORA, P., *Lo sexual es político (y jurídico)*, Alianza, Madrid, 2019, pp. 251 y ss.

³ Así lo defiende FISS, O., "¿Qué es el feminismo?", *Doxa*, n. 14, 1993, p. 335. Según algunas voces, en España ya se puede hablar de una escuela feminista de derecho constitucional, red de trabajo que se inserta en el feminismo jurídico y que se basa en un examen crítico de la realidad jurídico-constitucional, "sujetándose a una serie de objetivos científicos que también asumen una dimensión política clara". Así lo expresa GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., "Las escuelas de derecho constitucional españolas en el marco de la crisis constitucional presente", *IberIConnect*, 30 de septiembre de 2021. Acceso web: <https://www.ibericonnect.com>

A la luz de las investigaciones recientes en la materia, existen diversos enfoques a la hora de conjugar la Constitución con las ideas feministas. Dicho con otras palabras: para conocer cuáles son las características de este paradigma, debemos estar a lo que dicen los diversos feminismos jurídicos. El punto de partida es el *feminismo liberal*. Si el objetivo es garantizar que las mujeres puedan desarrollar libremente su vida conforme dicten sus propios criterios, el marco idóneo es el del constitucionalismo, claro está. La Constitución protege la libertad y así ha sido siempre. Otro tanto puede decirse respecto de la igualdad, noción esta algo más problemática porque su origen no tiene que ver con las ciencias sociales, sino con las matemáticas (el único lugar donde es indiscutible que uno más uno *es igual* a dos). A pesar de ello, las constituciones suministran diversas herramientas que permiten conquistar espacios no discriminatorios mediante políticas públicas *ad hoc*⁴.

Por el contrario, el *feminismo de la diferencia* plantea más problemas. Dado que parte de una naturaleza mítica del ser humano “mujer”, parece demandar una sociedad paralela donde hombres y mujeres subsistan en compartimentos estancos. El problema se plantea *ex ante*: la mitad o más de los seres humanos vivirán separados, por lo que quizá haría falta otra Constitución y, de momento, no se conoce una sociedad con dos constituciones. Dicho con otras palabras, cuando se trata de divisiones políticas básicas, siempre es necesario cierto grado de abstracción, generalización y universalidad que nos incluya a todos, no compartimentos estancos⁵. En sus versiones más radicales, sublima los problemas hasta cotas casi imposibles de tratar porque impugna tanto la sociedad como lo que esta produce, sean normas, instituciones, políticas o decisiones. La razón que alegan es que los centros de poder son ejemplo de la dominación masculina *heteropatriarcal*. Por ende, ninguna ley, tampoco la Constitución, podrá “liberar a la mujer”. Suelen considerar que toda expresión normativa es correa de transmisión del patriarcado, cuya principal virtud es blindarse mediante un complejo aparato de prácticas, normas, instituciones que impiden su reforma⁶.

Cuando se da cabida al *feminismo de la diversidad*, los problemas no desaparecen. Se intenta demoler, dicho en corto, la noción de ciudadanía, en aras de cada una de las diferencias que los humanos tienen y, sobre todo, quieran crearse para hacer de ellas un *leitmotiv* político de primer orden en torno a colectivos atomizados y que vivan de espaldas los unos de los otros⁷.

MOUNK, politólogo que enseña en la Universidad de Harvard, lo ha dejado por escrito con una claridad meridiana que merece reproducirse literalmente: “La única sociedad que puede tratar a todos sus miembros con respeto es aquella en la que cada

ibericonnect.blog/2021/09/las-escuelas-de-derecho-constitucional-espanolas-en-el-marco-de-la-crisis-constitucional-presente/ (octubre de 2021).

⁴ Véase el exhaustivo estudio que realiza REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

⁵ La importancia de las ficciones para el buen gobierno y desarrollo de nuestras sociedades es bastante obvia. *Vid.* HARARI, Y.N., *Homo Deus*, Debate, Barcelona, 2016, pp. 194 y ss.

⁶ *Vid.* ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Crítica del constitucionalismo feminista*, cit., pp. 51 y ss.

⁷ Véase el exhaustivo repaso que hace de estas y otras muchas cuestiones de la agenda feminista posmoderna DOMÍNGUEZ, I., *Del iluminismo a Matrix. Una historia del relativismo moderno*, Akal, Madrid, 2021, pp. 238 y ss.

individuo goce de derechos individuales basados en su condición de ciudadano, no en su pertenencia a ningún grupo particular”⁸.

Lo que antes se entendía que garantizaba unos derechos y deberes de forma no discriminatoria ahora es objeto de crítica porque *esconde* las identidades que subjetivamente las personas deseen crearse. Defienden, así, una no-ciudadanía o, en el mejor de los casos, una ciudadanía sexuada, *queer*, centrada en las disidencias sexuales. Nada que objetar, muy al contrario: las personas son libres de definirse como estimen oportuno; de hecho, nuestras sociedades y nuestros sistemas jurídicos dan cabida a tales preocupaciones, tal y como anota, desde la sana discrepancia, la doctrina⁹.

Nuestras colegas feministas nos dirán que para adecuar la Constitución a sus tiempos debemos incluir la perspectiva de género¹⁰. Las propuestas son, también aquí, de todo tipo y condición, pero nos quedamos con la de MACKINNON¹¹. Para la jurista norteamericana resulta difícilmente discutible que las mujeres no han participado en los procesos constituyentes ni han redactado las constituciones; tampoco los hombres las tuvieron en cuenta a la hora de hacerlo. Por eso toda Constitución demoliberal no es sino trasunto de una forma de entender el mundo propia de esos varones liberales de las clases pudientes. Siendo la ley la forma de poder social por excelencia, la Constitución, en cuanto norma jurídica suprema, se ha convertido en objeto de deseo, precisamente por ser la que establece los lineamientos básicos de la convivencia¹².

Según MACKINNON, el constitucionalismo feminista debe basarse en principios alternativos a los tradicionales (¿?). Si se ha entendido bien su propuesta, estos serían los siguientes. En primer término, debe enfrentarse honestamente a la dominación masculina; esto es, no dudar de que las cosas son así y no de otra manera. El principio capital para ello es la igualdad real, no la “meramente formal”, a plasmar tanto en la Constitución como en el orden social. En segundo término, se debe ser sensible al contexto, pero no dejarse llevar por argumentos esencialistas –si las mujeres son diferentes o iguales a los hombres– ni tampoco por argumentos propios del relativismo cultural –cada cultura y toda cultura merece respeto por el mero hecho de serlo–. En tercer término, ninguna esfera queda sustraída a la acción pública. La jurista no acepta, lisa y llanamente, que exista algo parecido a “lo privado”, porque todo es (y debe ser según su visión) político.

⁸ MOUNK, Y., *El pueblo contra la democracia. Por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*, Paidós, Barcelona, 2018, p. 25.

⁹ Vid. JIMÉNEZ CAMPO, J., “Acotaciones sumarias sobre el «derecho a la diferencia» de trato”, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (coord.), *Democracia constitucional y diversidad cultural*, CEPC, Madrid, 2017, pp. 11-28; y PENDÁS, B., *Democracias inquietas. Una defensa activa de la España constitucional*, Ediciones Nobel, Oviedo, 2015, pp. 268 y ss.

¹⁰ Véanse los trabajos compilados en BAINES, B., BARAK-EREZ, D. y KAHANA, T. (eds.), *Feminist Constitutionalism. Global Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 2012; y en RUBIO-MARÍN, R. e IRVING, H. (eds.), *Women as constitution-makers: case studies from the new democratic era*, Cambridge University Press, New York, 2019.

¹¹ Vid. MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Valencia, 1995 (1.ª ed.: 1989). El texto donde dice “actualizar” ese pensamiento es en MACKINNON, C., “Foreword”, Baines, B., Barak-Erez, D. y Kahana, T. (eds.), *Feminist Constitutionalism. Global Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 2012, pp. IX y ss.

¹² Entre nosotros puede verse Rubio Marín, R., “Mujeres y procesos constituyentes contemporáneos: retos y estrategias de participación”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 187, 2020, pp. 43-69.

Por razones similares, la académica norteamericana no cree que exista el *libre consentimiento* como consenso entre voluntades porque el patriarcado opresivo lo impide. Dicho con otras palabras, la mujer no tiene poder ni para disentir ni para ejercer un poder que contrarreste o cambie el resultado final. Un constitucionalismo feminista debe partir de la base de que el Estado y la ley son trasunto de la hegemonía social masculina, por lo que se debe atajar tanto causa como consecuencia. Es decir, siempre y cuando estemos entendiendo bien la propuesta de MACKINNON, el derecho debería someterse a profundas reformas (objeto a transformar) y ser, a su vez, la principal herramienta para lograrlo (sujeto reformador). Es complicado entender que el mismo fenómeno jurídico sea causa y consecuencia, más allá de dar pábulo a pulsiones ideológicas que conducen hasta aguas tan procelosas.

3 Agenda

Se puede distinguir tres grandes áreas de influencia del constitucionalismo feminista: la elaboración, la implementación y la eventual enmienda de la Constitución¹³. Respecto al momento de elaborar la Constitución, se defiende que los trabajos que el poder constituyente elabore en forma de borradores, discusiones y textos preliminares tienen que ser contrastados con las exigencias de género. Suele circunscribirse en torno a tres cuestiones. En primer lugar, esta línea de investigación se interroga acerca de si hubo o no mujeres representantes en tales asambleas¹⁴. En segundo lugar, dicha línea analiza si las mujeres pudieron desarrollar propuestas en defensa de los “intereses de las mujeres”. En tercer lugar, dicha escuela pretende analizar si las mujeres consiguieron avances significativos en materia igualitaria, bien en forma de artículos incorporados al texto constitucional, bien en forma de debates sobre cuestiones igualitarias que hasta ese momento habían permanecido ocultos en la esfera pública.

En lo que hace a la implementación de la Constitución, son diversos los asuntos a tratar. El proyecto constitucional se aplica paulatinamente a la agenda feminista y viceversa. Destacan, con mucho, tres ámbitos (sobre la base de las medidas igualitarias básicas implementadas a comienzos de los años ochenta, fundamento de todo lo que ha venido después): la integración del principio de no discriminación en el ámbito laboral; las medidas enfocadas a mejorar los índices de presencia femenina en las instituciones políticas; y la lucha contra la violencia de género. Más allá de las vicisitudes que acontecen en cada una de esas realidades, la igualdad de género sigue bien presente en nuestras políticas públicas. Lo cierto y verdad es que eso solamente

¹³ Los estudios comparados de casos más recientes se encuentran en RUBIO-MARÍN, R. e IRVING, H (eds.), *Women as constitution-makers: case studies from the new democratic era*, cit.

¹⁴ En España tenemos una línea de investigación que ha llegado a la conclusión de que, efectivamente, la implicación femenina en las Cortes Constituyentes fue residual, aunque se haya acreditado más raigambre en los movimientos políticos y sociales que se manifestaron extramuros del Congreso. *Vid.* SEVILLA MERINO, J. (dir.), *Las mujeres parlamentarias en la legislatura constituyente*, Cortes Generales, Madrid, 2006. También puede verse GAHETE MUÑOZ, S., “Los debates del movimiento feminista ante el proyecto constitucional y la Constitución: de la unión a la separación”, *Historia Contemporánea*, n. 62, 2020, pp. 187-218.

puede suceder cuando hay una Constitución normativa que lo sigue siendo, no cuando esta se cuartea para hacer pasar por norma lo que no es sino un postulado político¹⁵.

En lo tocante a la enmienda de la Constitución, los principios son en esencia los mismos que en el momento de hacer *ex novo* una Constitución: las mujeres deben estar presentes en el proceso constituyente (formal y material), porque eso garantiza la visibilidad simbólica y la defensa efectiva de los intereses femeninos en el texto enmendado, amén de un impacto cierto y tangible en temas que, aunque no acaben siendo objeto de reforma constitucional, pueden servir de guion sobre el que debatir en el futuro. El ejemplo paradigmático más reciente lo tenemos de la mano de Chile, país que al cierre de estas líneas se encuentra en pleno debate de reforma constitucional y que mediante la Ley n. 21.216, de Paridad de Género para el Proceso Constituyente de 2020, exige la representación equilibrada de mujeres y hombres en la Convención Constituyente. El porcentaje exigido por dicha norma es de 50 % de mujeres y 50 % hombres en circunscripciones electorales que reparten número par de escaños y de 50 % + 1 en caso de circunscripciones impares¹⁶.

4 Modelos comparados

Centrándonos en el primero de ellos, algunos estudios comparados demuestran que la participación de las mujeres es altamente positiva y no menos necesaria¹⁷. Analizando los procesos constituyentes de Afganistán, Colombia, Kenia y Nicaragua, y sin dejar de lado aspectos puntuales de los que tuvieron lugar en Sudáfrica y Ruanda, se extraen diversas lecciones y tendencias. Somos conscientes de que la maniobra puede ser intelectualmente arriesgada en la medida en que se entremezclan modelos que tienen poco que ver entre sí, por no decir nada, pero ese es el terreno de juego que plantean estos estudios y a ellos nos sometemos¹⁸.

Tales estudios demostrarían que la voz de las mujeres influye en el contenido final del texto constitucional. En Sudáfrica, por ejemplo, la Constitución se elabora con lenguaje neutro desde la perspectiva de género con una única excepción: a la hora de hablar de derecho de sufragio pasivo reconoce que “mujeres y hombres” son elegibles, precisamente para evitar invisibilizar y perpetuar el estereotipo de que la mujer es una intrusa en lo público. El avance es loable, sin duda, como no menos

¹⁵ Vid. BLANCO VALDÉS, R., *Luz tras las tinieblas. Vindicación de la España constitucional*, Alianza, Madrid, 2018; VENTURA FRANCH, A. y GARCÍA CAMPÁ, S. (dirs.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018; REY MARTÍNEZ, F., “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de Derecho Político*, n. 100, 2017, pp. 125-171; y ZOCO ZABALA, C., “Igualdad entre mujeres y hombres tras 40 años de Constitución Española”, *Revista de Derecho Político*, n. 100, 2017, pp. 211-256.

¹⁶ Vid. CABRERA TAPIA, R., “Chile ante el proceso constituyente”, *bie3. Boletín IEEE*, n. 141, 2020, pp. 462-478. También véase DE LORA, P., “Constitución, feminismo y diversidad. El trilema del feminismo constitucional”, *Revista de Ciencias Sociales*, n. 77, 2020, pp. 101 y ss.

¹⁷ Se sigue aquí a KATZ, E., “Women’s Involvement in International Constitution-Making”, Baines, B., Barak-Erez, D. y Kahana, T. (eds.), *Feminist Constitutionalism. Global Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 2012, pp. 205 y ss.

¹⁸ Esta tendencia ha sido anotada por FREIXÉS, T., “La máscara y la manipulación. Interrogantes acerca de cómo afrontar el debate sobre el sexo/género”, Tey, M. (ed.), *Hombres y sombras. Contra el feminismo hegemónico*, Economía Digital, Barcelona, 2020, p. 40.

constatable es que desde hace muchas décadas rige en todos los países demoliberales sin excepción.

Además, la participación de las mujeres pone sobre el tapete cuestiones que hasta el momento nunca habían formado parte del debate público. Esto se aprecia especialmente en el caso de Nicaragua y Colombia con asuntos como el divorcio y el aborto. Aunque tuvieron diferente éxito a la hora de ser reconocidos constitucionalmente, eso ayudó a que temas adicionales y relacionados también fueran discutidos en público, creando un diálogo que ayudará en el futuro a que otros temas salgan a la luz. El argumento es relevante, pero tiene algo de voluntarista por cuanto la realidad jurídico-política de las democracias del siglo XXI suele discurrir por otros derroteros¹⁹.

Finalmente, estas realidades, interpretadas desde el postulado del constitucionalismo feminista, arrojarían indubitadamente un lema: la defensa de los derechos fundamentales para ellas supone un empoderamiento concreto y tangible que se satisface gracias a los procesos constituyentes y a su participación activa en ellos, momentos donde se privilegia que sectores sociales que hasta el momento se han mostrado políticamente inactivos den un paso al frente y discutan desde sus respectivas posturas qué y cómo se puede conseguir la igualdad. Es probable que las dinámicas sociales sean un poco más complicadas que todo eso, amén de que se detecta una tendencia creciente en varios países democráticos de contracción de las libertades más elementales, también cuando son las mujeres quienes participan. Eso que se ha llamado la tendencia *iliberal* de las democracias es un riesgo muy cierto que no parece haber sido paliado por el hecho de aumentar la presencia femenina en las instituciones (tampoco con la masculina, va de suyo)²⁰.

Esta línea dogmática nos dirá que para lograr una implicación influyente de las *madres constitucionales* se necesitan fundamentalmente dos ingredientes. Por un lado, la participación directa de las mujeres como representantes en la asamblea constituyente, así como en todas las comisiones de estudio y/o de trabajos preparatorios. El ejemplo de Sudáfrica sería óptimo, porque las manifestaciones de la *Women's League* desembocan en una Asamblea Constituyente compuesta de forma paritaria. Otro tanto puede decirse de Chile, país que, como hemos dicho en líneas anteriores, se encuentra en pleno proceso de reforma constitucional con una constituyente elegida con equilibrio de género. El contraejemplo quizá sería Colombia, donde solo participaron cuatro mujeres. Tres se identificaban como no-feministas y las cuatro dejaron claro no representar exclusivamente al colectivo femenino²¹.

Por otro, la formación de un grupo de mujeres a nivel nacional activo, organizado, e inclusivo, que aglutine las diversas tendencias y voces suele ser una necesidad defendida por el paradigma del constitucionalismo feminista. Dicho grupo debe estar formado por partidos políticos, asociaciones, movimientos políticos y sociales

¹⁹ Quien desee tomar contacto con una visión particularmente demoledora de la nuestra puede leer las obras de SOSA WAGNER, F. y FUERTES, M., *Panfleto contra la trapacería política. Nuevo Retablo de las Maravillas*, Editorial Triacastela, Madrid, 2021; y de NIETO, A., *Testimonios de un jurista 1930-2017*, INAP-Global Law Press, Madrid, 2017.

²⁰ Vid. MOUNK, Y., *El pueblo contra la democracia. Por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*, cit., pp. 18 y ss.

²¹ Vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Crítica del constitucionalismo feminista*, cit., pp. 76 y ss.

y organizaciones no gubernamentales, entre otros. Por supuesto que tampoco hay que olvidar lo que podríamos llamar “factores contextuales”, por cuanto escapan al control y al hacer de las madres constitucionales, pero pueden ser decisivos en el resultado final. Por ejemplo, la situación política debe ser estable y segura. Si es inestable e insegura, no es raro que, para apaciguar los ánimos, los que iban a ser derechos constitucionalmente reconocidos desaparecen del mapa en aras, precisamente, de calmar los ánimos. El ejemplo que ponen para ilustrar tal aserto es el de Palestina²².

5 Breve referencia a España

¿Qué ha sucedido en España? Para poder testar las opciones de nuestro constitucionalismo feminista, debemos abordar en primer lugar cómo ha calado la idea feminista en general en la sociedad española, dado que, siguiendo a CABALLÉ, es una idea que nunca ha caído de pie por estos lares²³. Nuestra autora resalta, en primer lugar, que el feminismo es un movimiento político y social que cuando empieza a despuntar lo hace con indisimulada vocación de resultar “femenino”²⁴. En segundo lugar, en esos momentos iniciáticos el feminismo carecía de modelos visibles que lo fomentaran, más allá de algunos personajes femeninos literarios que, por lo demás, estaban creados desde una visión netamente masculina. En tercer lugar, la autora destaca que nuestro feminismo se ha basado en la resistencia, entendida como una forma de acción desde dentro del sistema donde el sujeto en cuestión acepta la posición que ocupa y desde ella intenta conseguir avances para la causa. Muy ligado a esto, en cuarto lugar, destaca que nuestro feminismo ha sido más pragmático que teórico, donde ha unido más la lucha por determinadas conquistas (derecho al voto, reformas penales y civiles, independencia económica, lucha contra la violencia machista) que la formación de un cuerpo de ideas y teorías. En quinto lugar, detecta que el feminismo como tal nunca ha gozado de gran aceptación popular. De hecho, siguiendo a la profesora CABALLÉ: “La asociación del feminismo con el lesbianismo, la falta de atractivo físico, la ira, la estrechez de miras o la falta de feminidad ha perjudicado y mucho al movimiento, de tal modo que ha hecho difícil identificarse con él, sin que las mujeres quedaran impregnadas de sus estereotipos”²⁵.

Es interesante acercarse a esa vertiente pragmática, sobre todo porque se demuestra la dificultad de nuestro feminismo a la hora de canalizar las discrepancias internas hasta el punto de que llegaron a desgarrar el movimiento. En 1975, año que fue declarado Año Internacional de la Mujer, se constituye la Coordinadora de Organizaciones y Grupos de Mujeres a nivel nacional, cuyo principal cometido era el de realizar los

²² Vid. KATZ, E., “Women’s Involvement in International Constitution-Making”, cit., pp. 221 y 222.

²³ Véase también ZARAGOZA-MARTÍ, M.ª F., “La feminidad Disney: el desarrollo social de la mujer y sus consecuencias en la regulación constitucional”, *Barataria: revista castellano-manchega de ciencias sociales*, n. 27, 2020, pp. 88-99.

²⁴ Vid. CAMPOAMOR, C., “La mujer y su nuevo ambiente (la sociedad). Conferencia pronunciada en la Universidad Central en mayo de 1923”, Campoamor, C. (aut.), *El Derecho de la Mujer*, Comunidad de Madrid-Asociación Española Clara Campoamor, Madrid, 2007, p. 116.

²⁵ CABALLÉ MASFORROLL, A., *El feminismo en España: La lenta conquista de un derecho*, Catedra Ediciones, Madrid, 2013, pp. 13 y ss. La cita se encuentra en la p. 23.

trabajos preparatorios para la celebración de las *I Jornadas por la Liberación de la Mujer*, en diciembre de dicho año. Llegaron a asistir más de quinientas mujeres. Comenzó a despertar un movimiento que creció en las *II Jornadas* celebradas dos años después en Granada. Pero las disputas internas, sobre todo el eterno debate entre reforma o revolución, y los debates acaecidos en torno al borrador de Constitución caldearon el ambiente hasta el punto de que en las siguientes *Jornadas de 1979* el movimiento vivió una dolorosa ruptura, “por no saber asumir la pluralidad entre las diferentes posturas”²⁶. En 1980, con el debate de la doble/única militancia todavía candente, la escisión cuajó en las denominadas *I Jornadas de Feministas Independientes*.²⁷

El testimonio de las protagonistas de aquellos días narra cómo las diferentes asociaciones y organizaciones concedieron libertad de voto a las feministas que militaban en su seno para que pudieran manifestar qué opinaban sobre la Constitución. Y de todo hubo: mujeres que votaron *no* al texto, mujeres que votaron *sí*, y mujeres que se abstuvieron²⁸. A la luz de tales datos, no parece que la Norma fuera *tan* patriarcal. Además, el tiempo que ha pasado desde que entró en vigor, y los réditos que ha demostrado en aras de la convivencia de los españoles durante más de cuatro décadas, ha ido decantando una evaluación de la propia Constitución más amable, donde gana posiciones un feminismo liberal de la igualdad tanto en el debate como en las normas dictadas a su socaire²⁹.

En la década de los ochenta del pasado siglo la polémica se traslada al feminismo institucional en el marco del incipiente estado del bienestar que se pone en marcha en nuestro país: mientras que algunas voces defienden un feminismo posibilista, otras voces lamentan el vaciamiento del feminismo de calle, alertando del peligro de las subvenciones como mecanismo de control estatal. También tuvo su importancia ese feminismo académico que tanto debatió sobre el aborto, la violencia sexista, y sobre el conocido mantra *lo personal es político* (lo que conducía inevitablemente a normativizar todos los comportamientos privados)³⁰.

Llegaron los debates, en torno a finales de los noventa y principios de los dos mil, sobre las acciones positivas y las cuotas electorales, con opiniones para todos los gustos. Estos debates dieron paso, casi sin solución de continuidad, a cierta escora del movimiento que, bajo la etiqueta del constitucionalismo feminista, hacen de la Constitución el objeto de deseo de una eventual reforma *empoderadora* que nos cure de todos los males. Así, defienden la revisión total de nuestra Constitución siguiendo la perspectiva de género, con propuestas que superan con mucho el objeto de estas líneas y, a lo peor, la filosofía subyacente a toda norma constitucional demoliberal

²⁶ Vid. MONTERO, J., “Movimiento Feminista. Una trayectoria singular”, Egido, Á. y Fernández Asperilla, A. (eds.), *Ciudadanas Militantes Feministas*, Eneida, Madrid, 2011, pp. 239 y ss.

²⁷ Véase GAHETE MUÑOZ, S., “Los debates del movimiento feminista ante el proyecto constitucional y la Constitución: de la unión a la separación”, cit., pp. 200 y ss.

²⁸ PINEDA, E., “Las otras feministas: cuestiones pendientes en la España actual”, Egido, Á. y Fernández Asperilla, A. (eds.), *Ciudadanas Militantes Feministas*, Eneida, Madrid, 2011, pp. 249-272.

²⁹ Vid. BLANCO, D., “La mujer española en los albores del siglo XXI”, Egido, Á. y Fernández Asperilla, A. (eds.), *Ciudadanas Militantes Feministas*, Eneida, Madrid, 2011, pp. 273-281.

³⁰ Vid. MIYARES, A., *Democracia feminista*, Cátedra, Madrid, 2018, *pássim*.

que se precie³¹. Va de suyo que los tiempos que corren en pleno 2021 están marcando un punto de inflexión, pues se aprecia una querencia de ciertos poderes públicos a la hora de apostar por un feminismo posmoderno, líquido, fluido, *trans* y *queer* que ha despertado los recelos de amplias capas de la población y ha hecho dar la voz de alarma desde no pocas instituciones, entre ellas voces académicas de peso³².

Una constitucionalista como FREIXÉS, con una dilatada experiencia en la lucha por la igualdad en nuestro país, ha captado a la perfección el signo de los tiempos y los potenciales peligros que encierran ciertas propuestas. Como no se desea hurtar al lector su reflexión –la extensión y potencia del argumento lo merecen–, discúlpennos la larga cita que viene a continuación. Dice así nuestra jurista: “He dedicado casi cuarenta años a procurar que las normas jurídicas sobre las que he podido tener influencia no fueran discriminatorias, generasen avances hacia la igualdad real de mujeres y hombres y, sobre todo, estuvieran dotadas de suficientes garantías como para ayudar a que fueran eficaces (...). Se trataba de que ninguna persona quedara en situación de debilidad jurídica para que la igualdad social se fuera alcanzando, también en el terreno político o en el ámbito laboral o familiar (...). Cuando nos habíamos creído que estábamos cerca de alcanzarlo, al menos en nuestra sociedad europea, nos han caído, como del cielo, toda una serie de estereotipos de género que no hacen otra cosa más que confundir al personal (...) porque proyectar tal confusión conceptual en el común de los mortales, fuera mujer o fuera hombre, ha provocado el mayor de los desconciertos que he podido observar en los últimos años (...). Ha habido un salto generacional ideológico en el vacío, puesto que no existe, como debe ser en todo análisis de ciencias sociales, el jurídico incluido, ningún razonamiento lógico que permita que nuestras hijas puedan sentirse discriminadas si no consiguen que su palabra sea ley. Se enfrentan a un falso machismo, disfrazado de retórica igualitaria, que a mi modo de ver lo único que hace es perjudicarlas, al no reconocerles la cualidad de seres pensantes porque son permanentemente víctimas”³³.

La profesora FREIXÉS escribía esas líneas en 2020. En 1993, HUGUES estudiaba el estado del debate feminista en la Norteamérica de finales de los ochenta del pasado siglo y decía esto: “La nueva ortodoxia del feminismo está abandonando la imagen de la mujer independiente y existencialmente responsable en favor de la mujer como víctima indefensa de la opresión machista (...). Esta visión (...) reduce a las mujeres a la condición de víctimas carentes de voluntad, desprovistas del poder de acceder

³¹ Vid. GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., *Una Constituyente feminista*, Marcial Pons, Madrid, 2017; GIMENO, B., “El papel del feminismo en los procesos constituyentes y en el cambio social”, Monereo, M., Juste, R. e Illueca, H. (coords.), *Volver a mirarnos. Proceso constituyente y cambio constitucional para la España del siglo XXI*, El Viejo Topo, Barcelona, 2018, pp. 207-212; también RODRÍGUEZ PALOP, M.ª E., *Revolución feminista y políticas de lo común frente a la extrema derecha*, Icaria, Barcelona, 2019. Una respuesta brillante a estas tesis puede verse en GARCÍA FIGUEROA, A., “Feminismo de Estado: fundamentalmente religioso y religiosamente fundamentalista”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 17, 2019, pp. 358-376.

³² Vid. DE LORA, P., “Hombres, mujeres y el feminismo zombi”, Tey, M. (ed.), *Hombres y sombras. Contra el feminismo hegemónico*, Economía Digital, Barcelona, 2020, pp. 79 y ss.

³³ Vid. FREIXÉS, T., “La máscara y la manipulación. Interrogantes acerca de cómo afrontar el debate sobre el sexo/género”, cit., pp. 40 y ss.

o denegar, a la condición de simples muñecas llevadas de un lado para otro por los delirios ideológicos del extremismo feminista”³⁴.

Han pasado casi tres décadas entre los dos diagnósticos. Deberíamos reflexionar pausadamente sobre el hecho de que en el ínterin se hayan desplegado tantos discursos con una carga potencial pretendidamente revolucionaria, quizá inversamente proporcional a los réditos reales producidos. Se suele argüir que la igualdad de género es una *revolución larga* que se remontaría dos siglos atrás en el tiempo y que ha supuesto cambios tangibles y muy profundos en nuestras sociedades. Lo que ya no se dice tanto es que tales cambios han venido, sin excepción, de reformas implementadas dentro del marco de democracias liberales, único sistema en Occidente después de la II Guerra Mundial que crea, permite y promueve el texto (constitucional) y el contexto necesario para llevarlas a cabo³⁵. La Constitución siempre ha sido la norma que permite el proyecto igualitario dentro de la libertad, no la que lo cercena.

6 Examen crítico

Después del repaso que hemos realizado hasta aquí del paradigma del constitucionalismo feminista, llega el momento de ofrecer al lector un examen crítico de este. Se ha considerado adecuado hacer un balance centrado en las siguientes ideas, sin perjuicio de hacer partícipe al lector de un criterio de partida en consonancia con las tesis del profesor DE LORA. Dirá el filósofo del derecho: “El constitucionalismo feminista (...) ha de enfrentarse a un trilema: si la Constitución es feminista porque consagra alguna de las demandas concretas del movimiento feminista que son socialmente disolventes, entonces esa Constitución traicionará algunos presupuestos básicos del constitucionalismo (la perdurabilidad y su carácter de amplio acuerdo social); si la Constitución es feminista porque reivindica la igualdad de ciudadanía entre hombres y mujeres, la dimensión feminista no aporta nada toda vez que esa es ya una conquista sobre la que no cabe «hoja en blanco»; si la Constitución es feminista porque promueve que se alcance la igualdad real con expresiones ideológicas que trascienden al feminismo, la Constitución no será necesariamente feminista”³⁶.

De esa tesis dividida en tres secciones, partamos de la base de que el feminismo es una ideología, esto es, una cosmovisión que apuesta por alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres (si es que sigue siendo este el fin del movimiento). Una ideología, va de suyo, comprende diversos valores. En una democracia constitucional, las ideologías pugnan entre sí en constante discusión pública. Si es cierto como es que la Constitución garantiza –mediante la protección de libertades fundamentales– ese debate robusto y desprejuiciado, resulta contraproducente adjetivarla de forma que inhiba el debate democrático. Eso daría la impresión de querer proteger antes un dogma que una idea. Una Constitución feminista es tan imposible, desde el punto

³⁴ Vid. HUGHES, R., *La cultura de la queja. Trifulcas norteamericanas*, Anagrama, Barcelona, 1994, pp. 20 y 21.

³⁵ Vid. RENDUELES, C., *Contra la igualdad de oportunidades. Un panfleto igualitarista*, Seix Barral, Barcelona, 2020, pp. 160 y ss.

³⁶ Vid. DE LORA, P., “Constitución, feminismo y diversidad. El trilema del feminismo constitucional”, cit., p. 115.

de vista constitucional, como una Constitución capitalista, animalista, ecologista, socialista o cualesquiera adjetivos de adorno. Aprendimos hace ya muchos años que los regímenes que necesitan adjetivar sus sistemas democonstitucionales no tienen mucho de constitucionales (y menos de democráticos).

Consecuente con esa postura, resulta claro que el derecho constitucional permite y protege el debate libre, no puede no hacerlo salvo que quiera negarse a sí mismo. Porque el individuo y sus derechos importan, la democracia constitucional rectamente entendida debe maximizar su libertad de expresar pensamientos de cualquier índole. El debate democrático y la discusión libre se producen, y solo se producen, si las libertades de todos están garantizadas *antes* de que tales debates se celebren. Lo cual es especialmente cierto en un modelo que no sigue los patrones de la democracia militante, como es el caso español, según la interpretación que ha dado el Tribunal Constitucional en jurisprudencia constante dictada, entre otras, en las SSTC 48/2003, 136/1999, 159/1986, y que llega hasta las más recientes SSTC 121/2021, 106/2021, 111/2019 o 52/2017. Baste citar la STC 138/2018 (FJ 6), donde resume a la perfección en qué consiste esa *democracia no militante*: “En nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de democracia militante, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (...). Este Tribunal ha reconocido que tienen cabida en nuestro ordenamiento constitucional cuantas ideas quieran defenderse y que *no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional* (cursiva del autor)”.

Si una Constitución se reforma para ser feminista, pero sigue sin exigir adhesión positiva al nuevo régimen constitucional, entonces debería aceptar la posibilidad de que después se activase un proceso de reforma constitucional para desadjetivarla. ¿Hacen falta esas alforjas para tamaño viaje? ¿Sería conveniente o deseable activar los procesos de reforma constitucional a tal fin? Si, por el contrario, se introduce el constitucionalismo feminista para exigir una adhesión positiva al nuevo régimen, mejor prescindir de normas, de tribunales y de juristas y dar la bienvenida a los sacerdotes y sacerdotisas del nuevo paradigma: consumado el constitucionalismo feminista, pocas críticas cabrían ya respecto del propio constitucionalismo feminista. Los principios del pluralismo político, la libertad ideológica y de creencias e incluso el mismo derecho a la igualdad y a la no discriminación ya solo podrían ser implementados siguiendo la veta feminista (que, como sabemos, es de todo menos unívoca). No acaba de vislumbrarse, en fin, cómo un marco constitucional de tal tenor podría reforzar las libertades fundamentales de los ciudadanos. O dicho con otros términos, esta vez del profesor GARCÍA FIGUEROA, la Constitución no es ni puede ser patrimonio de ninguna concepción particular³⁷.

Las ideas aparejadas al movimiento feminista son discutibles y discutidas y eso, en verdad, es bueno y saludable, pues demuestra un debate vivo. Si hacemos de una

³⁷ Vid. GARCÍA FIGUEROA, A.J., “Constitución, Feminismo de Estado y Convenciones Lingüísticas (I)”, *Almacén de Derecho*, 26 de enero de 2020. Acceso web: <https://almacenederecho.org/constitucion-feminismo-de-estado-y-convenciones-linguisticas-i> (octubre de 2021).

Constitución una Constitución feminista estamos haciendo de la norma de todos una norma parcial y sesgada que rompe la perdurabilidad y el consenso social que necesita cualquier norma constitucional que se precie. Es por esa razón, entre otras, por la que la libertad de expresión e información no solo tiene en democracia una vertiente puramente subjetiva e individual, sino que conforma una garantía institucional de la opinión pública libre donde se puedan discutir democráticamente las ideas pertinentes. En palabras de la STC 159/1986 (FJ 6): “El artículo 20 C.E., además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, juega un papel esencial como garantía institucional del principio democrático que inspira nuestra Constitución, el cual presupone el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto a los hechos, que les permita formar sus convicciones ponderando opiniones diversas e incluso contrapuestas y participar así en la discusión relativa a los asuntos públicos (...) [El] derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña *el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político*”. (Cursiva del autor, en la resolución original con comillas)

Aun aceptando la tesis central y hablando de un “constitucionalismo feminista”, surge la duda que a buen seguro el lector ya ha anotado: ¿de qué feminismo hablamos? ¿De uno liberal? ¿De uno iliberal? ¿De uno posmoderno? ¿De uno populista? ¿De todos a la vez, en su justa o injusta medida? No todos ellos encajan igual de bien en el marco constitucional. Léase: *por debajo* de la Constitución cobran pleno sentido en la medida en que son trasunto de opciones individuales que traducen valores e ideas muy respetables. Cuando se sitúan *al lado* de ella tienen que estar a una altura que inevitablemente generará frustraciones: ¿asignaturas feministas, presupuestos feministas, leyes feministas, jueces y juezas feministas, universidades feministas, familias feministas, derecho feminista...?

Un argumento adicional que no se debe eludir es el del coste de oportunidad. Cuando las reivindicaciones se vuelven maximalistas y pretenden nada más y nada menos que hacer una Constitución feminista acaban por resultar perniciosas. En primer lugar, porque es harto improbable que consigan alcanzar el objetivo perseguido (y más improbable aun es que no lo sepan de antemano, aun siendo trasunto de la estrategia de disparar por elevación). Por lo tanto, los esfuerzos dedicados a un objetivo inalcanzable son esfuerzos que ya nunca podrán desplegarse en conquistar avances igualitarios reales e igual de loables. De muestra, un botón. De los debates sobre la adecuación constitucional o no de las acciones positivas³⁸ hemos pasado a enmiendas a la totalidad de trazo grueso, tales como derribar el sedicente *heteropatriarcado capitalista* (¿?) mediante el ariete del constitucionalismo feminista. Las estaciones intermedias en forma de políticas públicas merecen mejor consideración, aunque solo sea para saber, evaluación mediante, si procede su enmienda, supresión o renovación. Paradójicamente, cuanto más se intenta avanzar, menos se logra y

³⁸ Sobre sus problemas de constitucionalidad, véase DÍEZ-PICAZO, L.M.^a, *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, 5.ª ed., Valencia, 2021, pp. 199 y ss.

cuanto más aumentan las reivindicaciones maximalistas, menos se consigue a nivel micro. No es del todo improcedente recordar aquello que dijo George Santayana: el fanatismo consiste en doblar el esfuerzo cuando se ha olvidado el objetivo.

No cabe olvidar que el binomio Constitución–legislación suele ser provechoso si la segunda respeta los límites que establece la primera y, sobre todo, si ambas no se confunden. Si lo que es política debatida y paccionada en sede parlamentaria y después convertida en norma jurídica se intenta hacer pasar por norma constitucional, la Constitución pierde una de sus razones de ser –establecer las reglas del juego y limitar el poder político– y la legislación deja de cumplir su función –regular el orden social de forma coyuntural en la medida en que las mayorías parlamentarias cambian–. Si se constitucionaliza lo polémico, se acabó la polémica: tenemos un nuevo dogma constitucional inapelable. A lo peor ese es el efecto colateral negativo de tesis como las que se discuten, que no nos permitan impugnar (o no) lo que democráticamente tenemos pleno derecho a impugnar. Los extremos, una vez más, se tocan. Tal y como ilustra con la agudeza con que acostumbra el profesor GARCÍA FIGUEROA: “Constitucionalizar una concepción feminista de la igualdad sería tan desatinado (y reaccionario) como confiarse a un enfoque originalista de la Constitución”³⁹.

Si lo anterior se antoja escaso, se pueden dar algunas ideas adicionales para reforzar la tesis que defendemos. La primera se extrae de la STEDH dictada en el caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, de 25/07/2017, donde Estrasburgo dice que “el problema de estereotipar a un determinado grupo de la sociedad impide la evaluación individualizada de sus capacidades y necesidades” (§ 46). Ese argumento, que sirvió en el caso concreto para dar la razón a la litigante, es igualmente válido *a sensu contrario* (si un argumento no admite aplicación universal es sospechoso como argumento)⁴⁰. Y es que el constitucionalismo feminista apela a un sujeto colectivo que, como tal, no existe. No existen “las mujeres” en tanto bloque granítico con una única voluntad. Existen millones de mujeres que merecen la mejor de las consideraciones y un estatuto jurídico impecablemente libre e igualitario: garantizar a todas las personas un estatuto de ciudadanía conformado por los derechos y libertades individuales. Dicho con otras palabras, disparar “a bulto” no suele resolver problema alguno. Por esa razón, decir “constitucionalismo feminista” es o bien no decir mucho (¿qué feminismo? ¿qué constitucionalismo queda?), o es decir demasiado (¿una Constitución *con* ideología sigue siendo una Constitución?).

³⁹ Vid. GARCÍA FIGUEROA, A.J., “Constitución, Feminismo de Estado y Convenciones Lingüísticas (II)”, cit.

⁴⁰ La demandante se sometió a una intervención quirúrgica a la postre declarada negligente y que le provocó, entre otros daños, no poder disfrutar de vida sexual. En primera instancia se le otorga una indemnización que, en apelación, se reduce sustancialmente, alegando el Tribunal Administrativo Supremo que, en aras de su edad y sus circunstancias, los daños no revestían *tal* gravedad. La demandante llega a Estrasburgo por entender lesionado su derecho a la igualdad y a la no discriminación en conjunción con su derecho a la vida privada. El tribunal le da la razón, en un fallo de cinco contra dos (con diversos votos particulares y concurrentes). El tribunal viene a continuar la senda trazada en la STEDH 22/03/2012, que decide el asunto *Konstantin Markin c. Rusia*, donde incidía en el estereotipo negativo de la mujer como cuidadora. También es interesante la STEDH que resuelve el caso *Ecis c. Letonia*, de 10/01/2019, que reputa discriminatoria la prohibición de que el hombre recluso no obtenga permiso para salir por el fallecimiento de su padre cuando en las mismas circunstancias las mujeres reclusas sí gozaban del mismo. Vid. LÓPEZ GUERRA, L.M.^a, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 319 y ss.

7 A modo de conclusión

Después de lo dicho en líneas anteriores, llega el momento de extraer los hallazgos resultantes en forma de reflexiones finales. La primera conclusión a la que se llega es que el feminismo es un movimiento plural que pretende conformar una rama de conocimiento nueva, a la par que un proyecto jurídico-político emancipador en torno a la idea del constitucionalismo feminista. El soporte teórico de esta propuesta viene en buena medida del otro lado del charco, en concreto de sectores académicos anglosajones (norteamericanos en particular). Otros modelos intentan llevar esas conclusiones a países tan dispares como Colombia, Nigeria, Sudáfrica o Chile. Para el caso español, existen algunas propuestas teóricas en este sentido, aunque se echa en falta en los estudios académicos pertinentes, por más serios que son, una característica de todo proceso de creación o enmienda constitucional: la gradualidad y prudencia, así como el debate democrático desde todas las posturas.

Son tiempos de cambio a nivel individual y global, cambios que la pandemia ocasionada por el COVID-19 no ha hecho sino acrecentar. Precisamente, lo que han demostrado las democracias constitucionales es que resisten bien los embates propios de la situación de excepcionalidad. Si el constitucionalismo feminista es una piedra en el estanco para que tomemos conciencia de que el momento histórico demanda altura de miras, debate y reflexión, no podemos estar más de acuerdo con el postulado. Si el constitucionalismo feminista se deja llevar por la peor vis radical-populista rampante y se presta a servir de excusa para permitir el socavamiento de las instituciones democráticas y las conquistas propias de esa civilización llamada estado de derecho, entonces todos habremos perdido.

Regap

ESTUDIOS

Bibliografía

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Crítica del constitucionalismo feminista*, Atelier, Barcelona, 2020.
- BAINES, B., BARAK-EREZ, D. y KAHANA, T. (eds.), *Feminist Constitutionalism. Global Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 2012.
- BLANCO, D., “La mujer española en los albores del siglo XXI”, Egido, Á. y Fernández Asperilla, A. (eds.), *Ciudadanas Militantes Feministas*, Eneida, Madrid, 2011.
- BLANCO VALDÉS, R., *Luz tras las tinieblas. Vindicación de la España constitucional*, Alianza, Madrid, 2018.
- CABALLÉ MASFORROLL, A., *El feminismo en España: La lenta conquista de un derecho*, Catedra Ediciones, Madrid, 2013.
- CABRERA TAPIA, R., “Chile ante el proceso constituyente”, *bie3. Boletín IEEE*, n. 141, 2020.
- CAMPOAMOR, C., “La mujer y su nuevo ambiente (la sociedad). Conferencia pronunciada en la Universidad Central en mayo de 1923”, Campoamor, C. (aut.), *El Derecho de la Mujer*, Comunidad de Madrid-Asociación Española Clara Campoamor, Madrid, 2007.

- DE LORA, P., *Lo sexual es político (y jurídico)*, Alianza, Madrid, 2019.
- DE LORA, P., “Constitución, feminismo y diversidad. El trilema del feminismo constitucional”, *Revista de Ciencias Sociales*, n. 77, 2020.
- DE LORA, P., “Hombres, mujeres y el feminismo zombi”, Tey, M. (ed.), *Hombres y sombras. Contra el feminismo hegemónico*, Economía Digital, Barcelona, 2020.
- DÍEZ-PICAZO, L.M.^a, *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, 5^a ed., Valencia, 2021.
- DOMÍNGUEZ, I., *Del iluminismo a Matrix. Una historia del relativismo moderno*, Akal, Madrid, 2021.
- FISS, O., “¿Qué es el feminismo?”, *Doxa*, n. 14, 1993.
- FREIXÉS, T., “La máscara y la manipulación. Interrogantes acerca de cómo afrontar el debate sobre el sexo/género”, Tey, M. (ed.), *Hombres y sombras. Contra el feminismo hegemónico*, Economía Digital, Barcelona, 2020.
- GAHETE MUÑOZ, S., “Los debates del movimiento feminista ante el proyecto constitucional y la Constitución: de la unión a la separación”, *Historia Contemporánea*, n. 62, 2020.
- GARCÍA FIGUEROA, A., “Feminismo de Estado: fundamentalmente religioso y religiosamente fundamentalista”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 17, 2019.
- GARCÍA FIGUEROA, A.J., “Constitución, Feminismo de Estado y Convenciones Lingüísticas (I)”, *Almacén de Derecho*, 26 de enero de 2020. Acceso web: <https://almacenederecho.org/constitucion-feminismo-de-estado-y-convenciones-linguisticas-i> (octubre de 2021).
- GIMENO, B., “El papel del feminismo en los procesos constituyentes y en el cambio social”, Monereo, M., Juste, R. e Illueca, H. (coords.), *Volver a mirarnos. Proceso constituyente y cambio constitucional para la España del siglo XXI*, El Viejo Topo, Barcelona, 2018.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., *Una Constituyente feminista*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., “Las escuelas de derecho constitucional españolas en el marco de la crisis constitucional presente”, *IberICONnect*, 30 de septiembre de 2021. Acceso web: <https://www.ibericonnect.blog/2021/09/las-escuelas-de-derecho-constitucional-espanolas-en-el-marco-de-la-crisis-constitucional-presente/> (octubre de 2021).
- HARARI, Y.N., *Homo Deus*, Debate, Barcelona, 2016.
- HUGHES, R., *La cultura de la queja. Trifulcas norteamericanas*, Anagrama, Barcelona, 1994.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “Acotaciones sumarias sobre el «derecho a la diferencia» de trato”, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (coord.), *Democracia constitucional y diversidad cultural*, CEPC, Madrid, 2017.
- KATZ, E., “Women’s Involvement in International Constitution-Making”, Baines, B., Barak-Erez, D. y Kahana, T. (eds.), *Feminist Constitutionalism. Global Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 2012.

- LÓPEZ GUERRA, L.M.^a, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Valencia, 1995 (1.^a ed.: 1989).
- MACKINNON, C., “Foreword”, Baines, B., Barak-Erez, D. y Kahana, T. (eds.), *Feminist Constitutionalism. Global Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 2012.
- MIYARES, A., *Democracia feminista*, Cátedra, Madrid, 2018.
- MONTERO, J., “Movimiento Feminista. Una trayectoria singular”, Egido, Á. y Fernández Asperilla, A. (eds.), *Ciudadanas Militantes Feministas*, Eneida, Madrid, 2011.
- MOUNK, Y., *El pueblo contra la democracia. Por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*, Paidós, Barcelona, 2018.
- NIETO, A., *Testimonios de un jurista 1930-2017*, INAP-Global Law Press, Madrid, 2017.
- PENDÁS, B., *Democracias inquietas. Una defensa activa de la España constitucional*, Ediciones Nobel, Oviedo, 2015.
- PINEDA, E., “Las otras feministas: cuestiones pendientes en la España actual”, Egido, Á. y Fernández Asperilla, A. (eds.), *Ciudadanas Militantes Feministas*, Eneida, Madrid, 2011.
- RENDUELES, C., *Contra la igualdad de oportunidades. Un panfleto igualitarista*, Seix Barral, Barcelona, 2020.
- REY MARTÍNEZ, F., “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de Derecho Político*, n. 100, 2017.
- REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- RODRÍGUEZ PALOP, M.^a E., *Revolución feminista y políticas de lo común frente a la extrema derecha*, Icaria, Barcelona, 2019.
- RUBIO-MARÍN, R. e IRVING, H. (eds.), *Women as constitution-makers: case studies from the new democratic era*, Cambridge University Press, New York, 2019.
- RUBIO MARÍN, R., “Mujeres y procesos constituyentes contemporáneos: retos y estrategias de participación”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 187, 2020.
- SEVILLA MERINO, J. (dir.), *Las mujeres parlamentarias en la legislatura constituyente*, Cortes Generales, Madrid, 2006.
- SOSA WAGNER, F. y FUERTES, M., *Panfleto contra la trapacería política. Nuevo Retablo de las Maravillas*, Editorial Triacastela, Madrid, 2021.
- VENTURA FRANCH, A. y GARCÍA CAMPÁ, S. (dirs.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- ZARAGOZA-MARTÍ, M.^a F., “La feminidad Disney: el desarrollo social de la mujer y sus consecuencias en la regulación constitucional”, *Barataria: revista castellano-manchega de ciencias sociales*, n. 27, 2020.
- ZOCO ZABALA, C., “Igualdad entre mujeres y hombres tras 40 años de Constitución Española”, *Revista de Derecho Político*, n. 100, 2017.

Regap

ESTUDIOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_julio-diciembre 2021 | pp. 337-367
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4835>
© Daniel Casal Oubiña
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 15/08/2021 | Aceptado: 16/12/2021

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Control escrito e asembleas
lexislativas autonómicas.
Unha mellora da función
parlamentaria?

Control escrito y asembleas legislativas autonómicas. ¿Una mejora de la función parlamentaria?¹

62 Regap

Written control and regional
legislative assemblies.
An improvement of the

Regap

ESTUDIOS

¹ El autor desea agradecer a los revisores su labor de evaluación del artículo. Además, quiere dedicárselo al profesor Ignacio Astarloa por sus valiosas lecciones sobre derecho parlamentario en la Universidad Carlos III, así como al profesor Adolfo Calatrava por las horas pasadas trabajando en el control escrito.

parliamentary function?

DANIEL CASAL OUBIÑA
Profesor de Ciencia Política
Universidad Complutense de Madrid

dancasal@ucm.es

Resumo: O fundamento da transformación do traballo parlamentario moderno explícase pola importancia dos partidos e a extensión das políticas redistributivas, cuxa principal consecuencia é o desprazamento do lexislativo a favor do executivo. Este artigo analiza se o desenvolvemento das asembleas lexislativas nas comunidades autónomas reforzou as cifras de control escrito. Para iso, o artigo analiza a función de control parlamentario, constrúe unha base de datos sobre os mecanismos de control escrito existentes nos 17 parlamentos autonómicos (preguntas escritas e solicitudes de informes) e propón unha modelización dos mecanismos de control escrito en función do seu posicionamento cara ao poder executivo (modelo racional) ou cara ao parlamento (modelo fiscalizador).

Palabras clave: Control escrito, Asamblea Legislativa das Comunidades Autónomas, pregunta escrita, solicitud de informe.

Resumen: El fundamento de la transformación del trabajo parlamentario moderno se explica por la importancia de los partidos y la extensión de las políticas redistributivas, cuya principal consecuencia es el desplazamiento del legislativo a favor del ejecutivo. Este artículo analiza si el desarrollo de las asambleas legislativas en las comunidades autónomas ha reforzado las cifras de control escrito. Para ello, el artículo analiza la función de control parlamentario, construye una base de datos sobre los mecanismos de control escrito existentes en los 17 parlamentos autonómicos (preguntas escritas y solicitudes de informes) y propone una modelización de los mecanismos de control escrito en función de su posicionamiento hacia el poder ejecutivo (modelo racional) o hacia el parlamento (modelo fiscalizador).

Palabras clave: Control escrito, Asamblea Legislativa de las Comunidades Autónomas, pregunta escrita, solicitud de informe.

Abstract: The foundation of the transformation of modern parliamentary work is explained by the importance of parties and the extension of redistributive policies whose main consequence is the displacement of the legislature in favor of the executive. This article analyzes whether the development of the legislative assemblies in the Autonomous Communities has strengthened the written control figures. To this end, the article analyzes the parliamentary control function, builds a database on the existing written control mechanisms in the 17 autonomous parliaments (written questions and requests for reports) and proposes a modeling of the written control mechanisms based on its position towards the executive branch (rational model) or towards parliament (supervisory model).

Key words: Written control, Legislative Assembly of the Autonomous Communities, written question, report request.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 El control parlamentario escrito como marco analítico de referencia. 2.1 La posición del poder legislativo en los sistemas políticos parlamentarios. 2.2 El concepto del control parlamentario. 2.3 El diseño parlamentario en el Estado de las comunidades autónomas. 3 Diseño de la investigación. 3.1 Preguntas de respuesta escrita. 3.2 Solicitud de información. 3.3 Modelización de los sistemas de control parlamentario escrito. 4 Resultados. 4.1 Preguntas con respuesta escrita. 4.2 Solicitudes de informe. 5 Discusión de resultados. 6 Conclusiones.

1 Introducción

Una de las principales características del parlamentarismo contemporáneo tiene que ver con la progresiva importancia que ha ido adquiriendo la función de control del poder legislativo hacia los ejecutivos y las administraciones públicas².

La razón de ser de esta transformación de la labor parlamentaria se puede explicar por varios factores. En primer lugar, la importancia de los partidos políticos, que a través de la conformación de grupos parlamentarios, así como de gobiernos sustentados en mayorías, debilita la importancia de la labor legislativa³.

² CUOCOLO, F., *Instituzioni di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 226; BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1965, p. 404; ARAGÓN, M., "Información Parlamentaria y Función de Control", VV. AA., *Instrumentos de Información de las Cámaras Parlamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 23; MATIA PORTILLA, E., "Derecho a la información de los representantes políticos, protección de datos y transparencia", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 42, 2017, p. 6.

³ GARCÍA MORILLO, J., *La Democracia en España*, Alianza Editorial, Madrid, 1998; APARICIO, M.A., *Introducción al sistema político y constitucional español*, Ariel, Barcelona, 1994; PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1997; FERNÁNDEZ SARASOLA, I. "El control parlamentario y su regulación en el Ordenamiento español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 60, 2000, p. 90.

De forma paralela a la institucionalización de los partidos, que adoptan el rol exclusivo de canalizadores de la participación política organizada⁴, el desarrollo del Estado social y la generalización y extensión de las políticas públicas redistributivas han conllevado la expansión tanto de la demanda de una mayor discrecionalidad y agilidad como de la potestad reglamentaria, cuya principal consecuencia es el desplazamiento del legislativo, en favor de los gobiernos, como único poder del Estado dotado de capacidad normativa⁵.

El presente *paper* tiene como pregunta principal conocer si el desarrollo de los parlamentos autonómicos ha reforzado las figuras tradicionales de control parlamentario escrito a los gobiernos. Para ello, el artículo se divide en tres partes. Primeramente, analiza la función de control parlamentario como marco analítico de referencia; a continuación, se presenta la metodología que se basa en la construcción de una base de datos sobre los mecanismos de control escrito existentes en los 17 parlamentos autonómicos a partir de las dos figuras (preguntas escritas y solicitudes de informe) que permiten mayor actuación individual directa al parlamentario.

En segundo lugar, el *paper* presenta y discute los resultados analíticos de la base de datos planteando una modelización de los mecanismos de control parlamentario escrito existentes en el Estado autonómico a partir de su posicionamiento hacia los gobiernos autonómicos. Finalmente, el artículo presenta las conclusiones y limitaciones de la investigación.

Regap

ESTUDIOS

2 El control parlamentario escrito como marco analítico de referencia

2.1 La posición del poder legislativo en los sistemas políticos parlamentarios

Posiblemente la clasificación que, con carácter general, es la que tiene mayor consenso en lo relativo a la comprensión científica de los elementos básicos que definen cualquier sistema político democrático se vincula con el estudio de la organización de los poderes del Estado⁶. De este modo, LINZ⁷ establece que existen dos grandes modelos: el presidencialismo y el parlamentarismo, y SARTORI⁸ determina que, si

⁴ TORCAL, M., MONTERO, J.R. y TEORELL, J., "La participación política en España: modos y niveles en perspectiva comparada", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 132, 2006, p. 18.

⁵ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. y GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", *Documentación Administrativa*, n. 188, 1980, p. 186; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, Madrid, 1998.

⁶ LINARES, S., "Treinta Años del Debate Presidencialismo-Parlamentarismo. Un balance de las evidencias", *Revista Española de Ciencia Política*, n. 27, 2011, p. 9.

⁷ LINZ, J.J., "Presidential or parliamentary democracy: Does it make a difference?", Linz, J.J. y Valenzuela, A. (ed. lit.), *The failure of presidential democracy*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1994.

⁸ SARTORI, G., *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, Palgrave MacMillan, Londres, 1994, p. 18.

bien existen sistemas intermedios, como el semipresidencialismo⁹, sus dificultades de definición conceptual y su naturaleza híbrida hacen que termine orientándose hacia uno de los dos modelos básicos¹⁰.

Los sistemas de corte presidencialista están inspirados en el diseño constitucional del sistema político de los Estados Unidos y tienen como principal función lograr una separación de poderes rígida a partir de un sistema de *checks and balances*¹¹ cuya finalidad primaria persigue impedir que ninguna de las ramas (ejecutiva, legislativa o judicial) monopolice el proceso de toma de decisiones imponiendo su criterio al resto de poderes del Estado¹². Para ello, SHUGART y HAGGARD¹³ señalan que este tipo de diseños institucionales persiguen que cada poder cuente con legitimación directa, elección separada y agenda propia.

Por su parte, los sistemas políticos de tipo parlamentario, inspirados en buena medida en el sistema político del Reino Unido¹⁴, se caracterizarían por organizar la división de poderes de forma radicalmente distinta, buscando la preeminencia del poder legislativo a partir de su vinculación mediata y directa con la comunidad política depositaria de la soberanía nacional, que es quien designa a sus integrantes. De este modo, el resto de instituciones del Estado requieren de la participación parlamentaria para poder constituirse, operar plenamente y gozar de legitimidad¹⁵.

Por lo tanto, se puede afirmar que el parlamentarismo tiene dos dimensiones básicas: la omnipresencia de la institución parlamentaria y la responsabilidad del poder ejecutivo.

La omnipresencia del poder legislativo¹⁶ es el primer elemento nuclear de los sistemas parlamentarios. Esta afirmación parte del principio de que la ciudadanía designa a los integrantes de las cámaras, quienes, en su nombre, activan el funcionamiento del conjunto de los poderes del Estado y legitiman el funcionamiento de sus diferentes órganos¹⁷.

La razón de ser de esta primera premisa se asienta en condicionantes políticos e históricos propios de los países europeos en los que el surgimiento de cámaras parlamentarias democráticas y representativas coexiste con la supervivencia de

⁹ DUVERGER, M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Press University France, París, 1970.

¹⁰ PIZARRO MARTÍN, J.A., "Las ambigüedades del régimen semipresidencial: la experiencia de la federación de Rusia", *Revista de Derecho de la UNED*, n. 5, 2009, p. 428; COLLIARD, J.C., "El poder en el semipresidencialismo", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 20, 2009, p. 94; MARTÍNEZ, R. y GARRIDO, A., *Sistemas mixtos de gobierno de tendencia presidencial*, Instituto de Ciencias Políticas y Sociales, Barcelona, 2000.

¹¹ NOHLEN, D., "El Presidencialismo Comparado", *Revista del Instituto de Altos Estudios Europeos*, n. 1, 2013, p. 7; TOCQUEVILLE, A. de, *La Democracia en América*, Alianza Editorial, 1835, p. 217.

¹² ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Gobernabilidad, crisis y cambio*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 104.

¹³ SHUGART, M. y HAGGARD, S., "Institutions and public policy in presidential systems", Haggard, S. y McCubbins, M.D. (eds.), *Presidents, Parliaments, and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 64.

¹⁴ ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Gobernabilidad, crisis y cambio*, cit., p. 104.

¹⁵ ANDUIZA PEREA, E., "El Sistema Político de Italia", Alcántara Sáez, M. (ed. lit.), *Sistemas Políticos de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 380; SÁNCHEZ MEDERO, G. y SÁNCHEZ MEDERO, R., "El Sistema Político y sus elementos", Sánchez Medero, G. y Sánchez Medero, R. (dirs.), *Sistemas Políticos de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 18.

¹⁶ LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMPES, P. y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 218; DUVERGER, M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, cit., p. 139.

¹⁷ RAZQUIN LIZÁRRAGA, M., "El control parlamentario del Gobierno de España", *Revista Jurídica de Navarra*, n. 41, 2006, p. 115.

instituciones del Antiguo Régimen, con las que el poder legislativo mantiene una tensión en lo relativo al control de los procesos de toma de decisiones que se resuelve mediante un diseño institucional basado en la afirmación del parlamento, y de su labor legislativa y presupuestaria, como expresión de la voluntad general¹⁸.

La segunda premisa de los sistemas políticos parlamentarios se asienta en el principio de responsabilidad del poder ejecutivo, que constituye un principio esencial ligado al carácter expresivo que de la voluntad general tienen las cámaras y que se traduce en dos funciones claves: el otorgamiento de la confianza y el control del poder ejecutivo.

Por tanto, se puede afirmar que el poder legislativo se ha configurado en los modelos parlamentarios como un órgano dotado de tres funciones básicas: potestad legislativa, presupuestaria, e impulso y control del gobierno. El desarrollo de estas funciones, y su peso, se ha ido modulando con el paso del tiempo. De este modo, FERNÁNDEZ SARASOLA¹⁹ afirma que el parlamentarismo del liberalismo decimonónico tenía en la labor legislativa y presupuestaria su principal función dentro del sistema político, puesto que de este modo se evitaban los abusos del poder por parte de la corona, los ministros del gabinete del monarca y la interpretación judicial de un estamento de magistrados muy vinculado y relacionado con el Antiguo Régimen.

Sin embargo, la evolución de los diferentes actores sociales y políticos²⁰ y, en paralelo, el desarrollo del Estado social tiene dos consecuencias, ya que se expande la potestad reglamentaria de los gobiernos²¹ y, al mismo tiempo, se refuerza su posición en el sistema político para evitar situaciones de inestabilidad que impidan que se hagan efectivas las principales políticas públicas²² mediante el diseño de *checks and balances* dentro de los sistemas parlamentarios que actúan como contramedidas a los excesos del legislativo.

En esta racionalización de la labor parlamentaria, destacan elementos como la exigencia de mayorías cualificadas y constructivas para retirar la confianza al ejecutivo, la atribución al poder ejecutivo de ciertas capacidades legislativas por razón de urgencia o de refundir normativa de complejidad técnica o la articulación del trabajo parlamentario a través de grupos políticos que limitan la actuación individual de los representantes²³.

Pero, sobre todo, destaca un desplazamiento funcional del parlamento que, ante la progresiva gubernamentalización y partidización, comienza a tener en la labor de control parlamentario su actividad más relevante²⁴.

¹⁸ CASAL, D., "Estado, política y sociedad", Perelló Oliver, S. (ed.), *Estructura Social Contemporánea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 287.

¹⁹ FERNÁNDEZ SARASOLA, I. "El control parlamentario y su regulación en el Ordenamiento español", cit., p. 91.

²⁰ PANIAGUA SOTO, J.L. "Los estudios sobre el Parlamento y el Control Parlamentario: una aproximación desde la Ciencia Política", Tudela, J. (coord.), *Los parlamentos autonómicos en tiempos de crisis*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2015, p. 4.

²¹ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. y GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", cit., p. 186; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, cit.

²² RAZQUIN LIZÁRRAGA, M., "El control parlamentario del Gobierno de España", cit., p. 114; PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, cit.; PORRAS NADALES, A., "Las preguntas escritas en la práctica parlamentaria española", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* n. 19, 1981, p. 108.

²³ GARCÍA MORILLO, J., "Mitos y realidades del parlamentarismo", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 9, 1991, p. 121.

²⁴ CUOCOLO, F., *Instituzioni di Diritto Pubblico*, cit., p. 226; BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Derecho Constitucional*, cit., p. 404; ARAGÓN, M., "Información Parlamentaria y Función de Control", cit., p. 23.

2.2 El concepto del control parlamentario

El control ha adquirido, con el paso del tiempo, un carácter de mayor centralidad en la vida política de los sistemas parlamentarios. Desde una perspectiva amplia, se puede entender que el control tiene un carácter expansivo que se proyecta hacia todas las esferas del trabajo parlamentario, puesto que “siempre que hay discusión se posibilita el control parlamentario de las minorías”²⁵, lo cual se ve reflejado en actividades como la tramitación legislativa o la labor presupuestaria.

Sin embargo, la función de control se deriva del concepto de responsabilidad del ejecutivo hacia el legislativo²⁶, en donde cohabitando con la mayoría que respalda las políticas gubernamentales existen opciones políticas que, como define DE VERGOTTINI²⁷, se sitúan en oposición legítima y constitucional como una alternativa que aspira a alcanzar la mayoría parlamentaria.

De este modo, el control persigue que el legislativo imponga su voluntad al ejecutivo, lo condicione o lo someta al escrutinio público²⁸, teniendo por tanto una vocación constitucional, proactiva o crítica.

Tabla 1. Tipologías de control parlamentario por vocación

Tipo de control	Características
Constitucional	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Sujeta al gobierno a los parámetros de la mayoría parlamentaria que lo respalda. ▶ Vincula al gobierno con la separación de poderes y la función de cada institución.
Proactivo	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Condiciona la actuación del gobierno a sugerencias o direcciones marcadas por el parlamento a sus políticas. ▶ No se limita a fiscalizar, sino a orientar la actuación del ejecutivo.
Crítico	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Persigue concretar la responsabilidad política ante determinadas actuaciones. ▶ Tiene como finalidad poner ante el escrutinio de la opinión pública cada acción de gobierno con la finalidad de erosionar la confianza.

Fuente: Elaboración propia.

Su materialización funcional se traduce en un conjunto de figuras políticas contempladas en los diferentes reglamentos parlamentarios y que se pueden sistematizar en dos grandes grupos de mecanismos: fiduciarios y fiscalizadores.

²⁵ FERNÁNDEZ SARASOLA, I. “El control parlamentario y su regulación en el Ordenamiento español”, cit., p. 90.

²⁶ ROUSSEAU, J.J., *El Contrato Social*, Bordás, 1762, p. 98.

²⁷ DE VERGOTTINI, G., *Lo “shadow cabinet”: Saggio comparativo sul rilievo costituzionale dell’opposizione nel regime parlamentare britannico*, Giuffrè, Milán, 1973, p. 49.

²⁸ MONTERO GIBERT, J.R. y GARCÍA MORILLO, J., *El Control Parlamentario*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 26.

Tabla 2. Mecanismos funcionales de control parlamentario

Tipo	Definición	Ejemplos	Formalización
Fiduciarios	Examinan la relación de confianza entre el ejecutivo y el legislativo	Investidura	Oral
		Moción de censura	
		Cuestión de confianza	
Fiscalizadores	Analizan la actuación gubernamental desde una perspectiva crítica o constructiva	Preguntas	Oral: Preguntas, interpelaciones, proposiciones no de ley, plenos y sesiones extraordinarias o comparecencias
		Interpelaciones	
		Solicitudes de información	
		Mociones	Escrita: Preguntas y solicitudes de información
		Proposiciones no de ley	
		Plenos extraordinarios	
Comparecencias			

Fuente: Elaboración propia.

Los mecanismos fiduciarios, pero también los fiscalizadores cuando tienen una formalización oral, en el pleno o en comisión, conllevan dos efectos prácticos. En primer lugar, pierden espontaneidad; dado que el trabajo parlamentario racionalizado se mediatiza a través de los grupos políticos y, por tanto, junto a plazos reglamentarios, este tipo de iniciativas conllevan requisitos internos en los grupos parlamentarios que hacen que se trate más de iniciativas de partido que de un representante. En segundo término, la finalidad de la medida propuesta se desvía de la finalidad del control político y se orienta a provocar debates o eventos que reflejen disensos más o menos intensos entre diferentes opciones políticas.

Por su parte, los mecanismos fiscalizadores formalizados de forma escrita tienen una mayor vinculación, en sentido estricto, a la función del control parlamentario, puesto que constituyen los instrumentos de uso individual del representante considerado de forma aislada²⁹, y su empleo permite al parlamentario centrar su actuación en aspectos sectoriales o territoriales, obteniendo cierta relevancia ante determinados grupos sociales y trascendiendo la mediación de su organización política³⁰.

2.3 El diseño parlamentario en el Estado de las comunidades autónomas

La Constitución española hace referencia a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas en su artículo 152, que forma parte del título VIII, Sobre la organización territorial del Estado³¹.

Este precepto determina que, cuando una comunidad autónoma se constituya a partir del procedimiento de acceso al autogobierno contemplado en el artículo 151 de

²⁹ PORRAS NADALES, A., "Las preguntas escritas en la práctica parlamentaria española", cit., p. 112.

³⁰ BURDEAU, G., *Traité de Science Politique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1981, p. 418; SOLÉ TURA, J., "El control parlamentario en el periodo constituyente y en la Constitución de 1978", Aparicio, M.A. (coord.), *Parlamento y sociedad civil*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1980, p. 40.

³¹ VISEDO MAZÓN, F.J., "La realidad de los parlamentos autonómicos desde la aprobación de la Constitución española de 1978", *Revista de Derecho del Estado*, n. 28, 2012, p. 144.

la norma fundamental, y que abre la vía para acceder al máximo nivel competencial, deberá contar en su estatuto de autonomía con una organización institucional basada en la existencia de 3 órganos.

En primer lugar, una asamblea legislativa, elegida directamente por la ciudadanía mediante un sistema de elección proporcional que asegure la representación de todas las zonas del territorio. De este modo, dado que inicialmente la Constitución contempla la vía autonómica del 151 para las denominadas nacionalidades históricas, parece que el constituyente busca fortalecer el carácter consociativo de las instituciones de autogobierno³² e intenta evitar el empleo de sistemas electorales mayoritarios que produzcan efectos como la fabricación artificial de mayorías³³ que pueda dar lugar a la exclusión de minorías.

El segundo órgano exigido por el 152 es la existencia de un presidente y un consejo de gobierno depositarios de la función ejecutiva. La norma fundamental determina que el jefe del gobierno regional debe ser elegido de entre los miembros de su asamblea legislativa, reforzando el sesgo parlamentario del sistema³⁴. Finalmente, el artículo 152 determina que deberá existir un tribunal superior de justicia en cada una de las comunidades autónomas que culmine la organización jurisdiccional en el territorio.

Esta configuración del modelo institucional, inicialmente prevista para las comunidades del 151, no se contemplaba como básica para el resto de CC. AA. Un ejemplo ilustrativo se ve en el artículo 69.4, que para la designación de senadores autonómicos señala que esta recaerá en la asamblea legislativa o, en caso de no tenerla, en el órgano ejecutivo superior de las CC. AA., es decir, en el equivalente a un pleno de diputación provincial. En este sentido, han sido las sentencias del Tribunal Constitucional 16/1984 y 17/1989 las que asumen el carácter básico de la organización institucional del artículo 152 con carácter expansivo hacia todos los territorios dentro de su capacidad autoorganizativa.

Por tanto, el desarrollo institucional autonómico ha conllevado la creación de 17 parlamentos en los que hay una composición dispar que oscila entre los 33 escaños del Parlamento de La Rioja y los 136 de la Asamblea de Madrid. En la totalidad de las asambleas legislativas los escaños se asignan mediante el empleo del sistema D'Hondt y en la mayoría se utiliza la provincia o la isla como circunscripción electoral (excepto Asturias, que divide la provincia en 3 distritos electorales, y Canarias, que creó en 2018 una circunscripción autonómica) y la definición de una barrera electoral casi siempre basada en la circunscripción provincial (con las excepciones de Canarias, Comunidad Valenciana y Extremadura, que la elevan en algunos casos a la comunidad autónoma) con porcentajes que oscilan entre el 3 % y el 5 %.

³² CASAL, D. y VILADRICH, B., "Secesión, autogobierno y modelos de democracia", *Revista de Estudios Regionales*, 2021 (en prensa).

³³ LIJPHART, A., *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en 36 países*, Ariel, Barcelona, 2016, p. 15.

³⁴ PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, cit.

Tabla 3. Modelos electorales de las CC. AA.

Comunidad Autónoma	Esaños	Circunscripción	Método de asignación de esaños	Barrera electoral
Andalucía	109	Provincial	D'Hondt	3%
Aragón	67	Provincial	D'Hondt	3%
Canarias	70	Mixta: autonómica (9 esaños) e insular (61 esaños)	D'Hondt	15% insular o 4% a nivel autonómico
Cantabria	35	Provincial	D'Hondt	5%
Castilla y León	81	Provincial	D'Hondt	3%
Castilla-La Mancha	33	Provincial	D'Hondt	3%
Cataluña	135	Provincial	D'Hondt	3%
Comunidad de Madrid	136	Provincial	D'Hondt	5%
Comunidad Foral de Navarra	50	Provincial	D'Hondt	3%
Comunidad Valenciana	99	Provincial	D'Hondt	5% en el conjunto de la comunidad
Extremadura	65	Provincial	D'Hondt	5% en la circunscripción o 5% en la comunidad
Galicia	75	Provincial	D'Hondt	5%
Islas Baleares	59	Provincial	D'Hondt	5%
La Rioja	33	Provincial	D'Hondt	5%
País Vasco	75	Provincial	D'Hondt	3%
Principado de Asturias	45	3 Circunscripciones intraprovinciales	D'Hondt	3%
Región de Murcia	45	Provincial	D'Hondt	5%

Fuente: Elaboración propia.

Por tanto, si bien todas las comunidades autónomas toman como parámetro de inspiración el de las Cortes Generales, existen diferencias en el sistema electoral y la composición de sus parlamentos que también se reflejan, como indica SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA³⁵, en el conjunto de las funciones parlamentarias (legislativa, presupuestaria, de control e impulso político).

Destacan en este último aspecto como referencias clásicas el procedimiento de investidura del lendakari vasco o del presidente del Principado de Asturias, donde varios candidatos pueden solicitar de forma simultánea la confianza de la cámara, estando prohibido el voto en contra (solo se puede votar a un candidato o abstención), al objeto de facilitar la conformación de gobiernos.

Por consiguiente, se puede afirmar que los parlamentos autonómicos se han configurado como la institución sobre la que pivota el funcionamiento de los órganos

³⁵ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., "Algunas consideraciones sobre las reformas estatutarias", *Teoría y realidad constitucional*, n. 22, 2008.

de autogobierno de las comunidades autónomas³⁶ y que lo han hecho a partir de una inspiración clara en el modelo organizativo de las Cortes Generales con pequeñas peculiaridades adaptadas a su coyuntura territorial y con una escasa voluntad innovadora en lo referente a los aspectos básicos de su sistema electoral, asignación de escaños u organización interna³⁷.

3 Diseño de la investigación

A partir de la revisión de la literatura y del análisis conceptual de la función de control en el parlamentarismo racionalizado, así como del modelo parlamentario autonómico, se hace necesario recuperar la pregunta principal de investigación, consistente en averiguar si el desarrollo de los parlamentos autonómicos ha reforzado las figuras tradicionales de control parlamentario escrito al ejecutivo.

Así pues, el objetivo general de la presente investigación lo constituye en primer lugar conocer el planteamiento que los 17 reglamentos de las asambleas legislativas autonómicas realizan del derecho a las solicitudes de información y de las preguntas escritas dirigidas a los gobiernos regionales, y, en segundo término, establecer una modelización de los sistemas de control escrito a partir del estudio de las consecuencias del incumplimiento, en tiempo y forma, de la obligación de responder.

Para ello, se ha trabajado en la construcción de una base de datos analítica de dos dimensiones: preguntas de respuesta escrita y solicitudes de informe. En este sentido, conviene recordar que la función del control parlamentario tiene una clara vinculación con el principio clásico de responsabilidad política del poder ejecutivo hacia las cámaras legislativas³⁸, aspecto que, debido al fortalecimiento de capacidades de los gobiernos vinculadas al desarrollo de los estados del bienestar, así como la expansión y mediatización de la actividad parlamentaria por parte de los partidos políticos³⁹, hacen que realmente la labor directa de representación que realizan los parlamentarios, desde un punto de vista individual, se proyecte en el control escrito y singularmente en la figura de las preguntas, así como de las solicitudes de informe⁴⁰.

³⁶ VISEDO MAZÓN, F.J., "La realidad de los parlamentos autonómicos desde la aprobación de la Constitución española de 1978", cit., p. 164.

³⁷ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., "Algunas consideraciones sobre las reformas estatutarias", cit., 2008; PORRAS NADALES, A., "Las preguntas escritas en la práctica parlamentaria española", cit.; RENUU, J.M., *Sistema Político Español*, Editorial Huygens, Barcelona, 2012.

³⁸ VITORINO, A., "El Control Parlamentario del Gobierno", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 60-61, 1988, p. 354.

³⁹ PORRAS NADALES, A., "Las preguntas escritas en la práctica parlamentaria española", cit., p. 110.

⁴⁰ BLAMONT, E., *Les Techniques Parlementaires*, Presses Universitaires de France, París, 1950, p. 390; BURDEAU, G., *Traité de Science Politique*, cit., p. 418; SOLÉ TURA, J., "El control parlamentario en el período constituyente y en la Constitución de 1978", cit., p. 40.

3.1 Preguntas de respuesta escrita

Las preguntas parlamentarias son, sin lugar a duda, el mecanismo clásico de control. Su planteamiento permite a los miembros de las cámaras conocer una determinada información, datos concretos o posicionamientos políticos de los gobiernos.

Su enfoque puede consistir en la formulación de una pregunta oral para ser respondida por el gobierno ante el pleno, en cuyo caso la iniciativa tiene una función que persigue la escenificación efectiva del disenso político. Al mismo tiempo, se puede plantear de forma oral para ser contestada por autoridades o altos cargos en comisiones parlamentarias, teniendo generalmente en los reglamentos parlamentarios un tratamiento más extenso en materia de tiempo de formulación y réplica, ya que se busca generar un debate donde el objetivo es que se facilite información y posicionamiento con un contenido más amplio. Pero también se puede plantear para ser tratada de forma escrita, en cuyo caso se busca transformar un debate político en un mero expediente donde se aportan datos, hechos u opiniones.

Para analizar esta figura, se han tomado como referencias 7 indicadores básicos sobre su diseño reglamentario.

Tabla 4. Indicadores sobre las preguntas escritas

Indicador	Análisis
Reglamento parlamentario	Se estudia su presencia en las normas básicas de organización de las asambleas legislativas.
Limitaciones	Se responde a la pregunta sobre si existen limitaciones por racionalización (cupos de preguntas por parlamentario) o se mediatiza el uso de esta figura (obligatoriedad de visto bueno del portavoz).
Plazo de respuesta	Días que tiene el gobierno para responder.
Plazo de prórroga máximo	Conocer si el ejecutivo puede solicitar una dilación en la respuesta a la cámara y de cuántos días dispone.
Posibilidad de transformación	Estudiar si el parlamentario puede solicitar que la respuesta tenga tratamiento oral cuando se incumplan los plazos de respuesta.
Mantenimiento del tratamiento oral	Conocer si el reglamento blinda la oralidad de la pregunta transformada fuera del periodo de sesiones.
Otras medidas de reproche parlamentario	Analizar otros reproches que se pueden articular ante el incumplimiento de la obligatoriedad del gobierno de responder.

Fuente: Elaboración propia.

Regap

ESTUDIOS

Desde una perspectiva formal, se analiza si están contempladas en los reglamentos, se estudia si existe algún tipo de limitación en el ejercicio de esta figura que la mediatice en favor de los grupos parlamentarios o que racionalice su uso (por ejemplo, la necesidad de que la pregunta cuente con el visto bueno del portavoz o la limitación en su número durante un periodo de tiempo).

Por otro lado, desde un estudio procedimental de la iniciativa se determina cuál es el plazo de respuesta que cada reglamento otorga al gobierno y se estudia si existen mecanismos de prórroga o aplazamiento para el ejecutivo. Finalmente, se estudia el reproche parlamentario que tiene el incumplimiento de la obligación de responder a partir del análisis sobre si se permite que la iniciativa se transforme de escrita a oral (y, por tanto, conlleve la obligatoriedad de comparecer del ejecutivo con carácter inmediato), así como si la transformación se mantiene, aun fuera del periodo de sesiones, y, por último, si existe algún tipo de reproche parlamentario adicional ante el incumplimiento de la obligatoriedad de responder.

3.2 Solicitud de información

Como se ha señalado anteriormente, junto con las preguntas de respuesta escrita, la solicitud de información de los representantes parlamentarios constituye la segunda gran figura de control individual. La conceptualización de esta posibilidad de acceso a la información se configura como un verdadero derecho fundamental autónomo que tienen los representantes electos del poder legislativo para poder realizar de la mejor forma posible el cumplimiento de sus funciones⁴¹.

Tabla 5. Indicadores sobre solicitudes de informe

Indicador	Análisis
Reglamento parlamentario	Se estudia su presencia en las normas básicas de organización de las asambleas legislativas.
Plazo de respuesta	Se señala el marco temporal en el que el gobierno debe facilitar la información solicitada y la existencia de prórrogas.
Medidas principales	Consecuencias reglamentarias de la falta de respuesta.
Medidas accesorias	Otras consecuencias y reproches parlamentarios ante el incumplimiento del gobierno de facilitar contestación.

Fuente: Elaboración propia.

Su estudio se ha realizado a partir del análisis de cuatro indicadores. En primer lugar, se estudia su formalización jurídica en los reglamentos parlamentarios como un derecho.

⁴¹ MATIA PORTILLA, E., "Derecho a la información de los representantes políticos, protección de datos y transparencia", cit., p. 4.

En segundo lugar, se determina la existencia o no de un plazo determinado para dar respuesta y de cuántos días dispone el ejecutivo, así como de la posibilidad de solicitar prórroga.

Y finalmente se estudia el reproche parlamentario de su incumplimiento a partir de la existencia de medidas prioritarias ante la falta de respuesta, así como de mecanismos adicionales por no facilitar la información en tiempo y forma.

3.3 Modelización de los sistemas de control parlamentario escrito

A partir del estudio del diseño de las principales figuras de control escrito que se da en cada uno de los parlamentos autonómicos, el siguiente aspecto que aborda la investigación es la construcción de modelos de control escrito.

Para ello, se realiza un análisis combinado de los resultados planteados y se proponen dos modelos ideales basados en la dureza del reproche parlamentario: racional y fiscalizador.

Tabla 6. Modelos de control parlamentario escrito

Modelo	Características
Racional	Favorable a la posición del ejecutivo.
	Limita la función del parlamentario (plazos largos, posibilidad de prórrogas). Inexistencia de reproche parlamentario a los incumplimientos.
	Favorable a la posición del parlamentario.
Fiscalizador	Se limitan las capacidades del ejecutivo de evitar la respuesta con plazos breves.
	Se establecen sistemas de reproche parlamentario ante el incumplimiento.

Fuente: Elaboración propia.

El modelo racional se orienta hacia el ejecutivo, y su finalidad es asegurar que el gobierno no se ve limitado por posibles obstruccionismos parlamentarios vinculados al control escrito. Con este objetivo, desde una perspectiva ideal, este modelo trataría de limitar la función de control parlamentario en materia de establecimiento de plazos largos (ampliables con prórrogas) y, al mismo tiempo, no definiría ningún tipo de sanción o reproche parlamentario ante incumplimientos del ejecutivo.

Por su parte, el modelo fiscalizador priorizaría la labor del parlamentario, en materia de control escrito, con objeto de facilitar su labor como representante de la ciudadanía. Para ello, busca impedir que el gobierno no atienda las preguntas o las solicitudes de informe con plazos breves y prohibiendo la prórroga en las contestaciones. Además, define criterios de sanción parlamentaria cuando el ejecutivo no cumpla con los plazos.

4 Resultados

4.1 Preguntas con respuesta escrita

La primera dimensión analítica la constituye el estudio del diseño de las preguntas con respuesta escrita, con objeto de conocer la principal figura de actuación individual de los parlamentarios autonómicos.

Para su análisis, se han definido siete indicadores agrupados en tres grandes categorías de estudio: formal (blindaje jurídico en el reglamento parlamentario y existencia o no de limitaciones en su ejercicio), procedimental (plazo de respuesta y mecanismos de prórroga) y mecanismos de reproche parlamentario (posibilidad de transformación en pregunta oral, tratamiento de la oralidad de la pregunta convertida y otras medidas accesorias).

Tabla 7. Diseño de las preguntas parlamentarias desde una perspectiva formal

Asamblea legislativa	Contempladas (artículo del Reglamento)	Existencia de límite o cupo por diputado/grupo
Andalucía	Sí (art. 164)	No
Aragón	Sí (art. 263)	No
Canarias	Sí (art. 181)	No
Cantabria	Sí (art. 172)	No
Castilla y León	Sí (art. 180)	No
Castilla-La Mancha	Sí (art. 191)	No
Cataluña	Sí (art. 166)	No
Comunidad de Madrid	Sí (art. 198)	No
Comunidad Foral de Navarra	Sí (art. 192)	No
Comunidad Valenciana	Sí (art. 161)	No
Extremadura	Sí (art. 227.5)	No
Galicia	Sí (art. 157)	No
Islas Baleares	Sí (art. 160)	No
La Rioja	Sí (art. 146)	No
País Vasco	Sí (art. 186)	No
Principado de Asturias	Sí (art. 216)	No
Región de Murcia	Sí (art. 185)	No

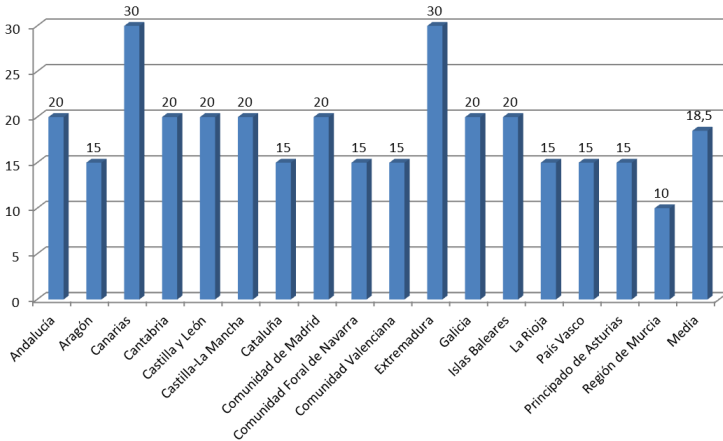
Fuente: Elaboración propia.

Como se puede observar desde una perspectiva formal de análisis, los 17 parlamentos autonómicos contemplan la posibilidad de que sus integrantes formulen preguntas con respuesta escrita al Consejo de Gobierno y así lo disponen en sus respectivos reglamentos.

En todos ellos, además, el ejercicio de esta figura no se ve limitada por la existencia de cupos, o por necesidades de tipo formal como contar con el visto bueno del portavoz del grupo, más allá de lo que posteriormente cada bancada establezca en su disciplina interna. Por tanto, se puede afirmar que desde un punto de vista reglamentario se facilita la actuación individual del representante.

A partir de un estudio procedimental, es necesario señalar que en casi todas las asambleas legislativas se establece un plazo máximo en el cual el Consejo de Gobierno debe remitir la respuesta a la cámara.

Gráfico 1. Plazos de respuesta a las preguntas escritas en los parlamentos autonómicos

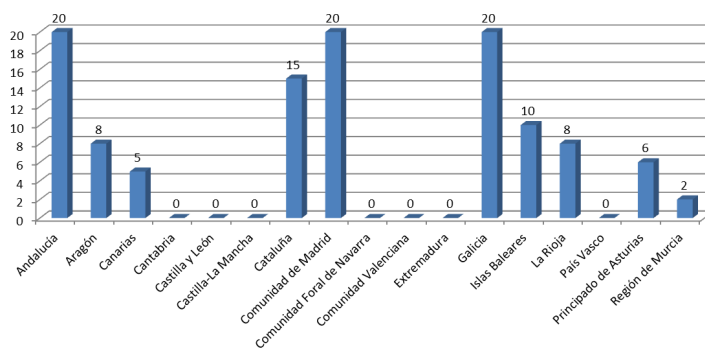


Fuente: Elaboración propia.

El plazo medio definido en todas las comunidades es de 18,5 días. En este apartado la mayoría de los reglamentos fijan 20 días como plazo de respuesta. Dos comunidades superan este plazo, siendo los 30 días que se prevén en los reglamentos del Parlamento de Canarias y la Asamblea de Extremadura el periodo de tiempo más amplio, y los 10 días exigidos por parte del Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia el plazo más corto para que el ejecutivo remita su respuesta a la cámara.

Es relevante señalar que el Parlamento de Cantabria, las Cortes Valencianas, de Castilla y León, de Castilla-La Mancha, la Asamblea de Extremadura y el Parlamento Vasco impiden a sus respectivos consejos de gobierno establecer ninguna prórroga al plazo máximo de respuesta establecido en sus reglamentos. Por su parte, Andalucía, la Comunidad de Madrid y Galicia facultan a sus ejecutivos a prorrogar por hasta 20 días la remisión de la respuesta parlamentaria, mientras que los parlamentos del Principado de Asturias (6 días), Canarias (5 días) y, sobre todo, la Región de Murcia (2 días) establecen los plazos más cortos de prórroga en la remisión de la respuesta.

Gráfico 2. Plazos máximos de prórroga en la remisión de la respuesta a las preguntas escritas



Fuente: Elaboración propia.

El incumplimiento de la obligatoriedad de ofrecer respuesta a las preguntas parlamentarias de carácter escrito conlleva como principal reproche parlamentario el otorgamiento al parlamentario de la potestad de solicitar que la pregunta se convierta en oral y sea incluida por la presidencia de la cámara en la siguiente sesión de la comisión correspondiente, por razón de la materia.

Tabla 8. Transformación oral de las preguntas escritas

Asamblea legislativa	Posibilidad de transformación en pregunta oral
Andalucía	Sí (art. 164)
Aragón	Sí (art. 263)
Canarias	Sí (art. 181)
Cantabria	Sí (art. 172)
Castilla y León	Sí (art. 160)
Castilla-La Mancha	Sí (art. 191)
Cataluña	Sí (art. 166.4)
Comunidad de Madrid	Sí (art. 198.3)
Comunidad Foral de Navarra	Sí (art. 192)
Comunidad Valenciana	Sí (art. 161)
Extremadura	No
Galicia	Sí (art. 157)
Islas Baleares	Sí (art. 160)
La Rioja	Sí (art. 147)
País Vasco	Sí (art. 186)
Principado de Asturias	Sí (art. 216)
Región de Murcia	Sí (art. 185)

Fuente: Elaboración propia.

Solamente la Asamblea de Extremadura no contempla ningún tipo de reproche parlamentario ante la falta de respuesta a las preguntas de carácter escrito, limitándose el artículo 227.5 de su reglamento a señalar que el gobierno deberá remitir la respuesta a las preguntas escritas, con carácter improrrogable, en el plazo de un mes.

Sin embargo, el carácter oral de las preguntas transformadas no tiene una duración permanente, puesto que en todos los reglamentos donde se contempla esta posibilidad se establece que, una vez finalizados los periodos de sesiones, aquellas iniciativas de control parlamentario de naturaleza oral pasarán a ser tramitadas y resueltas mediante respuesta escrita del ejecutivo regional.

Lo que sí llama la atención es que solamente tres parlamentos autonómicos cuentan con medidas de reproche adicional, junto a la posibilidad de transformación oral de la pregunta: Cataluña, Comunidad de Madrid y País Vasco.

El artículo 166 del Reglamento del Parlamento de Cataluña establece que, en caso de que el gobierno no dé cumplida respuesta a una pregunta escrita dentro de los 15 días siguientes a su formulación, es un derecho del parlamentario pedir su transformación como pregunta oral que será incluida en la siguiente sesión de la comisión correspondiente por razón de la materia. Pero señala, adicionalmente, que la celebración de la comisión donde se deba sustanciar la pregunta deberá tener lugar dentro de los 30 días siguientes a su transformación, impidiendo, con este mandato, que las mayorías en las mesas de las comisiones puedan dilatar la sustanciación de la pregunta transformada.

La Asamblea de Madrid, por su parte, prevé en el artículo 198 de su reglamento que, si pasados 20 días el gobierno no remite a la cámara la respuesta, es un derecho del parlamentario solicitar su conversión para su inclusión, como pregunta oral, en la siguiente comisión competente. Pero otorga, con carácter complementario, al diputado regional el derecho a que la respuesta no contestada se publique, para conocimiento público de este incumplimiento, por parte del ejecutivo madrileño en el portal de transparencia de la Asamblea de Madrid.

Por su parte, el Parlamento Vasco, que también prevé la transformación en orales de las preguntas no contestadas pasado el plazo de 15 días, establece en el artículo 186 de su reglamento que, además de celebrar la sesión correspondiente para que tenga lugar la respuesta oral a la pregunta, la Presidencia del Parlamento podrá dirigir un requerimiento al gobierno para que, de forma complementaria, remita la respuesta escrita solicitada.

4.2 Solicitudes de informe

El segundo aspecto analítico de la presente investigación lo constituye el diseño de la figura parlamentaria de las solicitudes de informe en los diferentes parlamentos autonómicos.

Como se ha señalado anteriormente, la solicitud de información de las administraciones públicas por parte de los integrantes del poder legislativo se considera como

Regap

ESTUDIOS

un verdadero derecho fundamental de naturaleza autónoma que integra el núcleo de su labor parlamentaria⁴².

Para su análisis, se han seleccionado cuatro indicadores explicados en la tabla 5: formalización jurídica, existencia de un plazo máximo de respuesta, configuración de mecanismos de reproche parlamentario y medidas accesorias.

En primer lugar, es importante destacar que el derecho a la solicitud de información por parte del parlamentario se encuentra reconocido en la totalidad de los reglamentos de las asambleas legislativas autonómicas.

Tabla 9. Reconocimiento del derecho a la solicitud de información

Asamblea legislativa	Reconocimiento reglamentario	Limitaciones (diputado/grupo)
Andalucía	Sí (art. 7)	No
Aragón	Sí (art. 31)	No
Canarias	Sí (art. 16)	No
Cantabria	Sí (art. 9)	No
Castilla y León	Sí (art. 7)	No
Castilla-La Mancha	Sí (art. 13)	No
Cataluña	Sí (art. 6)	No
Comunidad de Madrid	Sí (Art. 18)	No
Comunidad Foral de Navarra	Sí (art. 14)	No
Comunidad Valenciana	Sí (art. 12)	No
Extremadura	Sí (art. 19.1)	No
Galicia	Sí (art. 9)	No
Islas Baleares	Sí (art. 15)	No
La Rioja	Sí (art. 14)	No
País Vasco	Sí (art. 11)	No
Principado de Asturias	Sí (art. 14)	No
Región de Murcia	Sí (art. 13)	No

Fuente: Elaboración propia.

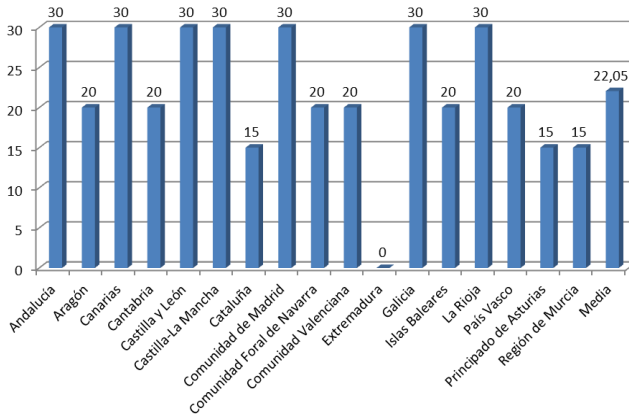
En este sentido, es relevante señalar que la totalidad de los reglamentos parlamentarios de las comunidades autónomas configuran este derecho sin ningún tipo de limitación formal (por ejemplo, visto bueno del portavoz del grupo) o material (limitación de solicitudes en un periodo de tiempo) si se proyecta sobre la actuación de los gobiernos regionales y las administraciones autonómicas.

⁴² MATIA PORTILLA, E., "Derecho a la información de los representantes políticos, protección de datos y transparencia", cit., p. 4.

Cuando se ejercita el derecho de solicitud de información, la gran mayoría de los reglamentos establecen que los gobiernos regionales disponen de un plazo limitado para responder.

De este modo, existe un plazo medio de 22,05 días, que oscila entre los 15 días (que otorga a sus gobiernos los reglamentos del legislativo en la Región de Murcia, Asturias y Cataluña) y un mes (contemplado en los parlamentos de Andalucía, Canarias, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Comunidad de Madrid, Navarra, Galicia y La Rioja). Además, en dos casos, Asturias y Murcia, sus consejos de gobierno pueden retrasar la respuesta solicitando un periodo de prórroga de 6 y 5 días respectivamente.

Gráfico 3. Plazos máximos para atender solicitudes de información parlamentaria



Fuente: Elaboración propia.

En este aspecto, llama la atención el caso de la Asamblea de Extremadura, en la que su reglamento (art. 19.1) establece que es un derecho de los parlamentarios acceder a la información precisa procedente de la Junta de Extremadura para realizar sus funciones, pero en el artículo 230 de la norma reglamentaria no se establece un plazo máximo para atender la iniciativa.

El incumplimiento de la petición de información por parte de miembros del poder legislativo no tiene consecuencias parlamentarias en las asambleas legislativas de Andalucía, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Comunidad de Madrid, Navarra y Extremadura.

En los parlamentos de Aragón, La Rioja, Cataluña, País Vasco, Principado de Asturias y Cantabria se establece que el incumplimiento de las solicitudes de información permite al representante electo elevar una queja a la presidencia de la asamblea legislativa que requerirá al consejo de gobierno a remitir la información solicitada.

En el caso del Parlamento de Cataluña, el artículo 9 de su reglamento, establece que este requerimiento deberá atenderse en el plazo máximo de 3 días.

Por su parte, el incumplimiento de la obligación de atender una solicitud de informe conllevará su transformación como pregunta oral, en pleno ante el Parlamento

Regap

ESTUDIOS

de Canarias, o en comisión en las asambleas legislativas de la Comunidad Valenciana y Galicia.

El reproche parlamentario contempla medidas accesorias en diversas comunidades autónomas cuando el gobierno no facilita la información solicitada.

De este modo, el artículo 35 del Reglamento de las Cortes de Aragón establece que, de forma paralela al requerimiento de facilitar la respuesta a la iniciativa, el parlamentario dispone de la potestad de transformar la solicitud de información en una pregunta oral ante el pleno de la cámara.

Idéntico procedimiento se sigue en el Parlamento de Cantabria, donde el requerimiento de la información se puede complementar por la posibilidad de convertir la iniciativa en una comparecencia del gobierno ante el pleno para informar del incumplimiento de facilitar el acceso a la información (art. 9 del Reglamento del Parlamento de Cantabria).

Por su parte, el Parlamento Vasco contempla que, en caso de incumplimiento de un requerimiento para cumplir con la solicitud de información, la presidencia de la cámara deberá dar cuenta al pleno de esta.

Finalmente, el Parlamento de Cataluña prevé en su artículo 8 que, junto a la potestad del diputado de elevar queja a la presidencia de la cámara para que requiera al gobierno a remitir la información en el plazo de 3 días, este podrá acudir ante los organismos regulatorios de transparencia y acceso a la información pública para hacer valer sus derechos.

5 Discusión de resultados

El análisis del diseño de las figuras parlamentarias de control escrito seleccionadas como objeto de estudio permite apreciar 3 consideraciones previas en relación con la conceptualización del control parlamentario.

En primer lugar, es preceptivo señalar que la configuración de las preguntas con respuesta escrita y las solicitudes de informe como instrumentos de actuación individual del parlamentario se han mantenido en los 17 parlamentos autonómicos y así está reconocido en sus respectivos reglamentos.

Tabla 10. Blindaje jurídico de los instrumentos de control escrito sin mediatización de los grupos parlamentarios

Asamblea legislativa	Preguntas escritas	Existencia de límite o cupo (diputado/grupo)	Solicitudes de informe	Límite (diputado/grupo)
Andalucía	Sí (art. 164)	No	Sí (art. 7)	No
Aragón	Sí (art. 263)	No	Sí (art. 31)	No
Canarias	Sí (art. 181)	No	Sí (art. 16)	No
Cantabria	Sí (art. 172)	No	Sí (art. 9)	No
Castilla y León	Sí (art. 180)	No	Sí (art. 7)	No
Castilla-La Mancha	Sí (art. 191)	No	Sí (art. 13)	No
Cataluña	Sí (art. 166)	No	Sí (art. 6)	No
Comunidad de Madrid	Sí (art. 198)	No	Sí (Art. 18)	No
Comunidad Foral de Navarra	Sí (art. 192)	No	Sí (art. 14)	No
Comunidad Valenciana	Sí (art. 161.)	No	Sí (art. 12)	No
Extremadura	Sí (art. 227.5)	No	Sí (art. 19.1)	No
Galicia	Sí (art. 157)	No	Sí (art. 9)	No
Islas Baleares	Sí (art. 160)	No	Sí (art. 15)	No
La Rioja	Sí (art. 146)	No	Sí (art. 14)	No
País Vasco	Sí (art. 186)	No	Sí (art. 11)	No
Principado de Asturias	Sí (art. 216)	No	Sí (art. 14)	No
Región de Murcia	Sí (art. 185)	No	Sí (art. 13)	No

Fuente: Elaboración propia.

En este aspecto, por tanto, se puede considerar que los parlamentos autonómicos han mantenido las figuras de control escrito como un ámbito de actuación individual y autónoma de sus integrantes que trasciende la mediatización de los partidos y les permiten ejercer funciones propias de representación⁴³.

La segunda apreciación relacionada con los mecanismos de control escrito tiene que ver con su refuerzo mediante la definición de plazos para su cumplimiento, como se muestra en los gráficos 1, 2 y 3.

⁴³ PORRAS NADALES, A., "Las preguntas escritas en la práctica parlamentaria española", cit., p. 112; BURDEAU, G., *Traité de Science Politique*, cit., p. 418; SOLÉ TURA, J., "El control parlamentario en el periodo constituyente y en la Constitución de 1978", cit., p. 40.

Tabla 11. Plazos integrados de cumplimiento y prórroga de los mecanismos de control escrito

Asamblea legislativa	Plazo preguntas escritas	Prórroga preguntas escritas	Plazo solicitudes de informe	Prórroga solicitudes de informe
Andalucía	20	20	30	0
Aragón	15	8	20	0
Canarias	30	5	30	0
Cantabria	20	0	20	0
Castilla y León	20	0	30	0
Castilla-La Mancha	20	0	30	0
Cataluña	15	15	15	0
Comunidad de Madrid	20	20	30	0
Comunidad Foral de Navarra	15	0	20	0
Comunidad Valenciana	15	0	20	0
Extremadura	30	0	0	0
Galicia	20	20	30	0
Islas Baleares	20	10	20	0
La Rioja	15	8	30	0
País Vasco	15	0	20	0
Principado de Asturias	15	6	15	6
Región de Murcia	10	2	15	5

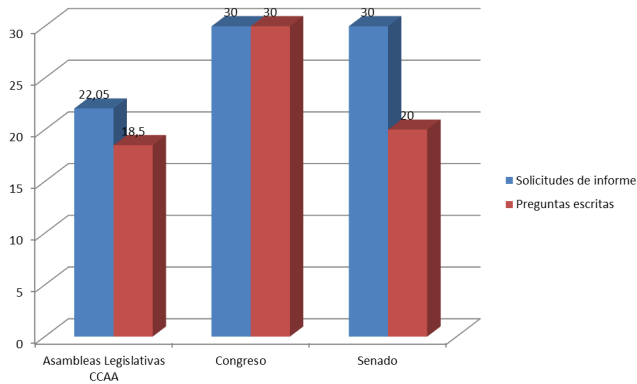
Fuente: Elaboración propia.

En este aspecto, es relevante señalar que los parlamentos autonómicos han reforzado la potestad de control individual de sus miembros en comparación con diputados y senadores en las Cortes Generales, definiendo de media plazos más breves respecto a los existentes a nivel nacional.

En los artículos 7 del Reglamento del Congreso de los Diputados y 20.2 del Reglamento del Senado, se establece el derecho que asiste a los integrantes de ambas cámaras a solicitar información por escrito. En ambos casos se establece un plazo de respuesta de 30 días.

Por su parte, las preguntas con respuesta escrita se contemplan en los artículos 169 del Reglamento de la Cámara Alta y en el 190 del Reglamento del Congreso de los Diputados. En este aspecto, cada cámara cuenta con su propio plazo, de manera que el gobierno dispone de 20 días para responder las preguntas formuladas desde el Senado y de un mes para hacer lo propio cuando la pregunta tiene origen en la Cámara Baja.

Gráfico 4. Plazos máximos de respuesta comparados entre asambleas legislativas-Cortes Generales



Fuente: Elaboración propia.

La tercera apreciación radica en los mecanismos de reproche parlamentario existentes cuando los gobiernos autonómicos no atienden las solicitudes de informe o las preguntas escritas.

En este sentido, existe un tratamiento desigual de ambas figuras. Por un lado, el conjunto de reglamentos parlamentarios (con excepción del Reglamento de la Asamblea de Extremadura) otorgan a sus miembros la posibilidad, ante la falta de respuesta, de transformar la pregunta escrita en una pregunta oral cuya tramitación se incluye en el orden del día de la comisión competente por razón de la materia. Solamente tres parlamentos autonómicos establecen medidas accesorias ante el incumplimiento de la obligación de facilitar respuesta.

Se trata de la Asamblea de Madrid, que faculta al parlamentario a solicitar que la respuesta no contestada se publicite en el Portal de Transparencia de la institución; el Parlamento de Cataluña, que exige que la comisión donde deba sustanciarse la pregunta deba celebrarse dentro de los 30 días posteriores a su transformación y el Parlamento Vasco, en donde la transformación se puede compatibilizar con un nuevo requerimiento al gobierno en los términos del artículo 216 de su reglamento.

Por lo tanto, se puede apreciar que, más allá de abreviar los plazos, las asambleas legislativas autonómicas han previsto un tratamiento similar de las preguntas escritas al contemplado en los reglamentos del Congreso de los Diputados y el Senado (arts. 190 y 169) innovando poco, con la excepción de los parlamentos de Madrid, Cataluña y Euskadi.

Sin embargo, es un detalle especialmente clave señalar que se pueden detectar aspectos de refuerzo de la labor de control en materia de las solicitudes de informe en las cuales, junto a plazos más breves, en algunos casos se contemplan mecanismos de reproche parlamentario ante la falta de respuesta.

Solamente seis parlamentos autonómicos (Andalucía, Madrid, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Comunidad Foral de Navarra y Extremadura) no prevén

Regap

ESTUDIOS

ninguna consecuencia si sus gobiernos no facilitan la información solicitada, siendo este modelo análogo al de las Cortes Generales.

Mientras, en el resto de asambleas legislativas la falta de cumplimiento ante una solicitud de informe se articula en la posibilidad de transformar la iniciativa en pregunta oral de comisión (Comunidad Valenciana y Galicia), así como en el reconocimiento del derecho del parlamentario a plantear una queja ante la presidencia y la mesa de la cámara para que requiera al gobierno regional a remitir la información solicitada, teniendo el ejecutivo que realizarlo (en el caso de Cataluña) dentro de los 3 días siguientes al requerimiento.

Algunos parlamentos autonómicos van más allá y establecen un mecanismo reforzado de reproche con medidas accesorias ante el incumplimiento de responder las solicitudes de informe.

Es el caso de Aragón, donde existe la posibilidad (art. 35 del Reglamento de las Cortes de Aragón) de transformar la solicitud de informe en una pregunta oral en comisión, procedimiento que el Parlamento cántabro endurece dando la posibilidad de que se celebre una comparecencia del gobierno ante el pleno de la cámara para informar sobre el incumplimiento (art. 9 del Reglamento del Parlamento de Cantabria).

Por su parte, el Parlamento de Cataluña faculta a sus diputados a ejercer los derechos previstos en la legislación sobre transparencia ante sus órganos regulatorios cuando no se atiende su solicitud de información; y el País Vasco obliga a la presidencia de su parlamento a informar al pleno sobre el incumplimiento de un requerimiento formulado a petición de un parlamentario.

El estudio de estos mecanismos de control parlamentario permite apreciar que ninguna asamblea legislativa cumple la totalidad de aspectos ideales del modelo racional o fiscalizador pero que tienen elementos que tienden hacia uno u otro.

En este sentido, se puede afirmar que las asambleas legislativas de Andalucía, Castilla y León, Castilla-La Mancha, la Comunidad de Madrid, Navarra, La Rioja y, muy especialmente, Extremadura tienden claramente hacia modelos de tipo racional en los que se favorece la posición del poder ejecutivo.

Tabla 12. Modelización racional de los sistemas de control escrito

Asamblea legislativa	Modelo al que tiende	Cumplimiento de características
Andalucía	Racional	<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 20 días (frente a la media, de 18,5) en preguntas con posibilidad de prórroga por otros 20. Reproche único: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 30 días para solicitudes de informe (frente a la media, de 22,05) sin posibilidad de prórroga. Ausencia de reproche parlamentario.</p>
Castilla y León	Racional	<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 20 días (superior a la media, de 18,5) en preguntas sin posibilidad de prórroga. Reproche único: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 30 días para solicitudes de informe (inferior a la media, de 22,05) sin posibilidad de prórroga. Sin reproche parlamentario.</p>
Castilla-La Mancha	Racional	<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 20 días (superior a la media, de 18,5) en preguntas sin posibilidad de prórroga. Reproche único: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 30 días para solicitudes de informe (inferior a la media, de 22,05) sin posibilidad de prórroga. Sin reproche parlamentario.</p>
Comunidad de Madrid	Racional	<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 20 días (superior a la media, de 18,5) en preguntas con posibilidad de prórroga por otros 20. Reproche principal: posibilidad de transformación oral. Reproche accesorio: publicación de la pregunta no atendida en el portal de transparencia de la Asamblea de Madrid.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 30 días para solicitudes de informe (inferior a la media, de 22,05) sin posibilidad de prórroga. Sin reproche parlamentario.</p>
Comunidad Foral de Navarra	Racional	<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 15 días (por debajo de la media, de 18,5) en preguntas sin posibilidad de prórroga. Reproche principal: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 20 días para solicitudes de informe (inferior a la media, de 22,05) sin posibilidad de prórroga. Sin reproche parlamentario.</p>
Extremadura	Racional	<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 30 días (por encima de la media, de 18,5) en preguntas sin posibilidad de prórroga. Sin reproche parlamentario.</p> <p>Solicitudes de informe: Sin plazo de respuesta ni reproche parlamentario.</p>
La Rioja	Racional	<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 15 días (por debajo de la media, de 18,5) en preguntas con posibilidad de prórroga por otros 8. Reproche principal: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 30 días para solicitudes de informe (superior a la media, de 22,05) sin posibilidad de prórroga. Reproche parlamentario principal: requerimiento al gobierno para que cumpla.</p>
Islas Baleares	Racional	<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 20 días (por encima de la media, de 18,5) en preguntas con posibilidad de prórroga por otros 8. Reproche principal: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 20 días para solicitudes de informe (inferior a la media, de 22,05) sin posibilidad de prórroga. Reproche parlamentario principal: requerimiento al gobierno para que cumpla.</p>

Fuente: Elaboración propia.

Regap

ESTUDIOS

Como se puede ver en la tabla 12, la mayoría definen, para las preguntas escritas, plazos superiores a los 18,5 días de media, que en los casos de la Comunidad de Madrid o Andalucía pueden prolongarse hasta los 40 días si el gobierno emplea el recurso de la prórroga. Solamente La Rioja y Navarra rebajan el plazo hasta los 15 días.

No obstante, en todas ellas se establece un sistema de reproche limitado a la transformación de la pregunta escrita en pregunta oral y, en el caso de Extremadura, ni siquiera se contempla esta posibilidad.

Por su parte, en materia de solicitud de informe, Extremadura no establece plazo máximo; solamente Navarra establece un plazo inferior y, con la excepción de La Rioja, que con un plazo de 30 días (12 por encima de la media nacional) tiene la posibilidad de requerir al gobierno para que cumpla con la solicitud de informe, en ninguna otra asamblea se contempla la existencia reglamentaria de mecanismos de reproche parlamentario ante el incumplimiento.

Frente a la tendencia hacia la modelización racional, hay 9 asambleas legislativas que orientan las preguntas escritas y las solicitudes de informe hacia un sistema de tipo fiscalizador cuya voluntad es favorecer la labor de control parlamentario.

Tabla 13. Modelización fiscalizadora de los sistemas de control escrito

Asamblea legislativa	Modelo al que tiene	Cumplimiento de características
Aragón	Fiscalizador	<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 15 días (por debajo de la media, de 18,5) en preguntas con posibilidad de prórroga por otros 8. Reproche único: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 20 días para solicitudes de informe (inferior a la media, de 22,05) sin posibilidad de prórroga. Reproche parlamentario principal: requerimiento. Reproche parlamentario accesorio: presentación de una pregunta oral en pleno.</p>
		<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 30 días (superior a la media, de 18,5) en preguntas con posibilidad prórroga por otros 5. Reproche único: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 30 días para solicitudes de informe (frente a la media, de 22,05) sin posibilidad de prórroga. Reproche parlamentario principal: transformación de la solicitud de informe en pregunta oral en pleno o comisión.</p>
Cantabria	Fiscalizador	<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 20 días (superior a la media, de 18,5) en preguntas sin posibilidad de prórroga. Reproche único: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 20 días para solicitudes de informe (inferior a la media, de 22,05) sin posibilidad de prórroga. Reproche parlamentario principal: requerimiento al gobierno. Reproche parlamentario accesorio: celebración de una comparecencia del gobierno en pleno para informar sobre el incumplimiento.</p>
		<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 15 días (inferior a la media, de 18,5) en preguntas con posibilidad de prórroga por otros 15. Reproche principal: posibilidad de transformación oral. Reproche accesorio: la sustanciación de la pregunta oral deberá realizarse dentro de los 30 días siguientes a la transformación. Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 15 días para solicitudes de informe (inferior a la media, de 22,05) sin posibilidad de prórroga. Reproche parlamentario principal: requerimiento al gobierno para que cumpla. Reproche accesorio: posibilidad de que el parlamentario ejercite sus derechos ante los organismos reguladores en materia de transparencia.</p>
Cataluña	Fiscalizador	<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 15 días (por debajo de la media, de 18,5) en preguntas sin posibilidad de prórroga. Reproche principal: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 20 días para solicitudes de informe (inferior a la media, de 22,05) sin posibilidad de prórroga. Reproche parlamentario principal: transformación de la solicitud de informe en pregunta oral en comisión.</p>
		<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 20 días (por encima de la media, de 18,5) en preguntas con posibilidad de prórroga por otros 20. Reproche principal: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 30 días para solicitudes de informe (superior a la media, de 22,05) sin posibilidad de prórroga. Reproche parlamentario principal: transformación de la solicitud de informe en pregunta oral en comisión.</p>
Comunidad Valenciana	Fiscalizador	<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 15 días (por debajo de la media, de 18,5) en preguntas sin posibilidad de prórroga. Reproche principal: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 20 días para solicitudes de informe (inferior a la media, de 22,05) sin posibilidad de prórroga. Reproche parlamentario principal: transformación de la solicitud de informe en pregunta oral en comisión.</p>
		<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 20 días (por encima de la media, de 18,5) en preguntas con posibilidad de prórroga por otros 20. Reproche principal: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 20 días para solicitudes de informe (por debajo de la media, de 22,05) sin posibilidad de prórroga. Reproche parlamentario principal: requerimiento al gobierno para que cumpla. Reproche parlamentario accesorio: la presidencia de la cámara informará al pleno si el requerimiento es desatendido.</p>
Galicia	Fiscalizador	<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 15 días (por debajo de la media, de 18,5) en preguntas sin posibilidad de prórroga. Reproche principal: posibilidad de transformación oral. Reproche accesorio: posibilidad de requerimiento al gobierno para que remita la respuesta.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 20 días para solicitudes de informe (por debajo de la media, de 22,05) sin posibilidad de prórroga. Reproche parlamentario principal: requerimiento al gobierno para que cumpla. Reproche parlamentario accesorio: la presidencia de la cámara informará al pleno si el requerimiento es desatendido.</p>
		<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 15 días (por debajo de la media, de 18,5) en preguntas con posibilidad de prórroga por otros 6. Reproche principal: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 15 días para solicitudes de informe (por debajo de la media, de 22,05) con posibilidad de prórroga por otros 6. Reproche parlamentario principal: requerimiento al gobierno para que cumpla.</p>
País Vasco	Fiscalizador	<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 10 días (por debajo de la media, de 18,5) en preguntas con posibilidad de prórroga por otros 2. Reproche principal: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 15 días para solicitudes de informe (por debajo de la media, de 22,05) con posibilidad de prórroga por otros 5. Reproche parlamentario principal: requerimiento al gobierno para que cumpla.</p>
		<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 15 días (por debajo de la media, de 18,5) en preguntas con posibilidad de prórroga por otros 2. Reproche principal: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 15 días para solicitudes de informe (por debajo de la media, de 22,05) con posibilidad de prórroga por otros 5. Reproche parlamentario principal: requerimiento al gobierno para que cumpla.</p>
Principado de Asturias	Fiscalizador	<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 15 días (por debajo de la media, de 18,5) en preguntas con posibilidad de prórroga por otros 2. Reproche principal: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 15 días para solicitudes de informe (por debajo de la media, de 22,05) con posibilidad de prórroga por otros 5. Reproche parlamentario principal: requerimiento al gobierno para que cumpla.</p>
		<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 10 días (por debajo de la media, de 18,5) en preguntas con posibilidad de prórroga por otros 2. Reproche principal: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 15 días para solicitudes de informe (por debajo de la media, de 22,05) con posibilidad de prórroga por otros 5. Reproche parlamentario principal: requerimiento al gobierno para que cumpla.</p>
Región de Murcia	Fiscalizador	<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 10 días (por debajo de la media, de 18,5) en preguntas con posibilidad de prórroga por otros 2. Reproche principal: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 15 días para solicitudes de informe (por debajo de la media, de 22,05) con posibilidad de prórroga por otros 5. Reproche parlamentario principal: requerimiento al gobierno para que cumpla.</p>
		<p>Preguntas escritas: Plazo de respuesta de 10 días (por debajo de la media, de 18,5) en preguntas con posibilidad de prórroga por otros 2. Reproche principal: posibilidad de transformación oral.</p> <p>Solicitudes de informe: Plazo de respuesta de 15 días para solicitudes de informe (por debajo de la media, de 22,05) con posibilidad de prórroga por otros 5. Reproche parlamentario principal: requerimiento al gobierno para que cumpla.</p>

Fuente: Elaboración propia.

Regap

ESTUDIOS

De este modo, la tabla 13 muestra que, con carácter general, el tratamiento de las preguntas escritas suele basarse en la definición de plazos muy inferiores a la media (con la excepción de Canarias, Cantabria y Galicia), destacando el caso de la Asamblea de la Región de Murcia, que dispone de un plazo máximo de 10 días para remitir la respuesta a la cámara.

En todos ellos se establece como reproche principal la posibilidad de transformar de forma oral la pregunta, destacando la existencia de mecanismos accesorios en el Parlamento Vasco (requerir que se remita la respuesta escrita a la cámara) o de Cataluña, en donde la sustanciación de la iniciativa tendrá que realizarse dentro de los 30 días posteriores a su transformación.

Sin embargo, el aspecto más relevante, que en todos estos modelos favorece la posición del parlamentario, consiste en el carácter que se da a las solicitudes de informe. Si bien en los nueve parlamentos autonómicos, cuyo control escrito tiende al modelo fiscalizador, se establecen plazos dispares que oscilan entre los 15 y los 30 días, lo relevante es que se definen mecanismos principales o accesorios de reproche parlamentario para cuando tengan lugar casos de incumplimiento que se traducen en tres importantes consecuencias.

Primeramente, el incumplimiento de facilitar información puede llevar aparejada para los diferentes gobiernos la obligación de dar explicaciones sobre ello en sede parlamentaria en forma de comparecencia en pleno (Cantabria), pregunta oral en el pleno (Aragón) o responder preguntas orales en comisión (Comunidad Valenciana o Galicia).

En segundo lugar, ante la falta de respuesta, el parlamentario puede activar un requerimiento por parte de la presidencia de la cámara al ejecutivo que puede dar lugar, por ejemplo, en el caso del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, a enviar la información en el plazo de 3 días.

Y finalmente la falta de respuesta puede activar, en el caso exclusivo de Cataluña, que el parlamentario haga valer sus derechos de acceso a la información en los términos previstos en la legislación sobre transparencia ante sus organismos reguladores.

6 Conclusiones

A partir de la presentación de los resultados de la investigación, se hace preceptivo retomar la pregunta inicial de esta, consistente en conocer si el desarrollo de los parlamentos autonómicos ha reforzado las figuras tradicionales de control parlamentario escrito.

En este sentido, el artículo permite extraer dos conclusiones principales. En primer lugar, que en líneas generales los parlamentos autonómicos han reforzado la labor de control escrito que realizan sus integrantes, potenciando su posibilidad de actuación individual sin exceso de mediatización por parte de los partidos políticos.

Este refuerzo de la acción individual del parlamentario se aprecia, con carácter general, en tres aspectos. Por un lado, como muestran los gráficos 1, 2, 3 y sobre todo

el 4, en el establecimiento de plazos medios, generalmente más breves que los que se contemplan para las figuras análogas en los reglamentos de las Cortes Generales.

De este modo, se define la obligatoriedad de que los gobiernos autonómicos respondan en un menor plazo de tiempo tanto a las preguntas escritas (18,5 días de media, frente a los 30 del Congreso y los 20 del Senado) como a las solicitudes de informe (22,05 días de media en los 17 parlamentos autonómicos, frente a los 30 de las dos cámaras del legislativo a nivel nacional).

Adicionalmente, se han diseñado en muchos casos instrumentos coactivos para exigir el cumplimiento de las iniciativas de control escrito. En este sentido, como se ve en las tablas 12 y 13, es significativo que, junto con el tradicional reproche parlamentario que permite la transformación oral de las preguntas escritas, con la excepción de Extremadura, apreciable en la tabla 8, en 3 de las 17 asambleas legislativas existen mecanismos de reproche complementario, como es el requerimiento de la presidencia del legislativo vasco de la posibilidad de publicitar la pregunta no contestada en el portal de transparencia de la cámara madrileña o el plazo máximo de sustanciación del Parlamento catalán.

Y especialmente el refuerzo se proyecta, en materia de solicitud de informe, con la configuración de mecanismos coactivos de reproche parlamentario que pueden consistir, como se ha indicado en el epígrafe anterior y se visualiza en las tablas 12 y 13, en la obligatoriedad de responder, por parte del ejecutivo, a iniciativas de control oral para dar explicaciones, en la potestad de requerir el cumplimiento que se da a los órganos de dirección de la mayoría de las asambleas legislativas autonómicas.

La segunda conclusión que se puede extraer de la presente investigación radica en que el refuerzo de los mecanismos de control escrito implica que la afirmación general analizada en la revisión de la literatura de que el parlamentarismo autonómico ha sido esencialmente isomórfico respecto del modelo a nivel estatal no es del todo cierta, ya que en la regulación de este tipo de figuras tanto las asambleas legislativas que diseñan un sistema de corte racional como las que definen un modelo con un claro carácter fiscalizador mejoran, en líneas generales, el tratamiento de las preguntas parlamentarias con respuesta escrita y el derecho de los miembros del poder legislativo de solicitar información a los gobiernos autonómicos.

Sin embargo, esta segunda conclusión no se puede formular de manera general, ya que la investigación versa sobre las dos principales figuras de control parlamentario escrito y sería necesario extender el análisis al conjunto de los procesos de control político al ejecutivo para determinar si existe o no isomorfismo en su diseño, aspecto que podría abrir una más que interesante línea de investigación futura.

Bibliografía

- ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Gobernabilidad, crisis y cambio*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- ANDUIZA PEREA, E., “El Sistema Político de Italia”, Alcántara Sáez, M. (ed. lit.), *Sistemas Políticos de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Regap

ESTUDIOS

- APARICIO, M.A., *Introducción al sistema político y constitucional español*, Ariel, Barcelona, 1994.
- ARAGÓN, M., “Información Parlamentaria y Función de Control”, VV. AA., *Instrumentos de Información de las Cámaras Parlamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1965.
- BLAMONT, E., *Les Techniques Parlamentaires*, Presses Universitaires de France, París, 1950.
- BURDEAU, G., *Traité de Science Politique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1981.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. y GÓMEZ-FERRER MORANT, R., “La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución”, *Documentación Administrativa*, n. 188, 1980. <https://doi.org/10.24965/da.vi188.4503>.
- CASAL, D., “Estado, política y sociedad”, Perelló Oliver, S. (ed.), *Estructura Social Contemporánea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- CASAL, D. y VILADRICH, B. “Secesión, autogobierno y modelos de democracia”, *Revista de Estudios Regionales*, 2021 (en prensa).
- COLLIARD, J.C., “El poder en el semipresidencialismo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 20, 2009. <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484881e.2009.20.5862>.
- CUOCOLO, F., *Instituzioni di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milán, 1983.
- DE VERGOTTINI, G., *Lo “shadow cabinet”. Saggio comparativo sul rilievo costituzionale dell’opposizione nel regime parlamentare britannico*, Giuffrè, Milán, 1973.
- DUVERGER, M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Press University France, París, 1970.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, I. “El control parlamentario y su regulación en el Ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 60, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, Madrid, 1998.
- GARCÍA MORILLO, J., “Mitos y realidades del parlamentarismo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 9, 1991.
- GARCÍA MORILLO, J., *La Democracia en España*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- LIJPHART, A., *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en 36 países*, Ariel, Barcelona, 2016.
- LINARES, S., “Treinta Años del Debate Presidencialismo-Parlamentarismo. Un balance de las evidencias”, *Revista Española de Ciencia Política*, n. 27, 2011.
- LINZ, J.J., “Presidential or parliamentary democracy: Does it make a difference?”, Linz, J.J. y Valenzuela, A. (ed. lit.), *The failure of presidential democracy*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1994.
- LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P. y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MARTÍNEZ, R. y GARRIDO, A., *Sistemas mixtos de gobierno de tendencia presidencial*, Instituto de Ciencias Políticas y Sociales, Barcelona, 2000.

- MATIA PORTILLA, E., “Derecho a la información de los representantes políticos, protección de datos y transparencia”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 42, 2017.
- MONTERO GIBERT, J.R. y GARCÍA MORILLO, J., *El Control Parlamentario*, Tecnos, Madrid, 1984.
- NOHLEN, D., “El Presidencialismo Comparado”, *Revista del Instituto de Altos Estudios Europeos*, n. 1, 2013.
- PANIAGUA SOTO, J.L. “Los estudios sobre el Parlamento y el Control Parlamentario: una aproximación desde la Ciencia Política”, Tudela, J. (coord.), *Los parlamentos autonómicos en tiempos de crisis*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2015.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- PIZARRO MARTÍN, J.A., “Las ambigüedades del régimen semipresidencial: la experiencia de la federación de Rusia”, *Revista de Derecho de la UNED*, n. 5, 2009. <https://doi.org/10.5944/rduned.5.2009.10991>.
- PORRAS NADALES, A., “Las preguntas escritas en la práctica parlamentaria española”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 19, 1981.
- RAZQUIN LIZÁRRAGA, M., “El control parlamentario del Gobierno de España”, *Revista Jurídica de Navarra*, n. 41, 2006.
- RENIU, J.M., *Sistema Político Español*, Editorial Huygens, Barcelona, 2012.
- ROUSSEAU, J.J., *El Contrato Social*, Bordás, 1762.
- SÁNCHEZ MEDERO, G. y SÁNCHEZ MEDERO, R., “El Sistema Político y sus elementos”, Sánchez Medero, G. y Sánchez Medero, R. (dirs.), *Sistemas Políticos de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- SARTORI, G., *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, Palgrave MacMillan, Londres, 1994.
- SHUGART, M. y HAGGARD, S., “Institutions and public policy in presidential systems”, Haggard, S. y McCubbin, M.D. (eds.), *Presidents, Parliaments, and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- SOLÉ TURA, J., “El control parlamentario en el periodo constituyente y en la Constitución de 1978”, Aparicio, M.A. (coord.), *Parlamento y sociedad civil*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1980.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., “Algunas consideraciones sobre las reformas estatutarias”, *Teoría y realidad constitucional*, n. 22, 2008.
- TOCQUEVILLE, A. de, *La Democracia en América*, Alianza Editorial, 1835.
- TORCAL, M., MONTERO, J.R. y TEORELL, J., “La participación política en España: modos y niveles en perspectiva comparada”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 132, 2006.
- VISEDO MAZÓN, F.J., “La realidad de los parlamentos autonómicos desde la aprobación de la Constitución española de 1978”, *Revista de Derecho del Estado*, n. 28, 2012.
- VITORINO, A., “El Control Parlamentario del Gobierno”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 60-61, 1988.

Regap

ESTUDIOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_julio-diciembre 2021 | pp. 369-389
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4816>
© Carlos Heredero del Campo
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 16/07/2021 | Aceptado: 16/12/2021

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

O periplo accidentado da
contratación de emerxencia

El periplo accidentado de la contratación de emergencia

The troubled journey of
emergency public procurement

62 Regap

Regap

ESTUDIOS

CARLOS HEREDERO DEL CAMPO
Contratado predoctoral FPU
Universidad de León

<https://orcid.org/0000-0002-0980-0026>

cherc@unileon.es

Resumo: A contratación pública é unha efectiva ferramenta ao servizo das administracións públicas para facer fronte ás necesidades de interese xeral e, de xeito especial, a aquelas producidas a partir dunha emerxencia. Para poder canalizar unha resposta ante estas situacións imprevisibles de forma áxil e rápida, contéplase o réxime excepcional da tramitación de emerxencia, que, en contraposición aos longos procedementos administrativos e na procura da inmediatez, dispensa da necesidade de suxeitarse a determinados formalismos recollidos na lei. Este traballo pretende realizar un breve repaso histórico-xurídico deste réxime, da súa evolución, contido e características, e cuxa análise pode axudarnos a comprender mellor o seu alcance e utilidade actual e futura.

Palabras clave: Contratación de emerxencia, necesidades de interese xeral, evolución lexislativa, COVID-19, estado de alarma.

Resumen: La contratación pública es una efectiva herramienta al servicio de las administraciones públicas para hacer frente a las necesidades de interés general y, de manera especial, a aquellas producidas

a raíz de una emergencia. Para poder canalizar una respuesta ante estas situaciones imprevisibles de forma ágil y rápida, se contempla el régimen excepcional de la tramitación de emergencia, que, en contraposición a los largos procedimientos administrativos y en aras de la inmediatez, dispensa de la necesidad de sujetarse a determinados formalismos recogidos en la ley. Este trabajo pretende realizar un breve repaso histórico-jurídico de este régimen, de su evolución, contenido y características, y cuyo análisis puede ayudarnos a comprender mejor su alcance y utilidad actual y futura.

Palabras clave: Contratación de emergencia, necesidades de interés general, evolución legislativa, COVID-19, estado de alarma.

Abstract: Public procurement is an effective tool at the service of Public Administrations to meet the needs of the general public interest, especially those produced by an emergency. In order to respond to these unpredictable situations in an agile and rapid way, an exceptional emergency legal regime is contemplated that, contrary to long administrative procedures and in search of immediacy, dispenses with the need to abide by certain formalities set forth in the law. This paper aims to carry out a brief historical-legal review of this regime, its evolution, content and characteristics, and whose analysis can help us better understand its current and future scope and utility.

Key words: Emergency procurement, public needs, legislative evolution, COVID-19, alarm state.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Antecedentes históricos, en especial el Real decreto de 27 de febrero de 1852. 3 Hitos destacados de las sucesivas reformas. 3.1 Ley de administración y contabilidad de la hacienda pública de 1911. 3.2 Ley de contratos del Estado de 1965. 3.3 Ley de contratos de las administraciones públicas de 1995. 3.4 Ley de contratos del sector público de 2007. 4 Regulación actual. 4.1 Ley de contratos del sector público de 2017. 4.2 Las previsiones durante la crisis sanitaria. 4.3 Rumbo a seguir.

1 Introducción

La contratación pública es, sin duda, una importante y efectiva herramienta al servicio de las administraciones para poder hacer frente a las diferentes situaciones de emergencia que se puedan producir. Me refiero a escenarios excepcionales que precisen de una respuesta ágil y rápida para poder afrontar estas situaciones imprevisibles, así como las necesidades sobrevenidas que produzcan, de una manera adecuada y eficiente. Para ello, se hace necesario que existan mecanismos que permitan reducir e incluso suprimir los diferentes plazos existentes en nuestra legislación contractual.

Esta respuesta se ha canalizado a través de la tramitación de emergencia, un régimen excepcional que faculta a la Administración, en contraposición a los largos procedimientos administrativos, para actuar con toda la rapidez que sea técnica y físicamente posible. Permite adoptar una decisión inmediata ante situaciones que, por su excepcional naturaleza, precisan de una pronta actuación –necesaria para garantizar su efectividad–, pues, de otra forma, la dilación en el tiempo solo supondría agravar los problemas a los que se quiere hacer frente al aplazar las medidas de intervención a un momento en que sus efectos serían irreversibles. Por este motivo, durante la crisis sanitaria que ha asolado el planeta, la tramitación de emergencia ha cobrado especial relevancia al convertirse en una de las piedras angulares de la actividad contractual.

Para la consecución de tal fin, se confiere un amplio margen de actuación a los poderes públicos, permitiéndoles prescindir de ciertos requisitos formales en aras

de la inmediatez. Dispensa que, al mismo tiempo, supone una merma de las garantías del procedimiento ordinario y conlleva aparejado inherentemente el riesgo de abuso de esta figura, tanto por su posible uso directamente fraudulento como por la dificultad que representa controlarla de manera eficiente.

Por todo ello, para entender mejor su utilización, finalidad y valía, considero necesario realizar un breve repaso histórico-jurídico de este régimen, de su evolución, contenido y características, ya que suscita numerosas cuestiones de gran trascendencia y cuyo análisis puede ayudarnos a comprender mejor su alcance y utilidad en la actualidad, así como los futuros cambios que puede o debe sufrir.

2 Antecedentes históricos, en especial el Real decreto de 27 de febrero de 1852

El recurso a la técnica contractual por parte de los poderes públicos es una constante en la historia de las organizaciones políticas donde las distintas autoridades recurrían al pactismo para realizar aquellas actividades que, por su naturaleza, no podían satisfacer de un modo eficiente. Igualmente, las diversas y numerosas situaciones de emergencia también han formado parte de las distintas sociedades. Por ello, no debemos extrañarnos de que ya en las primeras regulaciones decimonónicas sobre la materia¹ aparezcan tanto referencias a acontecimientos catastróficos o situaciones excepcionales, como reglas jurídicas que excepcionan o desplazan el derecho ordinario y que nos permiten hacer frente a estos peligros de forma rápida o inmediata.

En consecuencia, debemos remontarnos hasta mediados del siglo XIX, época en la que aparecen las primeras normas que regulan la actividad contractual del Estado y las corporaciones locales, para estudiar los antecedentes jurídicos de la regulación de la tramitación por vía de emergencia.

Desde principios de siglo fueron numerosas las crisis a las que tuvo que hacer frente España, agravadas, todas ellas, al ser coincidentes con una convulsa etapa de nuestra historia, verbigracia, la fiebre amarilla que desembarca en Cádiz en agosto de 1800 y es impulsada posteriormente por la guerra contra los franceses, o el cólera, que aparece en Vigo en 1833 y es propagado por las guerras carlistas². Por ello, no es de extrañar que, en las legislaciones de este periodo, en sentido general y no solo en lo referido a la contratación pública, se tuviese en cuenta la posible existencia de situaciones imprevistas que necesitasen de una pronta actuación administrativa exenta de formalismos³.

¹ Ampliamente tratada la formación, evolución y situación actual en materia de contratación administrativa en MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIII - Contratos del sector público*, Editorial Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2.ª ed., Madrid, 2018, pp. 14-42. También *vid.* MEILÁN GIL, J.L., "La actuación contractual de la Administración Pública española. Una perspectiva histórica", *Revista de Administración Pública*, n. 99, 1982, pp. 7-36.

² Un interesante repaso de las epidemias que han afectado a nuestro país desde el siglo XIX, así como la respuesta de la Administración en cada momento, en MUÑOZ MACHADO, S., "El poder y la peste de 2020", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 90-91, 2020, pp. 114-131.

³ Por ejemplo, el artículo 12 del Real decreto de 17 de julio de 1836, que contiene la ley sobre enajenación forzosa de la propiedad particular en beneficio público, dispone: "Un real decreto determinará los medios más expeditos de aplicar esta ley a

En este contexto, con el impulso de Bravo Murillo como presidente del Consejo de Ministros durante el reinado de Isabel II, arranca el proceso de formalización contractual con el Real decreto de 27 de febrero de 1852, inicial referencia histórica en materia de contratación pública del constitucionalismo. Es a partir de este momento cuando puede afirmarse que “se constituye la primera regulación sistemática del procedimiento administrativo para la elección del contratista en los contratos celebrados por la Administración del Estado”⁴ con la finalidad de adjudicar el contrato a la mejor oferta y, de esta forma, evitar abusos y situaciones fraudulentas contrarias al interés general. Así, los procedimientos de la época –las subastas y remates públicos– quedan sometidos, con carácter general, a unos trámites prefijados de carácter obligatorio.

No obstante, el propio texto legal, como respuesta a esta constante de la historia ya mencionada, las crisis, contempla distintas excepciones a esta obligatoriedad. En este sentido, su artículo sexto prevé la posible existencia de situaciones imprevistas que, por su urgencia, demanden un pronto servicio y hagan imposible el cumplimiento de estos formalismos⁵. De manera similar, aunque de un modo más concreto, el artículo octavo indica que “las disposiciones contenidas en el artículo precedente (relativas al pliego de condiciones y la exigencia de garantía) no serán extensivas a los casos en que una necesidad de fuerza mayor obligue a la Administración a contraer los compromisos mencionados, ni a los que estén previstos en los reglamentos generales de los respectivos servicios”. Este último precepto podríamos decir que recoge el germen de la actual tramitación de emergencia⁶ al eximir –por razones de necesidad– de la presentación de los mencionados documentos que, a día de hoy, formarían parte del expediente de contratación.

Debe tenerse en cuenta que estas situaciones a las que hemos hecho referencia son imprevisibles para el legislador e imposibles de recoger en la normativa vigente si no es mediante el uso de términos generales tales como fuerza mayor, emergencia, situación extraordinaria o situación de grave peligro, que, por su carácter abstracto e indeterminado, permiten englobar cualquier circunstancia de estas características. Todo intento por delimitar de manera definitiva este carácter está abocado al fracaso, pues se trata de un concepto relativo que varía en función del tiempo, de la sociedad y la época en que se utilice. Esta inconcreción, más que un obstáculo, representa una gran ventaja, pues permite englobar en ella tanto escenarios excepcionales

obras de fortificación (...) dejando siempre para los casos de guerra, u otras circunstancias urgentes, la laxitud conveniente a los comandantes respectivos para atender de pronto lo que pidiese la necesidad”.

⁴ Que es un fiel trasunto de la Ordenanza francesa de 4 de diciembre de 1836, *vid.* PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1963, p. 171.

⁵ Similar a lo contemplado en el artículo 168.b). 1.ª de la LCSP al referirse a “una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119”.

⁶ En este sentido lo apuntaba CARBONERO GALLARDO, J.M., *La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual. Tesis doctoral*, Universidad de Granada, Granada, 2010, p. 69, cuando nos indica que tal decisión es comparable a la actual previsión que exige de la obligación de tramitar el expediente administrativo.

– consecuencia de la naturaleza o de la acción humana– cuyo carácter es indubitado⁷ como circunstancias de menor entidad que precisan de una respuesta inmediata, siendo necesario, por este motivo, acudir a la casuística para saber en cada momento qué debemos entender por suceso inevitable, imprevisible o irresistible. Por todo ello, su determinación queda al arbitrio de los órganos de la Administración responsable de la contratación como intérpretes del interés general.

Por el momento, en el real decreto que ahora nos ocupa, se hace mención a la fuerza mayor sin más precisiones. Pese a esta omisión, tal expresión es utilizada por la normativa vigente y coetánea en materia de contratación, por lo que considero que puede ser útil realizar una aproximación a la referencia realizada por el legislador en cuanto a estas circunstancias. De este modo, el artículo 41 del Real decreto de 10 de julio de 1861, por el que se aprueba el pliego de condiciones generales para las contrataciones de obras públicas, que regula el derecho de indemnización del contratista, determina que “para los efectos de este artículo, se considerarán como casos de fuerza mayor: los incendios ocasionados por la electricidad atmosférica; las avenidas repentinas de los ríos; los grandes temporales marítimos, y en general aquellos accidentes que es imposible prever ni evitar”. Posteriormente, la Real orden de 17 de julio de 1868⁸, que aprueba el reglamento para el cumplimiento del citado artículo 41 y que lo aplica con carácter general, recoge trece casos concretos de fuerza mayor en los que a los anteriores –inundaciones, incendios o terremotos– se unen otros como las epidemias, guerras⁹ o robos tumultuosos, así como “todos aquellos accidentes extraordinarios cuyos efectos son de todo punto irresistibles”¹⁰. Podemos observar que ambas normas concluyen, como no puede ser de otra forma si se quiere garantizar su eficacia, con una fórmula general.

Por último, respecto al ámbito subjetivo, puede afirmarse que en la época existen dos regímenes de contratación diferenciados. Por un lado, el concerniente al Estado y, por otro lado, el relativo a los ayuntamientos y diputaciones provinciales, dualidad que, como veremos, se mantendrá hasta finales del siglo XX.

En este sentido, el artículo 14 del Real decreto de 27 de febrero señalaba que el “Gobierno aplicará las disposiciones del presente decreto por medio de reglamentos a los servicios y obras públicas provinciales y municipales”. Empero, ante la ausencia prolongada en el tiempo de los citados reglamentos y la inseguridad jurídica

⁷ Ejemplos por todos conocidos pueden ser: la erupción del Vesubio del año 79, la peste negra que asoló Europa y Asia en el s. XIV, el terremoto de Lisboa de 1755, el famoso incendio de Chicago de 1871, así como las incontables guerras producidas.

⁸ Real orden de 17 de julio de 1868, por la que se aprueba el reglamento para la aplicación del artículo 41 del pliego de condiciones generales en todas las contrataciones de obras públicas, relativamente a la declaración y abono de los perjuicios causados en los casos de fuerza mayor.

⁹ Posteriormente, esta causa de fuerza mayor dará lugar a una regulación independiente mediante la Real orden de 18 de junio de 1881, por la que se aprueba el Reglamento provisional para la contratación de todos los servicios correspondientes al ramo de guerra. En esta norma podemos encontrar múltiples alusiones a la urgencia inherente a la guerra y que habilita a los poderes públicos a actuar de manera inmediata frente a esta. De tal modo, el artículo 6.4 establece que los servicios que por su reconocida urgencia demanden pronta ejecución no darán lugar a los trámites fijados para la subasta. Por otro lado, el artículo 21 recoge que los contratos que se formasen por circunstancias urgentes o extraordinarias justificadas, observando en lo posible las reglas generales establecidas, serán de hecho válidos y de inmediato efecto, solicitando después la consiguiente superior aprobación.

¹⁰ Un interesante monográfico al respecto en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 2, 1950, p. 86.

que esto representaba, se dicta el Real decreto de 4 de enero de 1883¹¹, que recoge la conveniente obligación de celebrar por remate y subasta pública todos los contratos realizados por las diputaciones provinciales y ayuntamientos (art. 1). De la misma forma, establece similares excepciones a las ya mencionadas (art. 36), entre las que se encuentran aquellos contratos que “sean de tan extraordinaria urgencia, nacida de circunstancias imprevistas, que no haya tiempo para llenar los trámites exigidos en las subastas”, sin olvidar que seguirá siendo de aplicación, de modo supletorio, el Real decreto de 27 de febrero de 1852 (art. 38).

3 Hitos destacados de las sucesivas reformas

3.1 Ley de administración y contabilidad de la hacienda pública de 1911

La siguiente regulación básica que encontramos en materia de contratación es la Ley de administración y contabilidad de la hacienda pública de 1 de julio de 1911, que dedica el capítulo V a los contratos¹².

Dentro de su articulado, contempla las situaciones de necesidad, principalmente, en dos preceptos.

En primer lugar, su artículo 55.3 exceptúa de las solemnidades de la subasta, principal forma de adjudicación de los contratos en la época¹³, pudiendo, a su vez, ser concertados directamente por la Administración aquellos “contratos de reconocida urgencia que por circunstancias imprevistas demandaren un pronto servicio que no dé lugar a los tramites de la subasta”. La propia ley no determina qué se entiende por circunstancias imprevistas y, a diferencia de la anterior legislación, ya no se utiliza el término “fuerza mayor”. Pese a ello, este sigue siendo utilizado por la normativa contemporánea (un claro ejemplo lo encontramos en el artículo 42 del Pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas, publicado por Real decreto de 13 de marzo de 1903 y vigente en ese momento, que regula los casos de fuerza mayor en relación con la indemnización del contratista y que realiza una remisión expresa al ya citado Reglamento de 17 de julio de 1868¹⁴). Por ende, podemos entender que se engloban todas aquellas situaciones anteriormente mencionadas.

¹¹ Real decreto de 4 de enero de 1883, por el que se dispone que los contratos que las diputaciones provinciales y ayuntamientos celebren para toda clase de servicios que produzcan gasto o ingreso en fondos provinciales y municipales se hagan por remate y subasta pública.

¹² La preocupación por el orden financiero y el control del gasto del Real decreto de 27 de febrero de 1852 hizo que la siguiente regulación en materia de contratos se encuadrara dentro de esta legislación, y como resquicio a día de hoy tenemos el acusado protagonismo del Ministerio de Hacienda en esta materia. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Aranzadi, 19.ª ed., Pamplona, 2020, p. 755.

¹³ En este sentido, el artículo 47 señala que “todos los contratos de obras o servicios por cuenta del Estado se realizarán por subasta pública, excepto los determinados por esta ley”.

¹⁴ Del mismo modo, y debido a la remisión en bloque que realiza la ley al derecho privado, podríamos también acudir al Código civil, al recoger este en su artículo 1105 el concepto de fuerza mayor como aquel suceso imprevisible e inevitable.

En segundo lugar, sin perjuicio de lo previamente expuesto, el artículo 66 contempla expresamente dos situaciones excepcionales que, por su magnitud y entidad, deben quedar fuera de ser consideradas simplemente como situaciones imprevistas, a saber, las guerras y las epidemias oficialmente declaradas. En consecuencia, con la finalidad de poder hacerles frente, se confiaron poderes exorbitantes al Gobierno, quien puede suspender las disposiciones contenidas en todo el capítulo V para la contratación de servicios urgentes del Ejército y la Marina. Por ejemplo, tras el inicio de la Guerra Civil española, el Decreto ley de 22 de octubre de 1936¹⁵ declara en suspenso tanto los preceptos del capítulo V de la Ley de administración y contabilidad del Estado de 1 de julio de 1911 como los restantes artículos de la propia ley que sean incompatibles con la organización transitoria del Estado. Esta declaración, pese a no realizarse bajo el amparo del artículo anteriormente citado, es coincidente en su finalidad, justificándose, en el preámbulo de dicha norma, el recurso a la suspensión bajo el pretexto de no “detenerse o retrasarse, frente a trámites dilatorios de procedimiento u obstáculos de ejecución”, suspendiendo temporalmente las garantías procedimentales en materia de contratación, para así “obviar esas dificultades, sin que exista siquiera vulneración formal de las disposiciones legales”. Por consiguiente, la conclusión que puede extraerse de esta actuación que recoge nuestra historia es la necesidad de establecer mecanismos dentro de la regulación de la contratación pública que permitan hacer frente a situaciones extraordinarias sin contravenir o suspender la legislación vigente, equilibrio que, con carácter general, aporta el recurso al derecho de necesidad¹⁶ en la actualidad y, particularmente, la tramitación de emergencia dentro del ámbito de la contratación.

Esta situación de suspensión se mantendría, al menos formalmente¹⁷, hasta la promulgación de la Ley de 20 de diciembre de 1952, por la que se sustituye la redacción del capítulo V de la Ley de administración y contabilidad de la hacienda pública, de 1 de julio de 1911, relativo a los contratos para la ejecución de obras y servicio públicos. Esta ley, que viene a recuperar la vigencia de las normas reguladoras de la contratación pública, aprovecha, y así lo contempla en su preámbulo, para introducir una nueva redacción bajo el pretexto de adaptarla a las nuevas circunstancias. De este modo, se establece con carácter general la celebración previa de subasta o concurso, aunque se amplían, a su vez, los casos en los que está permitida la contratación directa.

A los efectos que ahora nos interesan, se han de señalar el artículo 57.4, que se mantiene en los mismos términos que el anteriormente citado artículo 55.3, y el artículo 66, que comparte numeración con el anterior texto, pero que es modificado para dar cabida a nuevas situaciones extraordinarias, además de a la guerra y a la epidemia oficialmente declarada, pues se contempla también la revolución o grave

¹⁵ BOE n. 17, de 31 de octubre de 1936, pp. 69 a 70.

¹⁶ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

¹⁷ Respecto a la nueva redacción, entiende GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa”, *Revista de Administración Pública*, n. 10, 1953, p. 245, que no existe una restauración de la vigencia, pues en virtud del Real decreto-ley de 22 de octubre de 1936 se entendía que, al desaparecer las circunstancias excepcionales que lo motivaron, este había perdido su vigencia, siendo de aplicación las normas del capítulo V, y en este sentido el Consejo de Estado, Recopilación de doctrina legal 1940-1943, Madrid, 1944, p. 37, en donde ya en 1941 se hace preceptiva la aplicación de las normas recogidas en el referido capítulo.

alteración de orden público¹⁸. Además, se recoge nuevamente que, en caso de que no sea posible cumplir las formalidades establecidas en el capítulo V para hacer frente a estas situaciones mediante la contratación administrativa, y sin que suponga un grave perjuicio del interés nacional, “podrá suspenderse, mediante Decreto emanado de la Jefatura del Estado, la observancia de las disposiciones contenidas en aquel para la realización de las adquisiciones, suministros, obras y servicios perentorios y urgentes directa e inmediatamente relacionados con dichos acontecimientos”. Así pues, se matiza el ámbito temporal de la suspensión, que se circunscribirá únicamente en tanto persistan las circunstancias excepcionales que la hayan motivado. Como vemos, se va perfilando la actuación administrativa en materia de contratación frente a situaciones de extrema gravedad que implican una pronta respuesta por parte de los poderes públicos, delimitándose a su vez el ámbito objetivo y temporal.

3.2 Ley de contratos del Estado de 1965

El Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de contratos del Estado¹⁹, regula por primera vez de manera sistemática los contratos en los que es parte la Administración. Esta normativa reordena y moderniza la materia, superando el sistema de contratación directa²⁰ y adaptándola a las necesidades de la época²¹.

En el tema objeto del trabajo, su artículo 25 ya diferencia tres tipos de expedientes de contratación, a saber, de tramitación ordinaria, de tramitación urgente y de régimen excepcional para las obras de emergencia²². Nótese que es desde este primer momento cuando la expresión emergencia aparece ligada a la tramitación del expediente, el cual es considerado como un régimen excepcional de contratación y no meramente como un tipo de tramitación.

El artículo 26 contempla la tramitación de urgencia en caso de circunstancias imprevistas, reduciendo los plazos y agilizando los trámites, mientras que, por otro lado, el artículo 27 recoge ese régimen excepcional únicamente para acontecimientos catastróficos²³. Esta dicotomía que recoge la ley sobre las situaciones imprevisibles

¹⁸ Supuestos que, como se ha apuntado anteriormente, coinciden con los previstos como fuerza mayor.

¹⁹ Habilitación conferida por la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de bases de contratos del Estado.

²⁰ Producto de la desconfianza del legislador en su búsqueda de la mayor publicidad y transparencia en la elección del contratista. Vid. NIETO, A., *La organización del desgobierno*, Editorial Ariel, 2.ª ed., Barcelona, 1984, pp. 77-79.

²¹ Un análisis contemporáneo de ella en PARADA VÁZQUEZ, J.R., “La nueva Ley de contratos del Estado”, *Revista de Administración Pública*, n. 47, 1965, pp. 397-454.

²² Vid. informe 8/66, de 25 de febrero de 1966, Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Obras de emergencia por acontecimientos imprevistos. Necesidad de ejecutarlas con arreglo a la ley, donde gradúa las distintas situaciones de urgencia que pueden producirse en los contratos, considerando la emergencia como urgencia de tercer grado. De este modo, la urgencia de primer grado permitiría la licitación urgente, la urgencia de segundo grado habilitaría, además, la contratación directa y, por último, la urgencia de tercer grado permitiría, también, la contratación verbal. En este sentido, MORENO GIL, O., *Contratos administrativos legislación y jurisprudencia*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1978, p. 601.

²³ Art. 27. BOE n. 97, de 23 de abril de 1965. Cuando la Administración tenga que acometer obras de emergencia a causa de acontecimientos catastróficos, se estará al siguiente régimen excepcional:

1. El jefe del departamento ministerial competente, sin necesidad de tramitar expediente previo, podrá ordenar la directa ejecución de las obras o contratarlas libremente en todo o parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente ley. Del acuerdo correspondiente dará cuenta inmediata al Consejo de Ministros.

entre urgencia y emergencia va a ser la mantenida en las siguientes regulaciones de la materia.

De esta forma, ante dichos acontecimientos, la autoridad competente podrá ordenar la ejecución directa o contratar libremente²⁴ sin necesidad de cumplir con los formalismos establecidos en la ley, pues expresamente ya dispensa de la tramitación de expediente previo. Igualmente, se establecen una serie de garantías. Por un lado, dando cuenta de su actuación al Consejo de Ministros y, por otro, estableciendo límites a su utilización, pues una vez desaparecido el peligro no tendría cabida el uso de este régimen²⁵, así como tampoco podría utilizarse para todos aquellos contratos instrumentales que pudieran tramitarse de forma ordinaria.

También es importante resaltar que se hace mención por primera vez al recurso a los fondos del Estado para hacer frente a las obras públicas, determinando que será el Ministerio de Hacienda el encargado tanto de autorizar el libramiento de los fondos precisos como de su fiscalización posterior. Este novedoso control del gasto que aquí se establece adquirirá mayores dimensiones con el paso de los años debido principalmente a la inmediatez y la ausencia de formalismos que la emergencia conlleva.

Es significativo reseñar en este apartado el Reglamento general de contratación²⁶ dada la importancia de la ley que desarrolla. De este modo, su artículo 91 contempla las obras de emergencia del artículo 27 de la ley ampliando aquellas situaciones en las que se puede recurrir a este régimen excepcional. Concretamente hace referencia, además de a acontecimientos catastróficos, a “situaciones o estados de excepción que afecten directamente a la defensa nacional”²⁷.

Respecto al ámbito subjetivo, la situación sigue invariable. La ley, como hasta el momento, prevé únicamente los contratos celebrados por la Administración del Estado, mientras que, por otro lado, el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en

2. Simultáneamente, el Ministerio de Hacienda, en expediente sumarísimo, autorizará el libramiento de los fondos precisos a favor del jefe del departamento competente para hacer frente a los gastos, con el carácter de a justificar.

3. Desaparecido el peligro o el grave trastorno que motivara las obras, el jefe del departamento competente dará cuenta al Ministerio de Hacienda de los gastos y contratos verificados a efectos de su fiscalización y ulterior aprobación, en su caso, por el Gobierno.

El resto de las obras que puedan ser precisas se contratarán de conformidad con lo establecido en esta ley.

²⁴ En otras palabras, el legislador contempla la posibilidad de contratación directa para aquellas circunstancias imprevisibles que, sin constituir un acontecimiento catastrófico, necesiten una ejecución inmediata que no pudiese realizarse de manera eficiente mediante la tramitación de urgencia. Sería, como he mencionado, una urgencia de segundo grado. En este sentido, el artículo 37.2 para los contratos de obra, el artículo 69.2 para los contratos de gestión de servicios y el artículo 87.3 para el contrato de suministros.

²⁵ Dicho de otro modo, el uso de la tramitación de emergencia debe limitarse a aquellas prestaciones imprescindibles para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida.

²⁶ Aprobado por el Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general de contratación para la aplicación de la Ley de contratos del Estado, texto articulado, aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril.

²⁷ Esta previsión sería posteriormente recogida en el texto legal mediante la Ley 5/1973, de 17 de marzo, sobre modificación parcial de la Ley de contratos del Estado. De este modo, también se incluyen aquellas “situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten directamente a la defensa nacional”. En los mismos términos se contempla en el nuevo reglamento establecido por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento general de contratación del Estado.

materia de régimen local, recoge un régimen excepcional de similares características para las entidades locales en su artículo 117²⁸.

3.3 Ley de contratos de las administraciones públicas de 1995

La entrada de España en la Comunidad Económica Europea hizo necesario acomodar la legislación para incluir el bloque de directivas de los años noventa sobre la materia²⁹. Esta incorporación a nuestro ordenamiento se realizó mediante la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas. En primer lugar, se ha de observar por su título que se amplía el ámbito subjetivo de la misma, englobando, además de los contratos realizados por la Administración general del Estado, aquellos que realizan las comunidades autónomas y entidades locales, entre otros. En segundo lugar, y a los efectos de este estudio, se ha de destacar que se mantiene la división entre los expedientes de contratación, pudiendo ser ordinarios, urgentes o de emergencia (art. 71), recogiendo estos últimos en el artículo 73 bajo el título de “tramitación de emergencia”³⁰, pero manteniendo el carácter de régimen excepcional³¹ en su desarrollo.

²⁸ Art. 117. BOE n. 96, de 22 de abril de 1986.

1. Cuando las entidades locales tengan que realizar obras, servicios, adquisiciones o suministros de emergencia, a causa de acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten directamente a la seguridad pública, se estará al siguiente régimen excepcional:

1.º El pleno de la corporación podrá ordenar la directa ejecución de las obras, prestación de los servicios o realización de adquisiciones o suministros indispensables o contratarlos libremente, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales legalmente establecidos.

Podrá, igualmente, ejercer dicha facultad el presidente de la corporación local, debiendo dar conocimiento al pleno de la corporación en la primera sesión que se celebre.

2.º Simultáneamente, se autorizará el libramiento de los fondos precisos para hacer frente a los gastos con el carácter de a justificar, sin perjuicio de instruir el oportuno expediente de modificación de créditos, cuando fuere necesario.

2. El resto de las obras, servicios, suministros o adquisiciones que puedan ser necesarios se contratará de conformidad con los requisitos formales legalmente establecidos.

²⁹ Sobre el papel de la Unión Europea en la unificación y vertebración del derecho de la contratación pública, *vid.* GIMENO FELIÚ, J.M., *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Editorial Civitas, Madrid, 1995. El desarrollo y evolución de la normativa comunitaria en materia contractual, así como su influencia en el ordenamiento jurídico español, ampliamente tratado en MORENO MOLINA, J.A., *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, MacGraw-Hill, Madrid, 1996.

³⁰ El artículo 73. Tramitación de emergencia. BOE n. 119, de 19 de mayo de 1995.

1. Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:

a) El órgano de contratación competente, sin obligación de tramitar expediente administrativo, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el evento producido, satisfacer la necesidad sobrevenida o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. Del acuerdo correspondiente se dará cuenta inmediata al Consejo de Ministros, si se trata de la Administración general del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales.

b) Simultáneamente, el Ministerio de Economía y Hacienda, si se trata de la Administración general del Estado, o los representantes legales de los organismos autónomos y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social autorizarán el libramiento de los fondos precisos para hacer frente a los gastos, con carácter de a justificar.

c) Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se procederá a cumplimentar los trámites necesarios para la fiscalización y aprobación del gasto.

2. El resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la Administración, pero que ya no tenga carácter de emergencia, se contratará conforme a lo establecido en esta ley.

³¹ “No es en realidad un tipo de tramitación, sino un régimen excepcional caracterizado justamente por la dispensa de tramitar el expediente y, en general, de todos «los requisitos formales establecidos en la presente ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente»”, en palabras de SÁNCHEZ MORÓN, M. y GARCÍA TORRES, J., “Actos de preparación y adjudicación de los

Por un lado, las previsiones establecidas en el mencionado precepto mantienen la línea seguida por la legislación precedente. No existe variación sobre los acontecimientos o situaciones que pueden motivarla ni sobre la exención de formalidades. En cambio, se amplía su extensión, volviendo su redacción más farragosa, al dar cabida a las diversas entidades y organismos que aparecen como consecuencia de las exigencias de la nueva organización territorial del Estado, así como a su descentralización y el reparto competencial en la materia³².

Por otro lado, podemos apreciar que las modificaciones sufridas son resultado tanto de las interpretaciones realizadas por la jurisprudencia³³ como de los criterios establecidos por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa³⁴ (en relación con el artículo 27 de la Ley de contratos del Estado). Dichos cambios, por lo que aquí interesa, son los siguientes: en primer lugar, se suprime la condición de que la situación de emergencia afecte “directamente” a la defensa nacional³⁵; en segundo lugar, se amplía el ámbito de aplicación a todos los tipos de contratos y no solo a los de obras; en tercer lugar, se delimitan las facultades del órgano de contratación; en cuarto y último lugar, se incluye expresamente que la actividad que no tenga carácter de emergencia³⁶ estará a lo dispuesto en la ley, concretándose con todos ellos cada vez más esta excepcional figura.

Posteriormente, como consecuencia de las cuantiosas obligaciones frente a terceros producidas por la realización de gastos sin cobertura presupuestaria, se hizo necesario, con la finalidad de controlar el déficit público, el establecimiento de una normativa más rigurosa en la presupuestación y gestión del gasto en la realización de obras de emergencia³⁷, motivo por el cual se terminó modificando el mencionado artículo 73, reforzando los mecanismos de fiscalización, así como el establecimiento de un plazo máximo para dar cuenta de estos³⁸.

contratos”, Gómez-Ferrer Morant, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1996, p. 372.

³² La competencia en materia de contratación pública corresponde al Estado y a las comunidades autónomas; el primero tiene competencia para establecer la legislación básica de acuerdo con el artículo 148.1.18 de la Constitución y las segundas, en lo relativo a su desarrollo. Un análisis sobre el desarrollo de esta competencia compartida, en BERNAL BLAY, M.Á., “El desarrollo autonómico de la normativa sobre contratos públicos”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 18, 2018, pp. 91-104.

³³ En este sentido, la STS 188/1987, de 20 de enero de 1987, trata de perfilar el concepto de emergencia, diferenciándolo del de urgencia.

³⁴ De acuerdo con el Informe 34/79, de 5 de octubre de 1979, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Comunicación de las obras de emergencia al Consejo de Ministros: Consecuencias presupuestarias que produce dicho trámite, se indica que la contratación de emergencia debe suponer un supuesto verdaderamente excepcional para eliminar o minorar el peligro y los daños previsibles en los supuestos de acontecimientos catastróficos y de situaciones que supongan un grave peligro inminente. Asimismo, señala que las obras necesarias que pueden contratarse por medio de este régimen son, únicamente, aquellas que tengan carácter de indispensable.

³⁵ De acuerdo con SÁNCHEZ MORÓN, M. y GARCÍA TORRES, J., “Actos de preparación y adjudicación de los contratos”, cit., p. 372-373, dicha supresión corresponde a una limitación por parte del legislador hacia la discrecionalidad que los órganos competentes mostraban al ampararse en ese régimen excepcional.

³⁶ Incluso en el caso de que sea necesaria para completar el objetivo propuesto por la Administración para atender la situación de emergencia, en palabras de DOMÍNGUEZ OLIVERA, R., “De las actuaciones administrativas preparatorias de los contratos”, Jiménez Aparicio, E. (coord.), *Comentarios a la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 623-655.

³⁷ Según se recoge en la Ley 11/1996, de 27 de diciembre, de medidas de disciplina presupuestaria.

³⁸ A través de lo previsto en la Ley 11/1996, de 27 de diciembre, de medidas de disciplina presupuestaria, y mediante la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones

En los mismos términos se recoge en el artículo 72 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas³⁹.

3.4 Ley de contratos del sector público de 2007

La siguiente norma que debemos destacar es la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, que, como su propio preámbulo señala, encuentra “el impulso primordial para su elaboración” en la influencia de la normativa comunitaria, incorporando dos nuevas directivas que refunden y simplifican la legislación en materia contractual⁴⁰.

De esta forma, se modifica la tramitación de emergencia, ahora recogida en el artículo 97⁴¹. Se incorporan dos nuevos apartados que, además de contribuir a facilitar su lectura y comprensión, completan determinados aspectos de su regulación. Por un lado, se establece el límite temporal de un mes para la realización de las prestaciones que justificaron la emergencia, plazo que considero necesario, no por establecer una determinada extensión, sino por la necesidad de delimitar temporalmente el recurso

públicas, se modifica el apartado 1.a) del citado artículo 73, con la siguiente redacción:

a) El órgano de contratación competente, sin obligación de tramitar expediente administrativo, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido, satisfacer la necesidad sobrevenida o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. El acuerdo correspondiente se acompañará de la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito. De dichos acuerdos se dará cuenta, en el plazo máximo de sesenta días, al Consejo de Ministros si se trata de la Administración general del Estado, de sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales.

³⁹ BOE n. 148, de 21 de junio de 2000, pp. 21.790-21.791.

⁴⁰ Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

⁴¹ Artículo 97. Tramitación de emergencia. BOE n. 261, de 31 de octubre de 2007.

1. Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:

a) El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente administrativo, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. El acuerdo correspondiente se acompañará de la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito.

b) Si el contrato ha sido celebrado por la Administración general del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales, se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de sesenta días.

c) Simultáneamente, por el Ministerio de Economía y Hacienda, si se trata de la Administración general del Estado, o por los representantes legales de los organismos autónomos y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, será autorizado el libramiento de los fondos precisos para hacer frente a los gastos, con carácter de a justificar.

d) Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se procederá a cumplimentar los trámites necesarios para la intervención y aprobación de la cuenta justificativa, sin perjuicio de los ajustes precisos que se establezcan reglamentariamente a efectos de dar cumplimiento al artículo 49 de la Ley general presupuestaria.

e) El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a). Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.

Asimismo, transcurrido dicho plazo, se rendirá la cuenta justificativa del libramiento que, en su caso, se hubiese efectuado, con reintegro de los fondos no invertidos. En las normas de desarrollo de esta ley se desarrollará el procedimiento de control de estas obligaciones.

2. Las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta ley.

a este mecanismo extraordinario y, de este modo, poder prevenir su uso incorrecto o una utilización fraudulenta. Así, transcurrido el mencionado plazo, además de decaer esta forma de tramitación si no se ha iniciado la ejecución, deberá justificarse el gasto realizado, dejando a la norma reglamentaria el desarrollo del procedimiento de dicho control.

Posteriormente, el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, recoge la tramitación de emergencia, en idénticos términos en el artículo 113⁴².

4 Regulación actual

4.1 Ley de contratos del sector público de 2017

En respuesta, una vez más, a las exigencias europeas, se dicta la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público⁴³ (en adelante, LCSP). No obstante, el legislador aprovecha la transposición de las mencionadas directivas de cuarta generación para reforzar el sistema de contratación. Se apoya, principalmente, en pilares tales como la eficiencia, la transparencia o la lucha contra la corrupción⁴⁴. De esta forma, se modifican y mejoran diversos procedimientos. Entre ellos, el que recoge el régimen excepcional que supone la tramitación de emergencia (art. 120⁴⁵).

Los principales cambios que se aprecian en su redacción, de acuerdo con el orden establecido en el propio precepto, son: en primer lugar, los relativos a la dotación de crédito, remitiéndose a la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria;

⁴² BOE n. 276, de 16 de noviembre de 2011, p. 117.798.

⁴³ Ley de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE n. 272, de 9 de noviembre de 2017.

⁴⁴ Un análisis más pormenorizado de la reforma legal, en DÍEZ SASTRE, S., "Los ejes de la reforma y la nueva sistemática de la LCSP: El régimen jurídico aplicable", Díez Sastre, S. (coord.), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: Curso de actualización: especial referencia a la contratación de las entidades locales*, Luris Utilitas, 2.ª ed., A Coruña, 2018, pp. 27-28.

⁴⁵ Artículo 120. Tramitación de emergencia. BOE n. 272, de 9 de noviembre de 2017.

1. Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:

a) El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente de contratación, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la Ley general presupuestaria.

b) Si el contrato ha sido celebrado por la Administración general del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales, se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de treinta días.

c) El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a). Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.

d) Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se observará lo dispuesto en esta ley sobre cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de la prestación.

En el supuesto de que el libramiento de los fondos necesarios se hubiera realizado a justificar, transcurrido el plazo establecido en la letra c) anterior, se rendirá la cuenta justificativa del mismo, con reintegro de los fondos no invertidos.

2. Las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta ley.

en segundo lugar, se disminuye el plazo, de sesenta a treinta días, para dar cuenta del acuerdo de iniciación del procedimiento y del acuerdo de retención o dotación de crédito al Consejo de Ministros; en último lugar, se remite a lo establecido en la ley sobre el cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de la prestación.

De tal manera, llegamos a la configuración actual de esta figura diseñada para hacer frente a coyunturas imprevisibles. Para ello, su procedimiento, conformado en torno a ella por la legislación en la materia a consecuencia de las experiencias surgidas, permite reducir el tiempo de respuesta mediante la flexibilización de los diferentes trámites a la vez que respeta las garantías propias que deben de regir la contratación pública.

De esta forma, puede apreciarse cómo el legislador, consciente del peligro de un uso indebido del mismo por las necesarias prerrogativas que lleva aparejada su utilización, ha ido concretando y delimitando progresivamente sus límites. Así pues, se ha convertido en una de las principales herramientas al servicio de los poderes públicos para hacer frente, mediante la contratación pública, a las diferentes contingencias a las que nuestra sociedad deba enfrentarse. Un claro ejemplo de esto último es el vivido actualmente y sobre el que me detendré a continuación para analizar cómo ha sido la respuesta de nuestras autoridades ante dicha situación.

4.2 Las previsiones durante la crisis sanitaria

Desde que la Organización Mundial de la Salud declarase el 30 de enero de 2020 que la situación en relación con el coronavirus COVID-19 suponía una emergencia de salud pública de importancia internacional y, posteriormente, el 11 de marzo la catalogase como una pandemia, se produjo una cascada normativa orientada a paliar sus posibles, además de muy probables, efectos adversos. En consecuencia, se adoptaron una serie de medidas enfocadas no solo a proteger la salud, contener el avance de la enfermedad y reforzar nuestro sistema sanitario, sino también a hacer frente a las inevitables repercusiones sociales y económicas que una crisis de esta entidad lleva aparejada.

En este contexto sociopolítico, extremadamente dinámico y cambiante, que imperó durante los primeros meses, se produjeron una ingente cantidad de cambios normativos intentando adaptar el derecho a la realidad social. Debo señalar, con especial significación, los que afectaron a la contratación pública, pues a través de ella se pudo proveer de obras, bienes y servicios a los ciudadanos, ofreciendo, además, solución a las urgentísimas necesidades en aquel momento. Entre ellas se consideró utilizar la tramitación de emergencia con carácter general para hacer frente a todas las contrataciones que, por su inmediatez⁴⁶, eran imposibles de realizar mediante

⁴⁶ Debe tenerse en cuenta que "no basta con que se produzca una situación de emergencia, sino que es necesario además que la concreta prestación a obtener mediante el contrato sea de necesidad inaplazable". MOREU CARBONELL, E., "El expediente de contratación", Gimeno Feliu, J.M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 924. En el mismo sentido, la STSJ de La Rioja 45/2010, de 4 de febrero de 2010, FJ 3.º: "Lo que ampara la normativa de emergencia es una situación administrativa inmediata, absolutamente necesaria para evitar o remediar en lo posible las consecuencias del suceso en cuestión".

otros procedimientos, tales como el procedimiento de urgencia, el procedimiento negociado sin publicidad, el procedimiento abierto simplificado del artículo 159.1 o el más simplificado aún del artículo 159.6 de la LCSP.

De este modo, al inicio de la pandemia, se aprobó el Real decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo⁴⁷, que adoptó numerosas medidas encaminadas a paliar los efectos negativos que, irremediablemente, se estaban produciendo en nuestra sociedad. Entre la batería de disposiciones adoptadas, se considera, en el preámbulo de la citada norma, que la tramitación de emergencia “encaja a la perfección en la situación actual” y, por ello, en el artículo 16 se determina su utilización para la contratación de todo tipo de bienes o servicios que precise la Administración general del Estado para la ejecución de cualquier medida para hacer frente al COVID-19. De esta forma, se establece que debe aplicarse el régimen excepcional del artículo 120 de la LCSP a todos los contratos celebrados por la Administración general del Estado o sus organismos públicos y entidades de derecho público para atender las necesidades derivadas del COVID-19, pues la adopción de cualquier medida, directa o indirecta, para hacer frente a la pandemia será justificación suficiente de su necesaria inmediatez y, por lo tanto, del recurso a esta figura.

Dos días más tarde, se declaró el segundo estado de alarma de nuestra democracia mediante el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo⁴⁸. Bajo su paraguas, de forma coetánea, se adoptan, con la misma necesidad y fundamentación que el mencionado Real decreto-ley 7/2020 de 12 de marzo, nuevas normas y se modifican las anteriores, afectando, por lo que ahora nos ocupa, al uso de la tramitación de emergencia. Analizaré estas normas a continuación.

Por un lado, el Real decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo⁴⁹, recoge, en su artículo 34, una serie de medidas específicas encaminadas a paliar las consecuencias de los problemas generados por la pandemia en el ámbito de la contratación pública, mientras que, en su disposición final sexta, modifica el ya mencionado artículo 16 del anterior real decreto-ley, permitiendo, de esta forma y en el supuesto especial de que fuera necesario, el pago por adelantado al realizar actuaciones preparatorias, pudiendo efectuarse un abono a cuenta de acuerdo con los artículos 198.3, con carácter general, y 240.2, referido al contrato de obras, de la LCSP. Todo ello, además, sin la necesidad de presentar garantías por parte de los contratistas.

Por otro lado, el Real decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo⁵⁰, introduce, en su disposición final segunda, nuevas modificaciones del citado precepto intentando adaptar la normativa a la realidad imperante. La pandemia ha demostrado que la olvidada contratación de emergencia es un mecanismo idóneo para hacer frente a

⁴⁷ Real decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19. BOE n. 65, de 13 de marzo de 2020.

⁴⁸ 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. BOE n. 67, de 14 de marzo de 2020.

⁴⁹ Real decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. BOE n. 73, de 18 de marzo de 2020.

⁵⁰ Real decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. BOE n. 86, de 28 de marzo de 2020.

situaciones de necesidad y, en consecuencia, se amplía su ámbito subjetivo a todos los contratos que hayan de celebrar las entidades del sector público. Asimismo, el inicio de la crisis sanitaria conllevó una fuerte competencia entre los diferentes gobiernos de todo el mundo ante la escasez de suministros, el colapso de los mercados y, en definitiva, la desesperación en unos momentos críticos. Ante esta situación de gran demanda, se impuso que el pago por envíos de realización incierta –y que no siempre cumplían con la calidad y finalidad necesaria– debía realizarse por adelantado⁵¹. Por este motivo, y pese a la premisa de nuestra legislación contractual que exige que el pago sea por la prestación realizada (art. 198 LCSP), se permite que, en todas aquellas contrataciones realizadas de emergencia, incluso en el extranjero, el pago pueda realizarse por adelantado, en su totalidad o en parte, a la realización de la prestación, estableciendo, asimismo, que el eventual riesgo de quebranto será asumido por el presupuesto del Estado⁵². De este modo, se complementa el artículo 120 de la LCSP, convirtiéndolo en una herramienta que, por su versatilidad, deviene imprescindible al ser la única capaz de hacer frente, de manera inmediata y, por lo tanto, efectiva, a todas las situaciones que puedan producirse.

Llegados a este punto y ante esta atribución de tan amplias potestades a los poderes públicos que, como he mencionado, conlleva de forma inescindible el riesgo de abuso de las mismas, se adoptaron una serie de resoluciones e informes buscando delimitar y concretar el amplio margen de actuación atribuido a la contratación de emergencia.

El primero de ellos, el Informe de la Abogacía General del Estado de 1 abril de 2020, sobre la interpretación y aplicación del artículo 34 del Real decreto-ley 8/2020, pese a no estar directamente relacionado con este régimen excepcional objeto del estudio, resulta importante, pues en él se parte de la relación entre la legislación ordinaria en contratos públicos y la norma especial. Se define el mencionado real decreto-ley como “una norma de rango legal, de efectos temporales limitados, que atiende a una situación excepcional (la declaración de estado de alarma ante la crisis sanitaria derivada del COVID-19)” y que resulta de aplicación preferente mientras dure esta situación. De estas premisas se desprende que la aplicación de los reales decretos-leyes 8/2020 y 9/2020 tiene una vigencia temporal limitada circunscrita, en este caso, a la duración del primer estado de alarma, que, por otro lado, ya establecían ambos en sus disposiciones finales destinadas a la vigencia de la norma. Empero, cabe recordar que el Real decreto-ley 7/2020 se publica dos días antes de declararse este estado excepcional y que, por lo tanto, no estaría sujeto a esta interpretación, pese a ser, como se ha mencionado, coincidente en la necesidad y finalidad con las mencionadas normas, cuestión que no es baladí, como luego veremos.

⁵¹ Más detallada esta respuesta normativa de los gobiernos frente a la escasez de medios producida por la crisis sanitaria en PASCUA MATEO, F., “La contratación administrativa ante la COVID-19”, *Revista de Administración Pública*, n. 213, 2020, pp. 444-464.

⁵² Esta previsión no implica la ausencia de control o responsabilidad contable. De esta forma, el programa de fiscalizaciones del Tribunal de Cuentas para el año 2021. Aprobado por el Pleno el 22 de diciembre de 2020 y modificado en su sesión de 25 de febrero de 2021, hace hincapié en la fiscalización de los contratos de emergencia celebrados en 2020 para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

En segundo lugar, también de manera temprana, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado emite una nota informativa el 9 de abril con el fin de “prevenir que se puedan producir situaciones de mal uso o de abuso de esta figura jurídica”. La junta recordó la interpretación de las condiciones bajo las cuales procede su utilización y la forma en que ha de realizarse⁵³, haciendo especial hincapié en sus puntos débiles: la publicidad, transparencia, justificación y dación de cuentas, aspectos negativos que, atendiendo al mayor número de contratos sujetos a una tramitación de emergencia en la coyuntura actual, se han consolidado como las principales carencias que esta habilitación excepcional conlleva.

En tercer y último lugar, de forma prácticamente simultánea, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, en el ejercicio de sus funciones recogidas en el artículo 332.7.c) de la LCSP, aborda la supervisión de los contratos adjudicados mediante la tramitación de emergencia por cualquier entidad del sector público durante el estado de alarma, velando por el cumplimiento de los requisitos de publicidad y transparencia como principios de la contratación pública⁵⁴. De este modo, se realiza el “Informe especial de supervisión: Principio de publicidad en los contratos tramitados por emergencia durante la vigencia de la declaración del estado de alarma como consecuencia del COVID-19”, que, ante el imparable recurso a la contratación, debe actualizarse periódicamente. Así pues, la primera versión se publica el 30 de abril y se actualiza semanalmente hasta la finalización del estado de alarma el 23 de junio, supervisándose un total de 11.177 contratos.

Cuando finaliza el estado de alarma, durante la llamada nueva normalidad, donde la Administración intenta recuperar su normal singladura, todo parece apuntar a que, como medida de necesidad que es, la tramitación de emergencia recupera su antigua posición y su utilización como último recurso, pues no existe la imperiosa urgencia que la motivó, todo ello pese a la nueva declaración, que posteriormente se produjo, de otro estado excepcional. En este sentido, aunque ya comenzado el año 2021, el 21 de enero, la Abogacía General del Estado, en su Informe 1/21, se pronuncia

⁵³ En este sentido, GIMENO FELIÚ, J.M., “La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2020, p. 7, ya avanzaba que “la utilización de la tramitación de emergencia como rápida respuesta a las necesidades derivadas de la pandemia no supone, en modo alguno, una exoneración del resto de reglas de la contratación pública, que, hay que advertir, continúan vigentes”.

⁵⁴ Principios que, como ya se ha apuntado, representan uno de los mayores puntos débiles de esta contratación, y todo ello a pesar de que ni la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, ni la LCSP presentan excepciones en el régimen general de publicidad previsto para los contratos en estas situaciones de emergencia.

No obstante, aun cuando no ha representado nunca una excepción, el problema no es nuevo, pudiendo encontrar referencias en el pasado a esta necesidad de publicidad y transparencia que debe regir la tramitación de emergencia. Un ejemplo podemos observarlo durante la tramitación parlamentaria de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, donde se presentaron varias enmiendas a la tramitación de emergencia, contemplada en aquel entonces en el artículo 73. Entre ellas, la enmienda n. 291 del Grupo Parlamentario Popular, BOCG, CD, de 12 de septiembre de 1994, encaminada a la expresa publicación en el boletín oficial correspondiente del acuerdo de aceptación del trámite de emergencia, cuya finalidad no era otra que “promover la publicidad como garantía de transparencia”. Sobre decir que todas las enmiendas presentadas fueron rechazadas.

También la Agencia Catalana de Competencia se ha pronunciado en este sentido y con relación a la actual crisis sanitaria mediante el Informe 45/2020, de 2 de junio de 2020. Riesgos para la competencia en la contratación pública de emergencia en tiempos del COVID-19, p. 13, donde nos indica que “la sombra de potenciales influencias indebidas en las decisiones públicas puede desvanecerse con una adecuada motivación y transparencia de datos objetivos o de los precedentes documentados que han llevado a seleccionar determinadas opciones”.

al respecto y nos indica que “un procedimiento tan excepcional como es el procedimiento de contratación de emergencia del artículo 120 de la LCSP (...) no puede ser objeto de aplicación indefinida sin causa que lo justifique, siendo así que en el nuevo estado de alarma declarado por el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre⁵⁵, no se ha producido una interrupción de la actividad económica que justifique la inaplicación generalizada de los procedimientos de contratación previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público”. También matiza y reitera que no serán de aplicación “las normas dictadas bajo la vigencia del anterior estado de alarma, salvo que tales normas hayan sido prorrogadas expresamente⁵⁶”.

No obstante, la realidad fue bien distinta, porque la tramitación de emergencia continuó aplicándose. Podemos encontrar la muestra de ello en la ambiciosa investigación desarrollada por la Fundación Civio respecto de la contratación de emergencia, cuyos resultados salieron a la luz el pasado 23 de marzo. En concreto, han puesto de manifiesto no solo su utilización generalizada, en ocasiones desmedida y sin control, sino que también han remarcado los problemas que anteriormente citamos, así como la ausencia de una espada de Damocles colgando sobre las autoridades competentes que les advierta del peligro que un mal uso conlleva⁵⁷. En esta misma línea, la OIREscon publica un nuevo “Informe especial de supervisión de los contratos tramitados por vía de emergencia”, aprobado el 16 de mayo, donde amplía y completa el estudio anterior, supervisando un total de 22.379 contratos⁵⁸, correspondientes a todo el ejercicio del año 2020.

Llegados a este punto, y a pesar de los informes de la Abogacía del Estado, lo cierto es que el Real decreto-ley 7/2020 continúa, al menos formalmente, vigente, sin perjuicio de que este pueda entenderse tácitamente derogado. Puede argumentarse que la situación fáctica que lo motivó ha desaparecido y, por lo tanto, debe primar el propósito de la norma sobre la palabra escrita, máxime en la utilización de la tramitación de emergencia recogida en su artículo 16, que, por su naturaleza excepcional, debe ser objeto de una interpretación restrictiva⁵⁹. Sea como fuere, la marea normativa que nos afecta continúa y, a este respecto, el 13 de abril de 2021 es publicada la Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias,

⁵⁵ Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. BOE n. 282, de 25 de octubre de 2020.

⁵⁶ Este inciso lo realiza en relación con los artículos 2 (medidas extraordinarias para la protección del empleo) y 5 (interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales) del Real decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, que fueron prorrogados en esa fecha dos veces y, a día de hoy, tienen prorrogada su vigencia hasta el 30 de septiembre de 2021.

⁵⁷ Desde la propia fundación, con la finalidad de contribuir con organismos de control de la contratación pública y de lucha anticorrupción, se han compartido los datos obtenidos del estudio con: la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación; el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude; diferentes órganos autonómicos, como Antifrau en Cataluña, la AVAF en la Comunidad Valenciana o la OAIB en Baleares; los reguladores del mercado y la competencia; y los distintos tribunales administrativos de recursos contractuales, cámaras de cuentas y colectivos de interventores.

⁵⁸ Hablamos de 11.202 contratos a mayores respecto del último informe del 21 de junio.

⁵⁹ No debe olvidarse que se trata de una institución tradicionalmente residual en la contratación pública, es decir, un mecanismo excepcional que debe ser aplicado restrictivamente y como último recurso. Así lo contempla el Informe 20/03, de 20 de junio de 2003. Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre criterios interpretativos en la aplicación de la tramitación de emergencia prevista en el artículo 72 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, publicado por la Resolución de 27 de junio de 2003, de la Dirección General del Patrimonio del Estado. BOE n. 195, de 15 de agosto de 2003, p. 31.861 a 31.863.

en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, que supone la convalidación del Real decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, reproduciendo su contenido y la sustitución implícita de este⁶⁰, estableciendo en su disposición final primera que procede a la modificación del artículo 16 del Real decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo. Así pues, se genera un nuevo debate al suscitarse dudas sobre la vigencia y utilización de la tramitación de emergencia con carácter general.

Por este motivo, la Dirección General del Patrimonio del Estado dirigió una consulta a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre la aplicación del citado artículo. Fue resuelta por el Informe 30/2021, de 30 de abril de 2021. En este texto, la junta analiza la intención del legislador y los distintos informes ya mencionados de la Abogacía del Estado para concluir que la eficacia del discutido precepto es limitada y que, en la actualidad, las excepcionales razones que movieron al legislador a adoptar una medida como la aplicación de la tramitación de emergencia con carácter general ya han desaparecido. Si bien coincido con sus argumentos y con parte de sus consideraciones, a saber, que la aplicación de una norma excepcional como el artículo 120 de la LCSP no puede mantenerse en este momento y que debe aplicarse solo en supuestos tasados y cuando resulte imprescindible, no coincido, sin embargo, con aquellas que indican que la vigencia del artículo 16 del Real decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, decayó en cuanto finalizó la del primer estado de alarma y que así debería entenderse ahora, incluso cuando una norma con rango legal le ha dado una nueva redacción. Tampoco comparto la solución propuesta, esto es, derogar la disposición final primera de la Ley 3/2021, de 12 de abril, que, si bien es concurrente con el resto del argumentario, me parece que no ayuda a disipar las dudas existentes en torno a la vigencia del tan reiterado artículo 16 del Real decreto-ley 7/2020. No obstante, este dilema fue rápidamente resuelto por la disposición derogatoria única 2.a) del Real decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo⁶¹, que deroga expresamente dicho precepto. Esta decisión, como se puede suponer, considero que aporta seguridad jurídica a nuestro ordenamiento⁶² y que pone, a su vez, fin a este viaje tan convulso que ha vivido estos últimos tiempos la ya no tan olvidada y desconocida tramitación de emergencia.

4.3 Rumbo a seguir

El sistema de contratación pública en España constituye una herramienta fundamental para hacer frente a las necesidades de interés general y, de manera especial, a aquellas producidas a raíz de una emergencia. La actual crisis sanitaria ha mostrado claros ejemplos de ello. Sin embargo, del mismo modo, también ha puesto

⁶⁰ Como he mencionado, en ese momento los artículos 2 y 5 mantenían su vigencia.

⁶¹ Real decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. BOE n. 107, de 5 de mayo de 2021.

⁶² Como recoge la STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10.º, la seguridad jurídica es "suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad (...). La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad".

de manifiesto las carencias y problemas que toda aplicación práctica del derecho conlleva.

En este sentido, estimo preciso que, mediante las lecciones aprendidas, pueda mejorarse este régimen jurídico que constituye un instrumento necesario para que los poderes públicos puedan responder de manera ágil y efectiva ante la emergencia.

En primer lugar, debe revisarse su regulación con objeto de establecer un procedimiento más detallado, que contemple tanto la tramitación como todas las excepciones a las reglas generales que ahora lo conforman y que se encuentran diseminadas por la ley. Dicho procedimiento ha de hacer especial hincapié en reforzar su publicidad y transparencia, asignatura pendiente y que representa su principal insuficiencia. Asimismo, sería conveniente un desarrollo reglamentario donde se detallasen y completasen las medidas adoptadas.

En segundo lugar, el papel de los órganos de supervisión de la contratación debería reforzarse, pues la actual crisis ha mostrado la importante labor que desarrollan detectando y analizando los problemas surgidos en esta situación excepcional, tanto con sus recomendaciones de mejora para evitar los riesgos de posibles conductas impropias como con los resultados de sus informes –que representan una vía expedita para la investigación de posibles infracciones o delitos y la determinación de las correspondientes responsabilidades–.

Por último, considero que, si bien es cierto que es necesario un grado amplio de discrecionalidad, entendiéndose esta como el margen de libertad necesario para el aseguramiento de una correcta apreciación y comprensión en la aplicación de la tramitación de emergencia, también lo es que este sea limitado para no caer en la arbitrariedad. Por este motivo, es importante reforzar la justificación en el uso de la misma, así como la dación de cuentas para, de esta manera, responder a la necesidad de justificar un correcto y adecuado uso de este procedimiento excepcional.

Bibliografía

- ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- BERNAL BLAY, M.Á., “El desarrollo autonómico de la normativa sobre contratos públicos”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 18, 2018.
- CARBONERO GALLARDO, J.M., *La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual. Tesis doctoral*, Universidad de Granada, Granada, 2010.
- DÍEZ SASTRE, S., “Los ejes de la reforma y la nueva sistemática de la LCSP: El régimen jurídico aplicable”, Díez Sastre, S. (coord.), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: Curso de actualización: especial referencia a la contratación de las entidades locales*, Iuris Utilitas, 2.ª ed., A Coruña, 2018.
- DOMÍNGUEZ OLIVERA, R., “De las actuaciones administrativas preparatorias de los contratos”, Jiménez Aparicio, E. (coord.), *Comentarios a la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Navarra, 2002.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, *Revista de administración pública*, n. 2, 1950.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa”, *Revista de Administración Pública*, n. 10, 1953.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Aranzadi, 19.^a ed., Pamplona, 2020.
- GIMENO FELIÚ, J.M., *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2020.
- MEILÁN GIL, J.L., “La actuación contractual de la Administración Pública española. Una perspectiva histórica”, *Revista de administración pública*, n. 99, 1982.
- MORENO GIL, O., *Contratos Administrativos Legislación y jurisprudencia*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1978.
- MORENO MOLINA, J.A., *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, MacGraw-Hill, Madrid, 1996.
- MOREU CARBONELL, E., “El expediente de contratación”, Gimeno Feliú, J.M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Pamplona, 2018.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIII - Contratos del sector público*, Editorial Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2.^a ed., Madrid, 2018.
- MUÑOZ MACHADO, S., “El poder y la peste de 2020”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 90-91, 2020.
- NIETO, A., *La organización del desgobierno*, Editorial Ariel, 2.^a ed., Barcelona, 1984.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1963.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., “La nueva ley de contratos del Estado”, *Revista de Administración Pública*, n. 47, 1965.
- PASCUA MATEO, F., “La contratación administrativa ante la COVID-19”, *Revista de Administración Pública*, n. 213, 2020.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. y GARCÍA TORRES, J., “Actos de preparación y adjudicación de los contratos”, Gómez-Ferrer Morant, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1996.

Regap

ESTUDIOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_julio-diciembre 2021 | pp. 391-425
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4871>
© Dionisio Fernández de Gatta Sánchez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 30/11/2021 | Aceptado: 16/12/2021

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Finalización do estado de alarma:
a desorganización xurídico-
administrativa continúa

Finalización del estado de alarma: la desorganización jurídico-administrativa continúa

62 Regap

End of the state of alarm:
the legal-administrative
disorganization continues

Regap

ESTUDIOS

DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ
Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca

<https://orcid.org/0000-0002-7776-0783>

dgatta@usal.es

Resumo: A pandemia da COVID-19 provocou en España a declaración de tres estados de alarma (en marzo e outubro de 2020), con bastantes problemas xurídico-constitucionais e administrativos, os cales se agudizaron coa finalización do último, en maio de 2021, xa que o Goberno da nación se desentendeu da xestión da epidemia, responsabilizando as comunidades e cidades autónomas desta, nun proceso mal chamado de “cogobernanza” que provocou máis problemas aínda. Por outra banda, déronse ao Tribunal Supremo uns poderes cuasi-normativos e administrativos que así mesmo xeraron outros problemas. Finalmente, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucionais o primeiro e o terceiro dos estados de alarma declarados, así como o peche do Congreso dos Deputados. E todo iso sen ter unha lexislación apropiada para loitar contra a COVID-19, sen ter que apelar sempre aos estados excepcionais, e iso en pleno ascenso da sexta *onda* da epidemia en España.

Palabras clave: COVID-19, estado de alarma, problemas xurídico-administrativos, Constitución española, dereito, España.

Resumen: La pandemia del COVID-19 provocó en España la declaración de tres estados de alarma (en marzo y octubre de 2020), con bastantes problemas jurídico-constitucionales y administrativos, los cuales se han agudizado con la finalización del último, en mayo de 2021, ya que el Gobierno de la nación se ha desentendido de la gestión de la epidemia, responsabilizando a las comunidades y ciudades autónomas de esta, en un proceso mal llamado de “cogobernanza” que ha provocado más problemas aún. Por otra parte, se han dado al Tribunal Supremo unos poderes cuasi-normativos y administrativos que asimismo han generado otros problemas. Finalmente, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales el primero y el tercero de los estados de alarma declarados, así como el cierre del Congreso de los Diputados. Y todo ello sin tener una legislación apropiada para luchar contra el COVID-19, sin tener que apelar siempre a los estados excepcionales, y ello en pleno ascenso de la sexta ola de la epidemia en España.

Palabras clave: COVID-19, estado de alarma, problemas jurídico-administrativos, Constitución española, derecho, España.

Abstract: The COVID-19 pandemic caused in Spain the declaration of three states of alarm (in March and October 2020), with many legal-constitutional and administrative problems; which have worsened with the completion of the last one, in May 2021, since the Government of the Nation has disregarded the management of the epidemic, holding the Autonomous Communities and Cities responsible for it, in a process misnamed “co-governance”, which has caused even more problems. On the other hand, the Supreme Court has been given quasi-normative and administrative powers, which have also generated other problems. Finally, the Constitutional Court has declared unconstitutional the first and third of the states of alarm declared, as well as the closure of the Congress of Deputies. And all this without having appropriate legislation to fight against COVID-19, without always having to appeal to exceptional states, and this in the midst of the rise of the sixth wave of the epidemic in Spain.

Key words: COVID-19, state of alarm, legal and administrative problems, Spanish Constitution, Law, Spain.

SUMARIO: 1 El mal llamado “modelo de cogobernanza” y su incidencia en la desorganización de la gestión de la lucha contra el COVID-19. 2 La finalización del estado de alarma... sin legislación adecuada, y aumentando el desbarajuste jurídico-administrativo. 3 La intervención judicial en relación con medidas sanitarias que inciden en derechos fundamentales. El nuevo papel (cuasi-normativo y administrativo) del Tribunal Supremo. 4 La Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio: la inconstitucionalidad del estado de alarma declarado en marzo de 2020. 5 La Sentencia del Tribunal Constitucional 168/2021, de 5 de octubre, que concede amparo por el cierre del Congreso de los Diputados durante el estado de alarma de marzo de 2020. 6 La inconstitucionalidad del mal llamado “proceso de cogobernanza” y de la prórroga del estado de alarma de octubre de 2020: la STC 183/2021, de 27 de octubre.

1 El mal llamado “modelo de cogobernanza” y su incidencia en la desorganización de la gestión de la lucha contra el COVID-19

Sin haber finalizado aún la última prórroga del primer estado de alarma por la crisis del COVID-19, el 21 de junio de 2020, y a pesar de que algunos altos representantes institucionales afirmaban que la crisis sanitaria “parecía” que se contenía¹, la terrible situación provocada por la pandemia del coronavirus continuó, volviendo a coger fuerza en el verano de ese año y agudizándose en octubre con la denominada segunda

¹ Ver la intervención del presidente del Gobierno de la nación en el Congreso de los Diputados el 20 de mayo: <https://www.psoe.es/actualidad/noticias-actualidad/sanchez-hemos-parado-juntos-al-virus-y-ahora-debemos-culminar-con-unidad-esta-victoria-y-emprender-tambien-unidos-la-reconstruccion-social-y-economica-de-espana/> (diciembre de 2021).

ola, que algunos altos cargos públicos sanitarios negaron, produciéndose muchos más fallecidos y enfermos, con unas perspectivas económicas y sociales muy negativas y complicadas, y con problemas jurídicos y administrativos añadidos.

La epidemia del coronavirus en España alcanzó el “pico” de contagios de la primera “ola” el 26 de marzo de 2020, con 9.159 nuevos casos, y con 929 fallecidos el día 31 de marzo (aunque los datos oficiales de fallecidos en esta época, como es sabido, han de ponerse en entredicho, al no coincidir con los datos de los registros civiles o de otros informes especializados). Comienza a partir de entonces a bajar hasta 1.787 nuevos contagios el 21 de mayo y 283 fallecidos el 26 de mayo, y desde entonces continuó bajando hasta llegar a 2.615 nuevos casos el día 23 de julio y 12 fallecidos el 14 de agosto. A partir de entonces se confirma la nueva “ola” de aumento de los contagios, tendencia alcista que continuó aumentando hasta el 22 de octubre, cuando los nuevos contagios diarios fueron 20.986 y los fallecidos 140. Se pasó, en incidencia acumulada, de 10,22 casos por 100.000 habitantes en 14 días el 1 de julio a 151,47 casos el 20 de agosto; a 361,66 casos el día 23 de octubre; y a 436 el 27 de octubre. 1.116.738 de contagiados en total, con lo que España se colocó, por desgracia, entre los países con peores datos del mundo.

Sin embargo, y a pesar de lo acontecido en esos meses, a nivel político, jurídico y administrativo, se aprendió poco o nada², teniendo en cuenta los problemas planteados por la declaración del estado de alarma de 14 de marzo de 2020, en relación con su incidencia en los derechos fundamentales y a algunos excesos normativos producidos (que ha confirmado, aunque algo tarde, la STC 148/2021, de 14 de julio), que se plasmaron en la interposición de un buen número de recursos y querrelas contra actuaciones realizadas, o por no realizarlas, en ese tiempo, ya que, aun con el compromiso formal en el mes de mayo de algunos miembros destacados del Gobierno de la nación para realizar reformas legislativas³, y a pesar de los avisos y propuestas formuladas para hacer frente a una posible nueva crisis sanitaria (p. ej., la Proposición de Ley orgánica de protección de la salud y de los derechos y libertades fundamentales, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, BOCG-CD, Serie B, n. 106-1, 7/9/2020)⁴, finalmente no se aprobó ninguna norma nueva ni se realizó reforma legislativa alguna, a nivel nacional, que paliara algunos de los problemas planteados y que permitiera a las administraciones públicas competentes adoptar medidas más adecuadas para luchar contra la epidemia, sin tener que declarar una vez

² A esta tremenda situación puede aplicarse la atinada frase de ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19 (Estudios jurídicos)*, Iustel, Madrid, 2021, p. 69, al afirmar que “... cualquier respuesta para la lucha contra una gran crisis (como es la pandemia que ahora nos asola) debe ser dirigida desde órganos que no sólo tengan el poder jurídico de actuar (“potestades”), sino que las personas que los integran deben contar, además, con una fuerza moral (“auctoritas”) que les haga acreedoras del mayor respeto y de la mayor confianza social...”.

³ Ver las declaraciones de la entonces vicepresidenta primera del Gobierno de la nación, Sra. Calvo, el 14 de mayo de 2020: <https://www.elmundo.es/espana/2020/05/13/5ebc2a4521efa022768b45fd.html> (diciembre de 2021).

⁴ A pesar de su adecuado sentido jurídico común, y que podía haberse modificado en su tramitación, al presentarla la oposición parlamentaria, esta proposición de ley orgánica se debatió en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados n. 59, celebrada el 17 de noviembre de 2020 (BOCG-*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* n. 62/2020 https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-62.PDF#page=17), y fue rechazada (por 249 votos en contra, 98 a favor y 1 abstención <https://www.congreso.es/web/guest/opedata/votaciones?targetDate=17%2F11%2F2020&targetLegislatura=XIV>).

más el estado de alarma y, en todo momento, garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos⁵.

Además, las resoluciones y actuaciones judiciales relativas a los recursos y que-
rellas interpuestas, y a la propia realidad de la epidemia, han provocado desde el
inicio interpretaciones e intervenciones diversas, y a veces contradictorias, sobre
algunos de los problemas planteados, en especial en los casos que inciden en dere-
chos fundamentales y libertades públicas; aunque, en este punto, algunos problemas
se intentaron solucionar con la reforma de la Ley de la jurisdicción contencioso-
administrativa de 1998 mediante la disposición final 2.^a de la Ley 3/2020, de 18 de
septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19
en el ámbito de la Administración de justicia (BOE del 19), al modificar y ordenar de
una manera más adecuada las competencias de ciertos órganos judiciales, en rela-
ción con estas situaciones; aunque no solucionó el problema de las discrepancias,
e incluso decisiones contradictorias, entre jueces y tribunales, y no parece que las
nuevas disposiciones sean suficientes para avalar limitaciones de derechos indis-
criminadas como las que han adoptado determinadas comunidades autónomas, ya
que la posible incidencia-limitación de los derechos fundamentales previstos en los
artículos 15 a 29-CE únicamente le corresponde, en su caso, al Estado mediante ley
orgánica, y ni la declaración del estado de alarma, conforme a la CE y a la LOEAES, ni
la legislación sanitaria y de medidas especiales vigente permiten en ningún caso que
las comunidades y ciudades autónomas puedan limitar los derechos fundamentales⁶.

Por otra parte, desde el punto de vista administrativo y organizativo, a pesar de
las claras, e irrenunciables, competencias del Estado en materia de sanidad exterior
y sobre bases y coordinación general de la sanidad que reconoce la Constitución
española (art. 14.9-1.^o-16.^a), el Gobierno de la nación, desde antes de que finalizara,
el 21 de junio de 2020, el estado de alarma declarado en marzo, en una calculada
operación de tipo político, renunció a ejercer sus propias competencias en la materia⁷
y dejó a las comunidades autónomas la gestión principal de las acciones contra la
epidemia, produciéndose un apreciable desbarajuste normativo y administrativo⁸ e

⁵ FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Los estados de alarma por el COVID-19 (Prólogo de Ángel Sánchez Blanco)*, Ratio Legis, Salamanca, 2021, pp. 111-126.

⁶ ARAGÓN REYES, M., "Covid-19 y Estado Autonómico", Tudela Aranda, J. (coord.), *Estado Autonómico y Covid-19*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, pp. 4-5, <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0204>; y TAJADURA TEJADA, J., "El Estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 120, 2021, pp. 137-175, <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.04>.

⁷ De hecho, se puede mantener que esta situación se produce desde la aprobación de la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo (BOE del 3), de los reales decretos 514/2020, de 8 de mayo, y 555/2020, de 5 de junio (BOE del 6), que aprobaron la cuarta y la sexta prórrogas del primer estado de alarma, y especialmente del Real decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE del 10), cuya tramitación como ley, una vez convalidado, comenzó el 25 de junio y que se ha plasmado, bastantes meses después, en la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE del 30), coloquialmente denominada "*Ley de las mascarillas*", debido al problema planteado al ser más exigente en su uso en todo momento y lugar. Posteriormente, el modelo se confirmaría en el estado de alarma declarado en octubre (Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, BOE del 25).

⁸ En este sentido, ARAGÓN REYES señala con claridad que "... uno de los problemas principales que, a mi juicio, se han puesto de manifiesto es la decisión de descargar en las comunidades autónomas esa tarea [de luchar contra la pandemia], pues, respecto de ella, ni el Estado deja de tener competencias de obligatorio ejercicio ni los poderes autonómicos las poseen para adoptar, por sí solos, las medidas que la grave situación requiere" (ARAGÓN REYES, M., "Covid-19 y Estado Autonómico", cit., p. 1).

importantes problemas tanto en la propia gestión de la epidemia como en la afectación a las libertades públicas (p. ej., en algunas de las normas regionales referidas a confinamientos de poblaciones enteras u otras medidas)⁹.

En efecto, los Estados democráticos han tenido que hacer frente, y tienen que hacerlo de hecho, en el presente, por problemas y situaciones reales de anormalidad, provocadas por múltiples causas, entre ellas las crisis sanitarias y epidemias, como la actual del COVID-19¹⁰. Estas circunstancias en general suelen estar previstas en los ordenamientos, para avalar medidas jurídicas, administrativas, económicas, etc., bajo la cobertura de una declaración de emergencia, que permite el uso, perfectamente legítimo y democrático, del denominado derecho de necesidad¹¹ o de emergencia, que avala la adopción de medidas especiales para luchar o atajar las circunstancias señaladas, pero no por el legislador ordinario, sino por otro de carácter extraordinario, que adopta medidas, algunas incluso con fuerza de ley, con la finalidad de salvaguardar al Estado y a la sociedad correspondiente.

En los países de la Unión Europea, tales estados de emergencia, con distintos nombres y regulaciones, como ya sabemos, se prevén en sus constituciones, en particular en las más modernas (así ocurre, por citar algunos cercanos, en Alemania, Italia, Francia o Portugal), aunque en algunos otros, no pertenecientes a la UE, por razones históricas no se regulan en sus textos constitucionales (como en Estados Unidos y Reino Unido). En todos estos textos, la regulación de los estados de emergencia se caracteriza por producirse una concentración del poder público, principalmente del legislativo y el administrativo, y asimismo a nivel territorial, al ser el método más efectivo para adoptar decisiones, de forma eficaz y rápida como suelen exigir esas circunstancias; y en ninguno de esos países se permite una descentralización total en la adopción de decisiones, ya que provoca una apreciable descoordinación y desorganización, y en última instancia una ineficacia real en las medidas de lucha contra la crisis o calamidad concreta; en tales países no hay descentralización de acciones hacia otras instancias territoriales, sino una concentración de acciones y poderes, generalmente, en la instancia superior, en el Gobierno del Estado (sea federal o regional)¹².

⁹ En palabras de ARAGÓN REYES, "el Gobierno estatal optó por descargar en las comunidades autónomas la responsabilidad de adoptar las medidas que considerasen necesarias para resolver la crisis sanitaria, provocando (...) una variedad de actuaciones caracterizadas por la descoordinación, la confusión e, incluso, el enfrentamiento territorial en algunos casos, que no contribuyen a la eficacia de las decisiones autonómicas que se han ido tomando"; (ARAGÓN REYES, M., "Covid-19 y Estado Autonómico"; cit., p. 2).

¹⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, V. y ARIAS APARICIO, F., "El derecho ante situaciones de crisis: apuntes esenciales sobre cómo se ha procedido para hacer frente a la pandemia de coronavirus"; *Revista Administración & Ciudadanía (EGAP)*, n. 2, 2020, pp. 281-294, <https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4676>.

¹¹ ÁLVAREZ GARCÍA señala, con acierto, que "... la necesidad está ligada al instituto de autoconservación inherente a todo organismo vivo, y, por tanto, también al Estado. Así, desde tiempos inmemoriales, el estado ha intentado asegurar su supervivencia a través de distintos mecanismos que, aunque de naturaleza meramente fáctica en sus orígenes, estaban plenamente justificados por aquel sacrosanto principio de autoconservación"; añadiendo que "... el derecho no podía ser, en modo alguno, ajeno a esa realidad y, por ello, ha intentado, progresivamente, establecer un marco normativo dirigido a encauzar jurídicamente aquellas actuaciones extraordinarias 'de necesidad' de carácter fáctico. Ese marco jurídico tenía el doble objetivo de habilitar, a la vez que limitar, la actuación de los diferentes poderes públicos" (ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 32-33).

¹² En el caso de Italia, las regiones participan en la gestión de la crisis del coronavirus, pero en el marco de las normas y directrices de emergencia aprobadas por el Gobierno de la República; y en el caso de Alemania, que es un Estado federal, y no regional como España, se ha modificado en mayo la Ley de protección contra las infecciones de 2000, precisamente para

Esa misma idea se recoge claramente en la Constitución española de 1978 (art. 116) y, sobre todo, en la Ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES) de 1981 (BOE del 5 de junio). En efecto, por lo que se refiere al estado de alarma, que es el que nos afecta ahora, el artículo 7-LOEAES establece claramente que en el estado de alarma la autoridad competente será el Gobierno o, por delegación de este, el presidente de la comunidad autónoma “cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una comunidad”, precepto que está en consonancia con el artículo 5-LOEAES, que prevé que, cuando los supuestos que justifican el estado de alarma “afecten exclusivamente a todo o parte del ámbito territorial de una comunidad autónoma”, su presidente podrá solicitar del Gobierno (sin que sea preceptiva ni vinculante la solicitud) la declaración de estado de alarma¹³, interpretación que confirmó la STC 83/2016, de 28 de abril (FJ n. 8). En ambos preceptos, particularmente en el artículo 7, se prevé que la solicitud de la alarma y/o la designación como autoridad competente delegada recaiga en los presidentes de las comunidades autónomas cuando la declaración o los hechos que justifican el estado de alarma afecten exclusivamente a todo o parte del ámbito territorial de la comunidad correspondiente; pero en ningún caso se prevé que, siendo una pandemia como la actual, que no conoce fronteras, y que afecta, por tanto, a toda España o, mejor dicho, a todo el mundo, se puedan designar como autoridades competentes delegadas a los diecisiete presidentes regionales y a los presidentes de Ceuta y Melilla¹⁴.

Dados los problemas en este caso de salud y sanitarios derivados de la pandemia del COVID-19, que obviamente no se detiene en la línea geográfico-administrativa que separa unas comunidades autónomas de otras, y que justifican el estado de alarma, la LOEAES pregona la dirección de la crisis centralizada en el Gobierno de la nación, y solo en el caso previsto (cuando las causas de la emergencia “afecten exclusivamente a todo o parte del ámbito territorial de una comunidad autónoma”) puede dar lugar a la intervención del correspondiente presidente autonómico, y ser designado, en su caso, como autoridad delegada del estado de alarma¹⁵.

centralizar en el Gobierno federal la adopción de medidas contra el COVID-19. Véase FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Los estados de alarma por el COVID-19*, cit., pp. 27-36.

¹³ Sin embargo, las previsiones de ambos preceptos no se utilizaron en el estado de alarma de Madrid (Real decreto 900/2020, de 9 de octubre, BOE del mismo día 9), pues, a pesar de que afectaba únicamente a algunas ciudades del territorio de la comunidad, el Gobierno de la nación lo declaró sin que la presidenta de la comunidad lo solicitara y se designó a sí mismo como autoridad competente, y no a la presidenta citada, que hubiera sido lo más adecuado constitucional y legalmente y desde el punto de vista de la gestión sanitaria de la epidemia.

¹⁴ En este mismo sentido, ÁLVAREZ GARCÍA afirma, en relación con el estado de alarma de marzo, con claridad que “[n]o es de recibo la delegación de competencias a los presidentes autonómicos en la medida en que estamos ante una crisis que se extiende de manera inclemente [e indivisible] por todo el territorio nacional” (ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19 (Estudios jurídicos)*, cit., p. 45). Por su parte, en esta misma línea argumental, ARAGÓN REYES señala que “[e]l Estado no está inerte, por supuesto, y facilita sobradamente los instrumentos jurídicos necesarios para combatir dicha crisis, eso sí, respetando las reglas y procedimientos exigidos: habilitaciones legales suficientes y, cuando ello no existe, declaración de los estados excepcionales. Ambos instrumentos son de exclusiva y obligada titularidad estatal, que no puede ser transferida a las comunidades autónomas” (ARAGÓN REYES, M., “Covid-19 y Estado Autonómico”, cit., p. 7).

¹⁵ En este mismo sentido, señala ARAGÓN REYES que “[u]no de los problemas que están en la raíz de esta situación es, me parece, la inadecuación de combatir un mal general, que se extiende [con mayor o menor gravedad] en todo el territorio nacional, con medidas territorialmente limitadas al ámbito de cada comunidad autónoma. La pandemia, se ha dicho con frase gráfica, no conoce fronteras, menos aún dentro del territorio estatal” (ARAGÓN REYES, M., “Covid-19 y Estado Autonómico”, cit., p. 2).

Además, insistimos, el artículo 7-LOEAEs permite la designación del presidente regional como autoridad competente delegada “cuando la declaración” afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una comunidad (aunque esa solicitud ni es preceptiva ni vinculante), pero en el estado de alarma de marzo y en el actual, declarado por el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre (BOE del mismo día 25), artículo 3, la declaración del estado de alarma “afecta a todo el territorio nacional” (no así en el caso del estado de alarma de Madrid, que como sabemos afectó exclusivamente a la capital y a otras ciudades de la comunidad, y a pesar de lo cual no se designó como autoridad delegada a su presidenta)¹⁶. Parece claro, pues, que no es posible constitucionalmente designar a los 19 presidentes de las comunidades y ciudades autónomas como autoridades competentes delegadas.

Por otra parte, la designación como tales autoridades competentes delegadas a los presidentes autonómicos y de Ceuta y Melilla conlleva, en la actualidad, el otorgamiento de poderes no precisamente de menor importancia, ya que el artículo 2-3.º del Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el actual estado de alarma, y prorrogado hasta el 9 de mayo de 2021, los habilita para dictar, por delegación del Gobierno de la nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11, que son los que implican limitaciones y afectaciones a los derechos y libertades, y, lo que es más importante, para ello no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno ni es de aplicación el régimen de ratificación judicial de medidas, previsto en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. De esta forma, se les concede un importante poder real a tales autoridades competentes delegadas, nunca conocido, y eliminando un importante sistema de control judicial, posibilitando (como efectivamente ha ocurrido) un desbarajuste normativo y administrativo en la adopción y aplicación de las medidas contra el virus. Además, por si lo anterior fuera poco, el artículo 11 del mismo Real decreto 926/2020 permite, de acuerdo con el artículo 11-b-LOEAEs, que las autoridades competentes delegadas podrán imponer en su ámbito territorial la realización de las prestaciones personales obligatorias que resulten imprescindibles en el ámbito de sus sistemas sanitarios y sociosanitarios para responder a la situación de emergencia sanitaria actual.

En efecto, como ya hemos resaltado, a pesar de las claras competencias en materia de sanidad exterior y, en particular, sobre las bases y coordinación general de la sanidad que reconoce al Estado la Constitución española (art. 149-1.º-16.ª)¹⁷, el Gobierno de la nación, desde que finalizó el 21 de junio el estado de alarma declarado en marzo, no ha ejercido sus propias competencias en la materia (cuyo negativo y claro ejemplo es la situación del Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas, en relación con la entrada de personas de países afectados por la epidemia en España,

¹⁶ Ver el comentario de ARAGÓN REYES de la nota anterior.

¹⁷ Este artículo 149-1.º-16.ª-CE atribuye al Estado, con el carácter de exclusiva, la competencia sobre las bases y coordinación general de la sanidad, lo que supone, entre otras cosas, según jurisprudencia constitucional consolidada, que está obligado (y no solo facultado) a adoptar una regulación uniforme y de vigencia en todo el territorio nacional destinada a preservar los intereses generales que concurren en la sanidad, mediante normas legales y, excepcionalmente, reglamentarias, e incluso para adoptar decisiones y actuaciones que tengan como objeto la regulación inmediata de situaciones concretas.

prácticamente sin ningún control sanitario efectivo) y ha dejado a las comunidades autónomas el primer frente de actuaciones contra la epidemia, produciéndose un desbarajuste normativo real y problemas de importancia en la propia gestión de la epidemia¹⁸.

Es decir, de una apreciable centralización de competencias en el Gobierno de la nación y en algunos de sus ministros, como autoridades delegadas, durante el estado de alarma de marzo y algunas de sus prórrogas, se ha pasado a una “devolución”¹⁹ competencial a las comunidades autónomas, y a las ciudades de Ceuta y Melilla, prácticamente completa sin sujeción a directriz de coordinación a nivel nacional alguna, al no ejercer el Gobierno de la nación sus funciones constitucionales en relación con esta situación de emergencia, aun no finalizada. De hecho, como se ha dicho, se ha pasado a una especie de un derecho “confederal” de excepción o de “estado de alarma compuesto” donde la lucha jurídica y administrativa contra el coronavirus gira casi completamente sobre las autoridades sanitarias regionales y de Ceuta y Melilla²⁰. Este proceso, como hemos señalado, no parece muy conforme con el bloque de constitucionalidad, formado por la propia Constitución española y por la Ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio.

Este proceso, que se ha denominado indebidamente de “cogobernanza” (pues no se “cogobierna” aquello que jurídicamente no se puede, como hemos visto)²¹, se estableció principalmente, como hemos señalado, en la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo (BOE del 3), en el Real decreto-ley 21/2020, de 9 de junio (BOE del 10), y en

¹⁸ Sobre las disfunciones del Estado fuertemente descentralizado que creó la Constitución española de 1978 y de la acción de las comunidades autónomas, algunas de las cuales se han reflejado claramente en los estados de alarma actuales, así como algunas propuestas de reforma, ver SÁNCHEZ BLANCO, Á., *Cauces sociales para la democracia. Reforma del Estado y consolidación de la Constitución de 1978*, Thomson Reuters-Aranzadi, Universidad de Málaga (Facultad de Derecho-Dpto. de Derecho Público), Cizur Menor, 2020, especialmente el capítulo “Las disfunciones generadas por las comunidades autónomas. Alternativa correctora”, pp. 127-157.

¹⁹ Así lo denomina ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 55, 2020; y ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19 (Estudios jurídicos)*, cit., pp. 75-107.

²⁰ Con nitidez lo señala, cuyas palabras compartimos, el magistrado de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Aragón D. Juan José CARBONERO REDONDO, en su atinado trabajo “De la Ley... ¿a la Ley? ¿Involucionando hacia un Estado sin Derecho? Apuntes de urgencia sobre los decretos reguladores del segundo estado de alarma: la fundación de un derecho ‘confederal’ de excepción”, *Diario La Ley*, n. 9749, 4 de diciembre de 2020, pp. 1 y 2, quien afirma que “... no queda claro si estamos ante un estado de alarma al uso, o es otra cosa diferente, difícilmente encajillable en ninguno de los estados excepcionales. En realidad, (...) no se está aplicando la normativa vigente, sino que se está, bajo su paraguas y asumiendo enunciados de la misma –modo de coartada–, configurando un derecho de emergencia de contenido muy diferente y también nuevo”, y seguidamente, con más claridad aun si cabe, continúa afirmando que ese nuevo derecho de excepción se caracteriza por dos notas: “por la primera, se adapta y actualiza este espacio normativo –el único que quedaba intacto por falta de uso hasta la fecha– a un sistema de organización territorial y de distribución del poder, en cuyo centro no está ya el Estado, sino la Comunidad Autónoma, comenzando a intuirse que se empieza a sobrepasar lo federal, para entrar en terreno más parecido a lo confederal; por la segunda, se dota de extraordinaria potencia a las administraciones protagonistas de la actuación frente a la crisis, con controles judiciales exigüos, cuando existen, y laxos controles parlamentarios, con el Gobierno de la nación como paraguas”.

²¹ En este sentido, ARAGÓN REYES afirma, con rotundidad, que “[p]ara combatir la situación sanitaria que, desde el pasado julio (de 2020), se está reproduciendo, el Estado, de acuerdo con las reglas constitucionales, tiene unas competencias irrenunciables, de ejercicio obligatorio, que no puede endosar a las comunidades autónomas”, añadiendo que “... ni el Estado puede rehuir su responsabilidad en la adopción de medidas sanitarias (...) para hacer frente a la pandemia, ni las comunidades autónomas, que sí tienen reconocida competencia para “desarrollar” las bases estatales, pueden sustituir la obligación de regulación (e incluso a veces de ejecución) básica que sólo al Estado corresponde. La llamada “cogobernanza” (...) no puede inducir a la confusión de que el Estado sólo puede actuar a través de tal colaboración, ya que tiene determinadas competencias exclusivas que, por sí solo, y no supeditado a la voluntad concorde de una comunidad autónoma (o de todas ellas), ha de ejercer, necesariamente” (ARAGÓN REYES, M., “Covid-19 y Estado Autonómico”, cit., pp. 2 a 4).

los reales decretos de las prórrogas del estado de alarma de marzo, con valor de ley, especialmente en el artículo 6-1.º del Real decreto 555/2020, de 5 de junio (BOE del 6), que aprueba la sexta prórroga de la alarma, confirmándose en el estado de alarma declarado en octubre de 2020²².

Efectivamente, la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo (BOE del mismo día 3), sin una base clara en los reales decretos de declaración de la alarma de marzo (a pesar de las referencias generales a la consideración del ministro de Sanidad como autoridad delegada del Gobierno de la nación en el estado de alarma, *ex* artículos 4-2.º y 3.º, 7-6.º y 10-6.º-Real decreto 463/2020), y las prórrogas establecidas hasta entonces, reguló el proceso de cogobernanza con las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla para la transición a “una nueva normalidad” [sic], mediante el cual, de acuerdo con el denominado “Plan para la transición a una nueva normalidad”, adoptado por el Consejo de Ministros el 28 de abril de 2020²³, la decisión sobre el avance o retroceso en los diferentes territorios a través de las distintas fases del plan corresponde al ministro de Sanidad mediante un proceso de gobernanza conjunta o cogobernanza con las comunidades y ciudades autónomas, en el que ambas instituciones actuarán en permanente diálogo bajo los principios de cooperación y colaboración, tomándose las decisiones finales a partir de la evaluación conjunta de los indicadores previstos en el plan y considerando todos los factores que pueden influir sobre la evolución de la epidemia, decisión que en todo caso se procurará que sea consensuada, pero la adoptará el ministro de Sanidad. Asimismo, se prevé que, en este proceso de cogobernanza, las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla puedan trasladar al Ministerio de Sanidad propuestas específicas de desescalada en sus territorios de acuerdo con el esquema orientativo previsto en el citado plan, así como plantear alguna actividad no contemplada entre las actividades permitidas en las diferentes fases.

Posteriormente, el contenido sustantivo esencial de la regulación de la “cogobernanza” de esta orden ministerial fue elevado a rango legal por el Real decreto 514/2020, de 8 de mayo (BOE del 9), por el que se prorroga el estado de alarma declarado en marzo, al asumirlo en su artículo 3, que regula el procedimiento para la denominada desescalada; además, se incorpora un proceso de codecisión Gobierno de la nación-comunidades y ciudades autónomas, y se permitió, durante el estado de alarma declarado, la celebración de las elecciones gallegas y vascas convocadas.

El marco autonómico de intervención en el denominado proceso de desescalada fue ratificado por el Real decreto 537/2020, de 22 de mayo (BOE del 23), que aprueba la cuarta prórroga del estado de alarma, añadiendo algunas medidas más, y por el Real decreto 555/2020, de 5 de junio (BOE del 6), que aprueba la sexta, y última, prórroga del estado de alarma de marzo, que reafirmó las medidas de cogobernanza, de desescalada y de codecisión.

²² Este proceso normativo lo analiza con detalle ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19”, cit.; y ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19 (Estudios jurídicos)*, cit., pp. 75-107.

²³ Acceso web: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2020/PlanTransicionNuevaNormalidad.pdf> (diciembre de 2021).

Pero además, y esto es más destacable, el artículo 6-1.º de este último real decreto establece que, durante el periodo de vigencia de esta prórroga, las autoridades competentes delegadas para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, serán el ministro de Sanidad, bajo la superior dirección del presidente del Gobierno, con arreglo al principio de cooperación con las comunidades autónomas, y quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma, añadiendo que la autoridad competente delegada para la adopción, supresión, modulación y ejecución de medidas correspondientes a la fase III del plan de desescalada será, en ejercicio de sus competencias, exclusivamente quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma, salvo para algunas. Es decir, se produce una designación de autoridades delegadas y un traslado de funciones a las comunidades autónomas en contra de lo previsto en la CE y en la LOEAE, que se reafirmará en el estado de alarma general de octubre, pero no en el aplicable a Madrid.

Por su parte, el Real decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE del 10), en sus artículos 1 a 3, incluye a las comunidades autónomas en el proceso de desescalada²⁴.

Finalmente, serán la declaración del estado de alarma de octubre de 2020 y sus prórrogas las normas que consoliden ese modelo de “cogobernanza” de la crisis del coronavirus.

Conforme con estas normas, y el llamado “proceso de cogobernanza” implantado, la situación (que ya se veía venir)²⁵ de una apreciable desorganización jurídico-administrativa se agravó en la segunda ola de la epidemia, a lo que contribuyó indudablemente

²⁴ No obstante, la exposición de motivos del Real decreto-ley (apdo. III) señala que “... es necesario establecer la continuidad de una serie de medidas en el conjunto del territorio nacional con el fin de prevenir y controlar posibles rebrotes de la enfermedad cuando dejen de ser aplicables las medidas adoptadas durante el estado de alarma, plazo en el que no resulta factible su aprobación mediante el procedimiento legislativo ordinario, ni siquiera utilizando una eventual vía de urgencia”, párrafo que concuerda poco con el proceso de cogobernanza establecido e introduce al final una afirmación incierta, pues si el Gobierno de la nación hubiera querido remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley de modificación de la legislación sanitaria, orgánica y ordinaria, con la finalidad de no tener que acudir a la declaración del estado de alarma, ha tenido tiempo suficiente, de marzo a junio (...) y desde el 21 de junio de 2020, en que finalizó el primer estado de alarma, hasta el mes de octubre, en que se declararon dos estados de alarma más.

Sobre el mal uso del decreto-ley durante la epidemia del coronavirus, con ejemplos, ver FERNANDES ROMERO, I., “Patologías del Decreto-ley durante la crisis sanitaria generada por la Covid-19”, Diario La Ley, n. 9888, 9 de julio de 2021.

²⁵ Ciertamente, aunque hay que afirmar claramente que afrontar esta pandemia desde el punto de vista sanitario no está siendo nada fácil, que las perspectivas socioeconómicas son muy negativas y que, además, jurídicamente se han complicado mucho las medidas y las actuaciones de las administraciones públicas, igualmente debe afirmarse que en la primera ola de la epidemia la imprevisión y los errores de apreciación por parte del Gobierno de la nación, junto con otras circunstancias, trajeron consigo la declaración del estado de alarma en marzo y sus sucesivas prórrogas hasta el 21 de junio, con algunos problemas constitucionales (principalmente, por la afectación a derechos y libertades fundamentales), y muchas actuaciones con ciertos problemas legales que provocarían la interposición de un buen número de recursos, demandas y querellas. Así, se recurrió la propia declaración del estado de alarma de marzo y sus prórrogas (providencia del Tribunal Constitucional de 6 de mayo, BOE del 8), recurso que no ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional hasta julio de 2021, a pesar de su esencial trascendencia, a la vista de que posteriormente se declararon dos estados de alarma más, también con problemas constitucionales y legales claros. De haberse resuelto ese recurso antes, un gran número de los problemas constitucionales y legales planteados se habrían resuelto mucho antes (aunque, dependiendo del sentido de la sentencia, podrían plantearse otros de naturaleza distinta).

Además, durante el período del estado de alarma de marzo se dictaron normas y se tomaron decisiones administrativas, a veces confusas y contradictorias entre sí, o de un territorio a otro, con incidencia en derechos y libertades, que, al tener que ser ratificadas por los correspondientes órganos judiciales, han producido resoluciones confusas y contradictorias; por ejemplo, en materia del ejercicio de los derechos de reunión y manifestación (hasta que se dictó el Auto TC 40/2020, de 30 de abril) o de la libertad religiosa, de la exigencia de medios sanitarios (al menos, por ahora, hasta la STS 1271/2020, de 8 de octubre, que admite parcialmente el recurso interpuesto, constatando la falta de tales medios), o de la autorización judicial de

que el Gobierno de la nación se desentendiera totalmente, y ha continuado haciéndolo, de su gestión y de la adopción de medidas comunes y debidamente coordinadas para todo el país, dejando, por el contrario, que las comunidades y ciudades autónomas gestionen la lucha contra el virus (y, con cierta sorpresa, también el complejo proceso de vacunación, sobre el que desde enero de 2021 ya se conocieron problemas, como, p. ej., el reparto no igualitario de las vacunas y algunas dificultades en relación con las jeringuillas), las cuales comenzaron a publicar un importante número de normas de todo tipo²⁶, con medidas a veces contradictorias que cambiaban muy rápidamente, aunque es verdad que muchas veces tales modificaciones y la rapidez en su adopción estaban justificadas debido a la propia evolución de la pandemia²⁷, casi todas ellas sin poderse encajar en la legislación sanitaria, tanto orgánica como ordinaria (la Ley general de sanidad de 1986, la Ley orgánica de medidas especiales en materia de salud pública, también de 1986, y la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003)²⁸.

Los ejemplos de este desbarajuste jurídico-administrativo son muchos: los problemas con las compras de material sanitario en la primera ola de la epidemia y con las mascarillas²⁹ (incluyendo el surrealista debate posterior sobre la reducción del IVA, permitida por la UE desde hacía tiempo); las limitaciones de movimientos y reuniones de las personas, que cada comunidad adopta en función de sus razonamientos particulares, y con ámbitos territoriales muy diversos, incidiendo en las libertades públicas (principalmente, la libre circulación, el derecho de reunión y la libertad de empresa); la imposición de *toques de queda* generales y de horarios de cierre de actividades, variando de unas a otras; las medidas económicas de ayuda por

intervenciones sanitarias, lo que ha provocado un apreciable desconcierto entre los ciudadanos, incidiendo negativamente en la efectividad de las medidas contra el virus.

Posteriormente, la situación descrita se mantendría en España durante las sucesivas olas de la epidemia (seis hasta ahora, en diciembre de 2021).

²⁶ El código electrónico sobre el derecho autonómico aplicable a la epidemia del COVID-19 incluye nada menos que 550 páginas... únicamente de referencias normativas. Ver BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, *COVID-19. Derecho Autonómico*, Marineró Peral, Á.M.ª (ed.), Madrid, 2021. Acceso web: https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=396_COVID-19_Derecho_Autonómico&tipo=C&modo=1 (diciembre de 2021).

²⁷ A la relación entre la pandemia del coronavirus y los cambios en el sistema normativo se refiere atinadamente el importante Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 128/2020, de 8 de octubre, al señalar que: "*La Sala es consciente de la gravedad de la crisis sanitaria sin precedentes, ante la que se enfrentan los poderes públicos y que padece nuestra sociedad, constatada ya el 11 de marzo de 2020, cuando la Organización Mundial de la Salud elevó la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional. También lo es de la necesidad de adoptar medidas inmediatas y eficaces de diversa índole para proteger la salud de los ciudadanos, contener la propagación de la enfermedad y reforzar el Sistema Nacional de Salud, entre las que cabría incluir medidas limitativas de derechos fundamentales de mayor o menor alcance. Para ello nuestro sistema constitucional articula instrumentos jurídicos de diversa naturaleza que ofrecen cauces jurídicos diferentes para delimitar, modular, restringir e incluso suspender los derechos fundamentales de las personas, respetuosos con las garantías constitucionales.*"

²⁸ ARAGÓN REYES mantiene, con bastante razón, que "[n]o puede existir, en materia de limitación de derechos fundamentales, una especie de habilitación en blanco efectuada por la Ley Orgánica a favor de otras normas [según doctrina constante del TC], y menos a simples órdenes... Además de que (...) tal habilitación para limitar derechos no está prevista, ni siquiera de manera expresa, en la propia LO 3/1986. En definitiva, nuestro ordenamiento constitucional no permite una especie de 'ley de plenos poderes' para la adopción de 'cualquier medida' que las autoridades públicas consideren necesaria para hacer frente a una crisis sanitaria. Ni el fin justifica los medios, ni los derechos fundamentales pueden estar supeditados al viejo lema *salus publica suprema lex esto*" (ARAGÓN REYES, M., "Covid-19 y Estado Autonómico", cit., pp. 4 y 7).

²⁹ La legalidad de la imposición del uso obligatorio de las mascarillas la confirma la STS 1569/2020, de 20 de noviembre. Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE del 30), ratifica dicho uso obligatorio (con cierta polémica, también).

la epidemia, la realización descoordinada de test del virus y de la propia campaña de vacunación contra el coronavirus; las modificaciones de normas por cauces no adecuados³⁰; los excesos normativos³¹, etc. Descoordinación y desgobierno favorecido por el desentendimiento del Gobierno de la nación, también claramente apreciable³².

Además, ante el hecho de que el Gobierno de la nación no elaborara ni remitiera a las Cortes Generales proyecto de ley alguno que permitiera luchar contra la pandemia ni procediera a modificar, al menos, la legislación sanitaria vigente (que actualmente lo sigue estando), varias comunidades autónomas comenzaron a adoptar leyes propias en la materia, algunas de las cuales incluyeron preceptos con claros problemas constitucionales, por afectar a competencias nacionales o a los derechos fundamentales.

Entre estas, en plena vigencia del estado de alarma declarado en octubre de 2020, puede citarse la Ley gallega 8/2021, de 25 de febrero (DOG del 26), de modificación de la Ley de salud de Galicia, que en su exposición de motivos justifica su aprobación en los problemas existentes por no contar con instrumentos legales suficientes para luchar contra el coronavirus, señalando algunas de las carencias de la legislación sanitaria vigente, precisando, por ello, que la ley aprobada incluye medidas globales que complementan la legislación nacional en la materia. Sin embargo, algunas disposiciones tienen claros problemas constitucionales y legales. Por ejemplo, al permitir a las autoridades regionales y locales adoptar medidas que inciden en los derechos fundamentales, sin estar declarado el estado de alarma (debiendo tenerse en cuenta, además, que, estando declarado, únicamente el presidente de la comunidad estaría avalado para adoptarlas); se encomiendan las funciones de vigilancia epidemiológica a más cuerpos de funcionarios, sin precisarlos; se añaden más medidas preventivas a la lista de las previstas en la Ley orgánica 3/1986, cuestión que no puede llevar a cabo la legislación regional, y además algunas de las medidas previstas las pueden adoptar las autoridades sanitarias locales, además de las regionales, y se prevé la vacunación obligatoria (lo que no es posible establecer por la legislación regional).

Contra la ley anterior, el presidente del Gobierno de la nación interpuso un recurso de inconstitucionalidad, el 30 de marzo de 2021, en particular en relación con la previsión de la vacunación obligatoria³³, que trajo consigo la suspensión de esta, que el Tribunal Constitucional ha mantenido mediante auto de 20 de julio de 2021 (BOE del 29).

En sentido similar, se aprobó la Ley 3/2020, de 3 de diciembre, por la que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón (BOAr del 4), modificada posteriormente, cuyo preámbulo mantiene

³⁰ Por ejemplo, mediante el Real decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo (BOE del 11), se reformó el artículo 4 de la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (BOE del 29), argumentándose que este precepto no tenía carácter de ley orgánica, aunque es obvio que dicha afirmación únicamente la puede hacer el Tribunal Constitucional.

³¹ FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Los estados de alarma por el COVID-19*, cit., pp. 90-96. No obstante, al menos, algunos de los excesos normativos más burdos han sido declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional (ver, p. ej., las SSTC 110 y 111/2021, de 13 de mayo).

³² FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Los estados de alarma por el COVID-19*, cit., pp. 147-167.

³³ Ver el Dictamen del Consejo de Estado 213/2021, de 22 de marzo, relativo a la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra esta ley.

que, “con objeto de concretar la genérica habilitación de la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, es al legislador aragonés al que corresponde, conforme a la distribución constitucional de competencias, concretar el alcance de las medidas que pueden considerarse necesarias para reducir los riesgos para la salud pública”, y posteriormente trata de justificar (sin éxito, ya que no es posible constitucionalmente) que la legislación regional puede precisar y concretar las disposiciones de la Ley orgánica 3/1986 relativas a la limitación de derechos fundamentales. Con esta filosofía, asumida sin problema alguno, la ley regional procede inconstitucionalmente a regular nada menos que el confinamiento general de la población (art. 6), aunque se prevé la autorización o ratificación judicial para algunas medidas (art. 15), establece ciertas modulaciones, muy concretas, de los niveles de alerta sanitaria, excediéndose de las competencias en la materia, al corresponder al Estado (arts. 17 a 33); se regula, con problemas de constitucionalidad, el denominado confinamiento perimetral de ámbitos territoriales determinados por ministerio de la ley (regional), con una fuerte incidencia limitativa en los derechos fundamentales, y el confinamiento ordenado por la autoridad sanitaria (arts. 34 a 36).

Asimismo, los problemas jurídico-administrativos aparecieron desde su inicio, en diciembre de 2020, en el proceso de vacunación contra el coronavirus, destacando en particular el hecho de que la estrategia nacional de vacunación no se adoptó mediante ningún instrumento jurídico, plasmándose únicamente en un documento, sin valor jurídico alguno, no publicado en ningún diario oficial, y sin referencias, claro, a los posibles recursos a interponer³⁴. Con esta inseguridad jurídica, que no se ha solventado después, las comunidades autónomas iniciaron la campaña de vacunación como pudieron (aunque es verdad que hubo serias dificultades de disponibilidad de vacunas a nivel europeo); surgieron ciertos problemas materiales y de gestión (como el de las iniciales jeringuillas inadecuadas para vacunar, la gestión de la vacuna de AstraZeneca, etc.), y se produjo el episodio de la dimisión, forzada, del jefe del Estado Mayor de la Defensa, formalmente, por vacunarse sin respetar el orden fijado³⁵.

Y nuevamente el desbarajuste jurídico-administrativo para hacer frente al coronavirus³⁶ se reflejó de forma clara en las decisiones relativas al cierre perimetral de las comunidades y ciudades autónomas durante el “puente” festivo del día de San José, el 19 de marzo de 2021, que fue viernes y festivo en parte de España, y sobre todo durante Semana Santa, al ser los días 1 y 2 de abril Jueves y Viernes Santos. En

³⁴ CONSEJO INTERTERRITORIAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD, *Estrategia de vacunación frente a COVID-19 en España*, Madrid, 2 de diciembre de 2020, actualizado posteriormente en varias ocasiones (la última el 2 de noviembre de 2021) [COVID-19_EstrategiaVacunacion.pdf (mscbs.gob.es)]. Sobre esta cuestión, ver DEL CARPIO FIESTAS, V. y PÉREZ SÁNCHEZ, G., “La estrategia de vacunación del coronavirus: la nada jurídica para luchar contra la pandemia”, *Blog Rayas en el Agua*, 23 de enero de 2021. Acceso web: <https://elotroblogdeveronicadelcarpio.com/> (diciembre de 2021).

³⁵ En relación con este caso, y otros, se adoptaron decisiones y se produjo un debate con ciertos tintes demagógicos, y políticamente muy correcto, que hicieron que el rey, el presidente del Gobierno, etc., tuvieran que seguir ese orden de vacunación implantado, sin base jurídica alguna, y casi “hacer cold” en los puntos de vacunación. No cabe duda, y así ha ocurrido en otros países europeos y del mundo, que hay personas, por el esencial e importante cargo que ostentan y las funciones que desempeñan, que deben ser vacunadas y protegidas en primer lugar, precisamente porque representan al Estado, lo dirigen, lo protegen, mantienen el sistema sanitario, etc., y así se ha realizado en muchos otros países, con absoluta normalidad, y sin demagogia alguna.

³⁶ Sobre esa desorganización, hasta marzo de 2021, ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Los estados de alarma por el COVID-19*, cit., pp. 191-227.

efecto, frente a la más adecuada posibilidad de que el Gobierno de la nación adoptara las medidas restrictivas correspondientes como autoridad delegada del estado de alarma, que obviamente lo era, y que hubiera solventado los problemas de gestión administrativa de la epidemia producidos, se prefirió seguir con el mal llamado sistema de cogobernanza, que trajo consigo la reproducción del desbarajuste jurídico-administrativo ya conocido, pues las comunidades autónomas comenzaron a tomar medidas que no se adecuaban al acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de 10 de marzo de 2021, ni al sistema competencial relativo al estado de alarma, al solo ser posible que fuesen adoptadas por las autoridades delegadas, tales las decisiones sobre los “*toques de queda*”, los cierres perimetrales de comunidades y ciudades autónomas, la fijación del número de personas en reuniones en espacios y vías públicas, y en espacios públicos cerrados.

Por otra parte, la única ley ordinaria aprobada por las Cortes Generales en materia sanitaria, después de un año y tres meses de epidemia y un año desde el primer estado de alarma contra el coronavirus, es la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE del 30 de marzo), que procede de la tramitación como ley del Real decreto-ley 21/2020, de 9 de junio de 2020 (BOE del 10), sin apenas cambio alguno en su contenido, y con algunos errores, lo que es un reflejo de la situación de descuido y de no preocuparse por las cuestiones que importan. De hecho, el segundo párrafo del preámbulo, al describir el contenido de la nueva ley, se refiere al real decreto-ley 21/2020, cuyo artículo 1 se refiere a la situación posterior al estado de alarma declarado en marzo de 2020, cuando desde entonces se ha declarado otros dos, y el declarado en octubre de 2020 fue prorrogado hasta mayo de 2021, y además, por ejemplo, su disposición adicional 3.^a, que es idéntica a la del real decreto-ley, se refiere a la concesión de determinados avales, previsión que tenía sentido en junio de 2020, al aprobarse el real decreto-ley, pero ya no mucho en marzo de 2021, y se han introdujeron algunas novedades, que causaron cierta sorpresa, como, por ejemplo, la obligatoriedad total del uso de las mascarillas en cualquier lugar (art. 6; introducido en el texto mediante una enmienda del Grupo Socialista), cuya obligatoriedad, y cumplimiento, fueron rápidamente puestos en duda por alguna comunidad autónoma, presión que dio resultado, y, finalmente, el régimen de uso de las mascarillas en espacios abiertos y al aire libre se flexibilizó al modificarse ese artículo mediante el Real decreto-ley 13/2021, de 24 de junio (BOE del 25), generando (consciente o inconscientemente) la impresión a muchas personas de su no obligatoriedad, lo que ha contribuido sin duda a la *quinta ola*, cuyo pico más alto fue el 26 de julio, y al inicio de la *sexta*, en noviembre de 2021.

2 La finalización del estado de alarma... sin legislación adecuada, y aumentando el desbarajuste jurídico-administrativo

El cuarto estado de alarma de nuestra historia constitucional, como es sabido, se declaró mediante el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre (BOE del mismo día 25), con polémica, principalmente debido a su extensa prórroga hasta nada menos que el 9 de mayo de 2021 (Real decreto 956/2020, de 3 de noviembre, BOE del 4) y la que confirmó prácticamente la desaparición del Gobierno de la nación de la dirección y gestión de la epidemia del COVID-19³⁷. Además, su finalización, prevista para ese mismo día 9 de mayo, también se produjo con una importante polémica jurídico-administrativa, ya que la expansión del coronavirus no estaba controlada aún (pues, aunque la *cuarta ola* parecía que remitía, la *quinta ola* se iniciaría en junio), a pesar del avance del proceso de vacunación³⁸.

Sin embargo, cuando se intentó doblegar la cuarta *ola* de la pandemia, que fue menos virulenta (llegaría el 26 de abril a 235 de incidencia acumulada, y luego comenzó a descender), y ante la negativa del Gobierno a elaborar y tramitar ningún texto legislativo para no tener que declarar nuevamente el estado de alarma, a pesar de los anuncios realizados en mayo de 2020³⁹, el marco jurídico-administrativo para luchar contra el COVID-19 continuaba (y continúa, a finales de noviembre de 2021) siendo el mismo que antes de declararse la pandemia del coronavirus y el estado de alarma de marzo de 2020⁴⁰, y que está constituido, en cuanto a sus principales normas, por la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (BOE del 29), la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (BOE del 29), y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública (BOE del 5)⁴¹, sin perjuicio de la utilización, en su caso, de la legislación en materia de seguridad nacional y ciudadana o en materia de emergencias y protección civil. Y debe señalarse

³⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19 (Estudios jurídicos)*, cit., pp. 134-147; ARAGÓN REYES, M., "Covid-19 y Estado Autonómico", cit., pp. 8-12; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., "El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre: del estado de alarma de Madrid y el desbarajuste jurídico-administrativo de las medidas contra el coronavirus a otro estado de alarma, con prórroga (...) de nuevo con problemas constitucionales", *Diario La Ley* (Grupo Wolters Kluwer), n. 9741, de 23 de noviembre de 2020. Acceso web: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/11/23/el-real-decreto-926-2020-de-25-de-octubre-del-estado-de-alarma-de-madrid-y-el-desbarajuste-juridico-administrativo-de-las-medidas-contra-el-coronavirus-a-otro-estado-de-alarma-con-prorroga-de-nuevo-con-problemas-constitucionales> (diciembre de 2021), y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Los estados de alarma por el COVID-19*, cit., pp. 169-190.

³⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, V., "Un nuevo capítulo en el desconcierto jurídico de la lucha contra la pandemia de Covid-19: ¿la rebelión de los jueces?", *Foro de Investigación CSY, Universidad de Extremadura*, 10 de mayo de 2021. Acceso web: forocsyj.com; y TAJADURA TEJADA, J., "Sin legalidad no hay libertad", diario *El País*, 29 de abril de 2021. Véase la opinión del entonces ministro de Justicia, CAMPO, J.C., "La buena noticia del fin del estado de alarma", diario *El País*, 10 de mayo de 2021.

³⁹ Ver las declaraciones de la vicepresidenta primera del Gobierno de la nación de 14 de mayo de 2020: <https://www.elmundo.es/espana/2020/05/13/5ebc2a4521efa022768b45fd.html>.

⁴⁰ Ver BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, *Ámbitos de la Seguridad Nacional: Seguridad frente a Pandemias y Epidemias*, Lozano Miralles, J. y Carazo Liébana, M.ª. (selección y ordenación), Madrid, 2021. Acceso web: https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=406_Ambitos_de_la_Seguridad_Nacional_Seguridad_frente_a_Pandemias_y_Epidemias&tipo=C&modo=2 (diciembre de 2021).

⁴¹ CARDONA FERNÁNDEZ, A.M.ª, "Finalización del Estado de Alarma ¿Y ahora con qué marco regulador nos encontraremos?", *Diario La Ley*, n. 9850, 14 de mayo de 2021, 4 pp.; y CARMONA CONTRERAS, A., "Mejor prorrogar la alarma que la incertidumbre", diario *El País*, 13 de mayo de 2021.

Regap

ESTUDIOS

que, por razones constitucionales, esta legislación ordinaria y orgánica no puede ser la base para limitar derechos fundamentales con carácter general⁴², y menos aún por las comunidades y ciudades autónomas.

En efecto, entre las normas anteriores para hacer frente a epidemias u otras calamidades similares destaca la importancia de la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, y en concreto su artículo 3, que, como es sabido, con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, permite a la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, “adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”. Ciertamente, y a la vista de la gravedad de la pandemia actual del COVID-19 y a su expansión mundial, parece a todas luces insuficiente el texto de este precepto, en particular las dos primeras partes subrayadas, que se refieren al control de enfermos y de las personas que estén o hayan estado en contacto con los anteriores, frases que hacen referencia a enfermos y personas concretas, pero no parece que con esas frases puedan adoptarse medidas para referirse a los miles de enfermos y contagiados por el coronavirus.

En este sentido, entre el gran número de resoluciones judiciales dictadas durante esta crisis, es muy claro en la interpretación de ese precepto el Auto del TSJ de Aragón 89/2020, de 10 de octubre (relativo a las medidas de restricción de la libertad deambulatoria en el término municipal de La Almunia de Doña Godina, en Zaragoza, adoptadas por el Gobierno de Aragón), al señalar que, “para empezar, habla del control de enfermedades transmisibles, no habla de acometer situaciones de crisis sanitaria, de epidemia, o de pandemia”, y que “[p]ara afrontar situaciones de crisis sanitaria el Ordenamiento jurídico español, cuenta con otros medios y herramientas jurídicas y normativas”, pero “sin que, de manera específica (...) se haga referencia, a medidas que impliquen privación a gran escala de la libertad deambulatoria de un grupo indiferenciado de personas, y mucho menos de una población entera. En definitiva, la cuarentena de grupos indiferenciados, no identificados de población” (que era el asunto sometido a ratificación judicial), añadiendo, en un párrafo destacable, que “[e]l artículo 3 se está refiriendo siempre, como no puede ser de otro modo dado que nos encontramos ante un derecho fundamental por definición de titularidad individual y no colectiva, a personas concretas y determinadas, que presentan una clara relación o asociación con el agente causante de la intervención administrativa, esto es, la enfermedad. Se habla de enfermos y personas que se han relacionado con ellos. La cláusula abierta final no salva el vacío existente cuando se pretende la restricción –intensísima debe decirse una vez más– que se impone a toda cualquier persona, no identificable sino por su sola pertenencia al término municipal en el que la incidencia de la enfermedad es mayor. La medida que se adopta se refiere a personas que viven en el mismo municipio, pero de las que se desconoce todo otro dato o relación con la enfermedad, las cuales son obligadas, a prevención, a someterse a

⁴² En general, sobre el problema, ver ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La normativa habilitante para dictar medidas sanitarias generales limitativas de derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Foro de Investigación CSYJ*, Universidad de Extremadura, 8 de junio de 2021. Acceso web: forocsyj.com (diciembre de 2021).

determinadas condiciones de ejercicio –o de no ejercicio– de un derecho fundamental...”. Es más, el tribunal concluye con claridad que *“el artículo 3 de la Ley orgánica 3/1986 no ampara limitaciones o restricciones –o quasi suspensiones– de derechos fundamentales a gran escala o de grupos no identificados de personas...”,* y que *“[e]n todo momento, siempre, se ha entendido (...) que las medidas de control de enfermedades transmisibles adoptables por la Administración eran medidas sobre personas concretas y determinadas, por su relación directa o indirecta con la enfermedad, pero en ningún caso con el territorio o núcleo de población afectado”.*

Sin embargo, la frase final del artículo 3, citado, al ser más abierta y amplia, parecía que podría permitir adoptar todas las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible, y podría así servir de base jurídica segura para la adopción de medidas efectivas contra el coronavirus, aunque afectasen a derechos fundamentales. Pero esta interpretación también ha sido puesta en entredicho por el Auto del TSJ de Castilla y León 273/2020, de 25 de octubre (relativo a las medidas de limitación parcial y temporal de la libertad de circulación en la Comunidad de Castilla y León), que comienza precisando, de forma positiva en relación con la frase señalada, que *“[l]a fórmula abierta utilizada en el artículo 3 de la Ley orgánica 3/1986 que se refiere a las medidas que se consideren ‘necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible’ se ha considerado suficiente para establecer medidas que no comportaban una afectación intensa de un derecho fundamental, se circunscribían geográficamente a una parte de la población especialmente afectada por la enfermedad trasmisible con una duración temporal también muy limitada, teniendo en cuenta que se daba el presupuesto legal habilitante y el fin perseguido es constitucionalmente legítimo al estar dirigido a la protección de la salud y de la vida de los ciudadanos, a lo que se venía a unir la necesidad de la autorización y ratificación judicial de las medidas, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales afectados”;* pero el tribunal no ratifica las medidas de la Junta de Castilla y León mediante una doctrina muy garantista de las libertades públicas, precisamente haciendo referencia a los límites de interpretación y aplicación de la Ley orgánica 3/1986, citada, al señalar que las medidas adoptadas por la Junta de Castilla y León *“...rebas[a] el presupuesto habilitante de la Ley 3/1986, tanto por la extraordinaria situación de crisis sanitaria mundial existente, persistiendo en el tiempo, como por la intensidad de la afectación del derecho fundamental a la libre circulación de las personas, que queda en suspenso durante una franja horaria para toda la población de Castilla y León, de forma indiferenciada, sin distinción, a diferencia de lo realizado en las medidas anteriores, entre municipios más o menos afectados por la enfermedad transmisible, lo que exige una ley que la posibilite con las garantías y exigencias de la doctrina constitucional sobre esta materia. Así se ha hecho ahora mediante el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-Cov-2”.*

No obstante, hay algunos pronunciamientos judiciales que aceptan el artículo 3 de la Ley orgánica 3/1986 como base jurídica suficiente para adoptar medidas (sin necesidad de declarar el estado de alarma), tales como, por ejemplo, el auto del TSJ de la Comunidad Valenciana 142/2020, de 27 de octubre, que, aun asumiendo que ese

Regap

ESTUDIOS

precepto es suficiente para la adopción de las medidas previstas por la comunidad, finaliza con unas rotundas afirmaciones sobre la necesidad de haber realizado los adecuados cambios legislativos para evitar esta situación de zozobra y desbarajuste derivada de las medidas adoptadas, y de su interpretación por jueces y tribunales (al afirmar que *“lo deseable de lege ferenda hubiera sido –y sigue siendo– una producción normativa idónea y ad hoc que solvente los problemas interpretativos con los que nos encontramos y evite la consecuente contradicción de criterios a la que estamos asistiendo”*).

Ante la negativa del Gobierno de la nación de elaborar y tramitar una legislación específica sobre las pandemias, las comunidades autónomas seguirían aprobando normas legales, con problemas constitucionales, para luchar contra el coronavirus, con la consiguiente desorganización jurídico-administrativa, bien visible, que se produjo (y que, como veremos, continúa en la actualidad).

Así, una vez finalizado el estado de alarma de octubre de 2020, se adoptó la Ley vasca 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de COVID-19 (DOPV del 30), cuya aprobación se justifica en las mismas razones que en el caso de la ley gallega citada: no contar las comunidades autónomas con instrumentos legales ordinarios y suficientes para luchar contra el coronavirus, al no haber elaborado el Gobierno de la nación textos legales adecuados para afrontar esa lucha. No obstante, esta ley también tiene problemas constitucionales y legales, al prever la declaración regional de un estado de emergencia, que parece un pequeño estado de alarma, y que constitucionalmente nunca puede adoptar una comunidad autónoma; se prevén medidas de control de la epidemia de coronavirus en el marco de la Ley orgánica 3/1986 que las comunidades autónomas no pueden llevar a cabo al afectar a derechos fundamentales; se establecen niveles de alerta propios, y distintos de los establecidos por la autoridad sanitaria nacional, que es la competente; remite a un reglamento el establecimiento del régimen de vinculación de recursos públicos para luchar contra el virus, e incluso de los privados, con referencias a hospitales privados y hoteles para cuarentenas, lo cual no puede llevarse a cabo mediante normas reglamentarias, y se prevé el régimen de uso de las mascarillas de forma distinta a la establecida en la legislación nacional.

Pero incluso algunas comunidades autónomas volverán (pues ya lo había hecho antes, p. ej., la Comunidad de Aragón en octubre de 2020) a utilizar decretos-leyes para regular ciertos aspectos de la lucha contra el coronavirus, con problemas constitucionales y legales, al incidir en derechos y libertades. En este sentido, en la Comunidad de las Islas Baleares se aprobó el Decreto-ley 5/2021, de 7 de mayo (BOIB del 8), que modifica la Ley de salud pública de 2010 para permitir, en situaciones de pandemia o de epidemia declaradas por las autoridades competentes, que el Consejo de Gobierno (que, como es sabido, no se prevé como autoridad delegada en el estado de alarma, en ningún caso) pueda adoptar medidas de limitación de la actividad, del desplazamiento de las personas y de la prestación de servicios (incluyendo, p. ej., la confiscación o inmovilización de productos, la suspensión del ejercicio de actividades, el cierre de empresas o de sus instalaciones, la intervención de medios materiales o personales o limitaciones de horarios de apertura y/o cierre de establecimientos,

lugares o actividades). Además, prevé la adopción, por las autoridades sanitarias regionales, de acciones, se dice, en desarrollo de la Ley orgánica de medidas especiales en materia de salud pública de 1986, pero con mucha precisión y aumentado las medidas a adoptar, lo cual ya ha sido rechazado por algunas decisiones de los tribunales, como hemos visto; aunque se olvidan de establecer que, si dichas medidas afectan a derechos fundamentales, requieren autorización o ratificación judicial; e incluso se prevé la intervención (sin estar declarado el estado de alarma y por las autoridades sanitarias regionales) de centros de servicios sociales de carácter privado, lo cual es constitucionalmente dudoso que se pueda llevar a cabo.

Más adelante en el tiempo, sin embargo, puede encontrarse con más problemas constitucionales alguna otra norma legal regional, como en la Comunidad de las Islas Canarias el Decreto-ley 11/2021, de 2 de septiembre, por el que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria y las medidas para el control y gestión de la pandemia de COVID-19 (BOCan del 6), que establece, de forma minuciosa, el régimen completo de las medidas y alertas para luchar contra el coronavirus, formalmente en el marco establecido por la Ley orgánica de medidas especiales en materia de salud pública de 1986 y, entre otras, por la normativa básica del Estado. Sin embargo, la minuciosidad de la regulación y la amplitud de las medidas y acciones, incluyendo varias que inciden en los derechos fundamentales, difícilmente pueden justificarse en la ley orgánica citada, conforme con la jurisprudencia mencionada; y además se incluye un sistema de alertas sanitarias propio (aunque formalmente se vincula a los acuerdos del Consejo Interterritorial).

Regap

ESTUDIOS

3 La intervención judicial en relación con medidas sanitarias que inciden en derechos fundamentales. El nuevo papel (cuasi-normativo y administrativo) del Tribunal Supremo

Parece claro que la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa relacionada con las situaciones de crisis no estaba pensada por el legislador para pandemias como la actual, muy contagiosa y extendida por todo el mundo de manera generalizada, y mucho menos el importante papel que, como veremos, tiene actualmente el Tribunal Supremo, después de la última reforma de esa legislación, al asignarle una función “*cuasi normativa y administrativa*”.

En efecto, el texto original de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 no hacía referencia alguna a la autorización o ratificación judicial de medidas que incidieran en los derechos fundamentales. Será la reforma de esa ley aprobada en 2000, incorporando un nuevo párrafo al entonces artículo 8-5.º-LJCA (después pasaría al artículo 8-6.º), la que añade, entre las competencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo, la relativa “*a la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental*”,

que ciertamente parece que tiene un carácter muy amplio y general; si bien debe tenerse en cuenta que, ya entonces, esta competencia se asigna a un órgano judicial de ámbito menor, que ciertamente no parece el más adecuado territorialmente para hacer frente a una pandemia de ámbito mundial. Conforme con la interpretación del artículo 3 de la Ley orgánica 3/1986, como hemos señalado, parece asimismo que las funciones de autorización y ratificación de los juzgados de lo contencioso se preveían para casos concretos, pero no para situaciones como la pandemia del COVID-19.

Así pues, puede mantenerse que el ordenamiento anterior a esta crisis del coronavirus no estaba diseñado para una situación tan compleja y complicada como la actual, sino que se refería a situaciones concretas y que no fueran de ámbito mundial.

No obstante, debe señalarse que una más adecuada regulación de la intervención judicial en la autorización o ratificación de medidas para hacer frente al coronavirus se produjo con la aprobación de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de justicia (BOE del 19), al modificar varios artículos de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con las competencias de los distintos órganos judiciales.

En efecto, la disposición final 2.^a de esa ley modifica el artículo 8-6.º de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, añadiendo un párrafo que avala la interpretación anterior, al precisar ahora que, entre otras, la competencia de los juzgados de lo contencioso se extiende asimismo a *“la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada”*.

Por otra parte, se modificó el artículo 10-LJCA, relativo a las competencias de las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, añadiendo un apartado 8.º que asigna a estas el conocimiento de *“la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente”*.

Finalmente, se modificó el artículo 11-i-LJCA, que encomienda a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional *“la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que la autoridad sanitaria estatal considere urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente”*.

Ciertamente, esta reforma, aprobada en septiembre de 2020 (en el inicio de la segunda ola de la epidemia del coronavirus), aunque podía haberse aprobado antes, resolvía algunos de los problemas causados por el texto LJCA original de 1998 (obviamente, no pensado para una pandemia de esta magnitud), al aclarar las competencias

de los distintos órganos judiciales en relación con la autorización o ratificación de las diferentes medidas sanitarias adoptadas por las autoridades sanitarias para hacer frente al COVID-19, aunque parece que continúa refiriéndose a casos concretos y no a, por ejemplo, comunidades autónomas completas (aunque la última frase de los preceptos modificados está redactada de forma muy abierta). No obstante, esta reforma de 2000 confirma el papel cuasi-normativo de los jueces y tribunales, al coparticipar, con carácter general, mediante la autorización o ratificación de las medidas sanitarias adoptadas por las autoridades administrativas, modelo que no se compagina muy bien con la división de poderes establecida en la Constitución española⁴³.

Pero, frente a la postura más atenta a la difícil gestión de la pandemia, y a intentar solucionarla o paliarla, el Gobierno de la nación, además de desentenderse de esa gestión, no ha aprobado ni remitido a las Cortes Generales, en más de un año de pandemia, los proyectos de leyes de modificación de los anteriores textos en materia sanitaria u otros nuevos para afrontar con seguridad la adopción de medidas adecuadas para luchar contra el coronavirus, y no tener que seguir declarando estados de alarma.

Sin embargo, estos problemas jurídico-administrativos, y el desbarajuste consiguiente, se han agravado con la finalización, el 9 de mayo de 2021, del estado de alarma de octubre de 2020, después de una larguísima prórroga, al aprobarse el Real decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (BOE del 5)⁴⁴, en pleno descenso de la cuarta ola de la epidemia del coronavirus (su exposición de motivos “constata que la situación epidemiológica, aun cuando continúa resultando preocupante, presenta elementos de control y contención fundamentalmente debidos a la positiva evolución del proceso de vacunación”).

Conforme con los avances del proceso de vacunación contra el COVID-19, la extensa exposición de motivos señala que “no concurren en este momento causas que justifiquen la pervivencia de un régimen excepcional como lo es el estado de alarma, previsto en la Constitución como un instrumento para asegurar el restablecimiento de la normalidad en circunstancias extraordinarias, pero que por su propia naturaleza no puede ni debe prolongarse de forma indefinida o permanente en el tiempo, estando su vigencia

⁴³ ARAGÓN REYES afirma, con buen criterio, que “[e]sta reforma, repentina y poco meditada, de la LJCA plantea al menos dos problemas. El primero es su posible contradicción con la función constitucional del poder judicial, cuyas competencias (incluidas las que por ley puedan serle atribuidas según el art. 117.4 CE) no pueden invadir las que son propias del poder legislativo y el poder ejecutivo, en este caso dictar normas generales (de ámbito nacional o territorial). En definitiva, el poder judicial no puede colegislar, que es lo que sucede si para que una norma pueda entrar en vigor primero se exige la previa autorización judicial. El segundo problema es que una norma de carácter procesal, como es la previsión legal de ese control previo, no puede servir como título atributivo de competencia material al poder (en este caso autonómico) del que emana la medida susceptible de control” (ARAGÓN REYES, M., “Covid-19 y Estado Autonómico”, cit., p. 5).

⁴⁴ LOZANO CUTANDA, B., “Real Decreto-ley 8/2021: la reforma del recurso de casación que ahonda en un ‘Estado de gobierno judicial’ y socava el principio de responsabilidad patrimonial”, *Diario La Ley*, n. 9850, 14 de mayo de 2021, 4 pp.; PALOMAR OLMEDA, A., “Las medidas sanitarias y la actuación judicial: la nueva modalidad del recurso de casación contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, n. 9852, 18 de mayo de 2021, 13 pp.; y GONZÁLEZ GRANDA, P., “Sobre el control del interés casacional en el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, n. 9865, 7 de junio de 2021, 16 pp.

temporal supeditada a la necesidad de adoptar medidas de naturaleza excepcional para prevenir y controlar graves alteraciones como las derivadas de la aguda crisis sanitaria ocasionada por el SARS-CoV-2”.

“Por ello (continúa señalando la exposición de motivos), la valoración de la proporcionalidad entre el actual nivel de gravedad de la situación y el recurso al estado de alarma como régimen de posible limitación de derechos y libertades fundamentales ha determinado que el Gobierno de la nación haya decidido no hacer uso de su prerrogativa constitucional de solicitar del Congreso de los Diputados una prórroga de aquel”.

Añade, además, y esto es bastante importante resaltarlo, que “[d]urante la vigencia y prórroga del estado de alarma se han adoptado numerosas medidas al amparo del mismo por las autoridades competentes delegadas, cuya vigencia decaerá en el mismo momento de expiración de la prórroga del estado de alarma. No obstante, la mayoría de dichas medidas pueden articularse, en caso de necesidad, en el marco definido por la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, y por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública; quedando sujetas al control jurisdiccional ordinario”. De hecho, se afirma que “se considera que la legislación sanitaria citada, unida a las previsiones contenidas en el resto de la normativa sanitaria, incluida la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, con las modificaciones puntuales introducidas en el presente Real decreto-ley, constituyen un marco jurídico suficiente y adecuado para dar respuesta a la situación de crisis sanitaria en las actuales circunstancias epidemiológicas y de control de la enfermedad”.

Estas afirmaciones, como hemos destacado, están lejos de ser ciertas, ya que las medidas a las que se refieren esos párrafos no se han articulado ni se articulan fácilmente en las leyes citadas, incluso con ratificación judicial, sino que se ha producido una desorganización bien visible en ellas y en relación con las decisiones judiciales correspondientes.

Y continúa añadiendo que “[a] este respecto, el presente Real decreto-ley contiene, en relación con la situación sanitaria, regulaciones puntuales que afectan, por una parte al régimen de autorización o ratificación judicial de las medidas que hayan de adoptarse en aplicación de la legislación citada cuando impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales o cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente; reforzando su eficacia y coherencia”. Precisión esta última que asimismo debe ponerse en duda, pues, como veremos, el nuevo sistema de intervención judicial genera dudas y bastante inseguridad jurídica, y desde luego más incertidumbre que una adecuada regulación legal (orgánica u ordinaria, o ambas) sobre pandemias.

De acuerdo con las ideas anteriores, y al no haberse intentado modificar la legislación sanitaria vigente o elaborar una nueva ley sobre pandemias, el Gobierno de la nación procede a modificar la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, por el artículo 15 del Real decreto-ley con la finalidad, según su exposición de motivos, de modificar la regulación del recurso de casación para posibilitar que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo pueda entrar a conocer sobre los autos adoptados por las referidas salas de los tribunales superiores de justicia y de la Audiencia Nacional y además fijar doctrina legal, con intervención

de las administraciones públicas autonómica y estatal, además de la del Ministerio Fiscal, sobre el alcance de la legislación sanitaria en relación con las limitaciones o restricciones de derechos fundamentales de los ciudadanos impuestas por las autoridades sanitarias, y todo ello en un plazo muy breve de tiempo (concretamente, el Tribunal Supremo ha de decidir en un plazo de 5 días), que es lo que requiere una situación sanitaria tan grave y extraordinaria como la que obliga a esas autoridades a tener que adoptar esta clase de medidas.

Ciertamente, este nuevo sistema contribuye a sentar doctrina sobre la cuestión, eliminando las diferentes, y bastantes veces contradictorias, interpretaciones de los tribunales superiores de justicia y de la Audiencia Nacional en la ratificación, o no, de las medidas sanitarias adoptadas por las autoridades administrativas; sin embargo, no supone un instrumento ágil ni eficaz para implantar medidas efectivas de lucha contra el coronavirus, pues primero la Administración adopta la medida, seguidamente se ha de solicitar la ratificación al órgano judicial competente y finalmente, en su caso, puede intervenir el Tribunal Supremo, y además se le está dando a los jueces y tribunales señalados un poder cuasi-normativo y administrativo que constitucionalmente no le corresponde al poder judicial, sino al poder legislativo (establecer el régimen de intervención en los derechos fundamentales de las medidas de lucha contra el COVID-19, en el marco de la Constitución española) y a la Administración (adoptar las medidas contra el coronavirus y llevarlas a efecto y ejecutarlas; de hecho, se sitúa a los jueces y tribunales en una situación de copartícipes ejecutivos en la adopción de medidas administrativas, las medidas contra el coronavirus, como si fueran competencias administrativas compartidas)⁴⁵.

El nuevo sistema ha nacido con problemas constitucionales importantes, derivados del hecho de que se haya aprobado mediante un real decreto-ley, aunque el régimen afecta a los derechos fundamentales⁴⁶, cuestión vetada constitucionalmente; en este sentido, ha sido recurrido por diputados del Grupo Parlamentario Popular y, mediante providencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 2021, se ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

Frente a esta opción adoptada, parece más necesaria una nueva legislación sobre pandemias, o la modificación de la normativa actual, que permita adoptar medidas sin tener que declarar el estado de alarma, y previendo la incidencia de las medidas

⁴⁵ Sobre las primeras sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, y sus problemas, ver ÁLVAREZ GARCÍA, V., "La ratificación judicial de las medidas sanitarias de carácter general: su configuración jurisprudencial y sus problemas constitucionales (A propósito de la Sentencia n. 719/2021, de 24 de mayo, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo)", *Diario del Derecho-Iustel*, 27 de mayo de 2021; ÁLVAREZ GARCÍA, V., "La ratificación judicial de las medidas sanitarias de carácter general: su configuración jurisprudencial y sus problemas constitucionales", *Foro de Investigación CSYJ-Universidad de Extremadura*, 8 de junio de 2021. Acceso web: forocsyj.com (diciembre de 2021); y ÁLVAREZ GARCÍA, V., "La normativa habilitante para dictar medidas sanitarias generales limitativas de derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Diario del Derecho-Iustel*, 7 de junio de 2021.

⁴⁶ Sobre la insuficiencia o inadecuación del real decreto-ley para regular cuestiones que afectan a los derechos fundamentales incide el informe del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, emitido en relación con el RD-L citado, conocido el 6 de mayo de 2021. Acceso web: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-ts-apunta-possible-insuficiencia-decreto-ley-regular-temas-afectan-derechos-fundamentales-20210506154410.html> (diciembre de 2021).

en los derechos fundamentales y de una forma más completa y adecuada que la legislación actual⁴⁷.

4 La Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio: la inconstitucionalidad del estado de alarma declarado en marzo de 2020

Después de quizás demasiado tiempo (ya que el recurso fue interpuesto el 28 de abril y admitido a trámite el 6 de mayo, BOE del 8), teniendo en cuenta que su doctrina hubiera sido muy útil en relación con los otros estados de alarma declarados más tarde y con las actuaciones y medidas adoptadas en ese tiempo, e incluso después, finalmente (resaltando asimismo las presiones sobre los magistrados constitucionales y las filtraciones de borradores de la sentencia y de los votos particulares, interesadas, a los medios de comunicación) se dictó la STC 148/2021, de 14 de julio, que declara inconstitucional y nula la suspensión de la libertad de circulación (art. 7-1.º, 3.º y 5.º) y parte de las medidas relativas al cierre de la actividad comercial (art. 10-6.º) del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, citado, que declaró el estado de alarma por la pandemia del COVID-19⁴⁸.

Esta importante sentencia constitucional ha cambiado la forma de interpretar los estados excepcionales, según lo dispuesto en la Constitución española y la Ley orgánica reguladora, no admitiendo la interpretación mayoritaria hasta entonces, que denomina interpretación originalista u originaria.

De la doctrina establecida en esta sentencia, en primer lugar, el Tribunal Constitucional (FJ n. 2 y 3) precisa que no se discute el presupuesto, las causas, que permiten declarar el estado de alarma, y que no está en cuestión la decisión política para declararlo, correspondiendo la valoración de las mismas a los órganos constitucionales correspondientes (Gobierno de la nación y Congreso de los Diputados), y, aunque reconoce que tienen un amplio margen de apreciación, el tribunal confirma que, sin embargo, no es ilimitado. En relación con las causas que justifican la declaración de los estados excepcionales, y más en concreto el estado de alarma, el tribunal subraya “*que ni las apelaciones a la necesidad pueden hacerse valer por encima de la legalidad, ni los intereses generales pueden prevalecer sobre los derechos fundamentales al margen de la ley*”, y que no cabe “*acudir al estado de alarma [ni a ningún otro, diríamos] si no constan (...) ‘unas circunstancias extraordinarias que hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes’*”.

A continuación, la STC afirma (FJ n. 3) que la Constitución española prevé tres estados que se distinguen teniendo en cuenta las causas habilitantes para declararlos,

⁴⁷ ALISTE SANTOS, T.J., “Limitando a Leviatán. La hora del Tribunal Constitucional para garantizar la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el escenario pandémico de la Covid-19”, *Diario La Ley*, n. 9872, 16 de junio de 2021, 6 pp.

⁴⁸ ARAGÓN REYES, M., “¿Alarma o excepción?”, diario *El País*, 6 de julio de 2021; ARAGÓN REYES, M., “El Tribunal Constitucional cumplió”, diario *El País*, 4 de agosto de 2021; y SORIANO, J.E., “Crónica de una sentencia imprescindible”, *Blog Almendron.com-Revista de prensa*, 5 de agosto de 2021. Acceso web: almendron.com (diciembre de 2021).

por sus mecanismos de adopción y control, así como por sus efectos, añadiendo que la distinción que interesa al caso es entre el estado de alarma y el estado de excepción, sobre todo en relación con la limitación y suspensión de los derechos fundamentales, afirmando que el estado de alarma es de menor intensidad (citando aquí la STC 83/2016, FJ n. 9), sobre el que subraya que no consiente la suspensión de ninguno de los derechos fundamentales (suspensión que sí es posible en los otros dos estados de excepción y de sitio, *ex* artículos 55-1.º y 116-3.º y 4.º-CE), pero sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio (tal como señaló la STC 83/2016, FJ n. 8), pero estas, en su caso, deberán atemperarse a lo dispuesto en la Constitución española y en la Ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio.

De acuerdo con lo anterior, seguidamente el Tribunal Constitucional (FJ n. 3) procede a establecer la distinción entre limitación (posible en el estado de alarma) y suspensión de los derechos fundamentales (únicamente posible, como sabemos, en los estados de excepción y de sitio, pero no en el de alarma, subrayando que la LOEAES es una norma que limita la posible incidencia de la declaración del estado de alarma sobre el régimen de los derechos fundamentales en relación con tres cuestiones: para declararlo deben existir circunstancias extraordinarias que hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes extraordinarios de las autoridades; esa necesidad no puede hacerse valer por encima de la legalidad ni los intereses generales pueden prevalecer sobre los derechos fundamentales al margen de la ley, y que, en todo caso, las limitaciones exorbitantes de los derechos fundamentales que puedan disponerse en el estado de alarma, y que no supongan una suspensión de estos, deben adecuarse al principio de proporcionalidad (previsto en el artículo 1-2.º-LOEAES), que supone que las medidas limitativas sean acordes con la legalidad, que no impliquen una suspensión de los derechos fundamentales, y que las medidas limitativas sean idóneas, necesarias y proporcionadas, es decir, razonables (exigencias que la STC utiliza posteriormente para analizar la constitucionalidad del real decreto de declaración del estado de alarma).

En tercer lugar, la STC (FJ n. 11) procede a interpretar el sentido constitucional del estado de alarma (con necesarias referencias al estado de excepción, en lo que interesa al caso), comenzando por no admitir la que denomina interpretación originalista de los estados excepcionales, y que, con base en los debates constituyentes y en la propia LOEAES, hace referencia a la graduación de los tres previstos y a que el estado de alarma es el que capacita para reaccionar frente a catástrofes naturales o tecnológicas, recalcando, sin embargo, que lo que sí dejó claro el debate constituyente fue el rechazo tajante a que ciertas situaciones excepcionales provoquen una respuesta también excepcional de tal magnitud que exceda de las posibilidades que otorga el estado de alarma hasta alcanzar la suspensión de derechos fundamentales. Entiende el tribunal que la interpretación originalista excluiría radicalmente la posibilidad de que una epidemia grave habilite al Gobierno de la nación para declarar otro estado que no fuese el estado de alarma y, por tanto, la posibilidad de suspender distintos derechos a los previstos en la legislación sanitaria ordinaria sobre enfermedades

Regap

ESTUDIOS

infecciosas (*ex artículo 12-LOEAES*), por lo que, afirma el tribunal, debería modificarse la LOEAES para, en su caso, permitir que las crisis sanitarias o epidemias justificasen la declaración del estado de excepción, reformas, incide la STC, que ya han sido recomendadas tanto por el Consejo de Estado (dictamen 213/2021, de 22 de marzo) como por el Tribunal Supremo (STS 719/2021, de 24 de mayo).

En este punto, el tribunal (FJ n. 11) mantiene que debe hacerse una lectura del texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos y de las exigencias correspondientes, subrayando, con cita del Auto TC 40/2020, de 30 de abril, que los estados previstos en la Constitución española (art. 116) no constituyen “*compartimentos estancos e impermeables*”, ya que, añade, el artículo 28-LOEAES prevé la concurrencia de circunstancias habilitantes para declarar distintos estados, que justifican la ampliación de las medidas disponibles, por lo que debe permitirse una interpretación integradora, capaz de superar una distinción radical entre las circunstancias habilitantes de los dos estados: “naturales y tecnológicas” para el estado de alarma y “políticas o sociales” para el estado de excepción, añadiendo que la gravedad de la crisis del coronavirus hubiera podido justificar la declaración del estado de excepción, ya que la epidemia-pandemia inicialmente justificó, siguiendo la interpretación originalista, y mayoritaria, la declaración del estado de alarma, pero, continúa, las dimensiones desconocidas e imprevisibles que alcanzó la misma obligó a dar un respuesta imprevista por la autoridad competente, como fue declarar el estado de alarma, pero incluyendo medidas como las que se discuten en el proceso.

Sobre la base, prevista en la LOEAES, de distinguir en el estado de alarma las causas que lo justifican (art. 4) y en el estado de excepción los efectos perturbadores provocados en la sociedad como causa para declararlo (art. 13-LOEAES), la STC señala que la situación que debía afrontar el poder público se ajustaba también a los efectos perturbadores que justificarían la declaración del estado de excepción, ya que “*cuando una circunstancia natural, como es una epidemia, alcanza esas ‘dimensiones desconocidas y, desde luego, imprevisibles’ para el legislador a que aludíamos en nuestro reiterado ATC 40/2020, puede decirse que lo cuantitativo deviene cualitativo: lo relevante pasan a ser los efectos, y no su causa*”, añadiendo (FJ n. 11) que “[c]uando la gravedad y extensión de la epidemia imposibilitan un normal ejercicio de los derechos, impiden un normal funcionamiento de las instituciones democráticas, saturan los servicios sanitarios (hasta temer por su capacidad de afrontar la crisis) y no permiten mantener con normalidad ni las actividades educativas ni las de casi cualquier otra naturaleza, es difícil argüir que el orden público constitucional (en un sentido amplio, comprensivo no solo de elementos políticos, sino también del normal desarrollo de los aspectos más básicos de la vida social y económica) no se ve afectado; y su grave alteración podría legitimar la declaración del estado de excepción. Otra cosa implicaría aceptar el fracaso del Estado de Derecho, maniatado e incapaz de encontrar una respuesta ante situaciones de tal gravedad.

En definitiva, tal situación hubiera permitido justificar la declaración de un estado de excepción atendiendo a las circunstancias realmente existentes, más que a la causa primera de las mismas; legitimando, con ello, incluso la adopción de medidas que impliquen una limitación radical o extrema (suspensión, en los términos razonados en el fundamento

jurídico 5) de los derechos aquí considerados. Lo cual hubiera exigido la ‘previa autorización del Congreso de los Diputados’ prevista en el artículo 116.3.

Una opción diferente llevaría a desfigurar la apuntada distinción constitucional. En efecto, si, en cuanto a sus causas, la alarma sirve tanto para resolver conflictos ‘político-sociales’ (como el de los controladores, militarizando su organización y su estatuto jurídico); como para afrontar circunstancias naturales, como una epidemia, ‘de dimensiones desconocidas y, desde luego, imprevisibles’; y si, en cuanto a sus efectos, permite confinar a los ciudadanos y restringir la actividad de los comercios, escuelas e industrias, vaciando de contenido algunos derechos para gran parte –la mayoría– de la población, porque no existe una suspensión formal, sino una mera limitación, por intensa que sea, se estaría violentando la distinción constitucional y convirtiendo la alarma en un sucedáneo de la excepción, pero no sometida a la «previa autorización» parlamentaria. Se estaría, en otros términos, utilizando la alarma, como temían algunos constituyentes, ‘para limitar derechos sin decirlo’, esto es, sin previa discusión y autorización de la representación popular, y con menos condicionantes de duración”.

Establecida esta importante doctrina, que obliga a realizar otra interpretación y explicación de los estados excepcionales o de emergencia en nuestro ordenamiento, la STC procede a aplicarla a cada uno de los preceptos del Real decreto 463/2020 que declaró el estado de alarma, y de otras normas relacionadas.

En relación con los preceptos del Real decreto 463/2020 recurridos, la STC (FJ 4 a 7) comienza su análisis por el artículo 7, relativo a la “Limitación de la libertad de circulación de las personas”. Trata de determinar si la limitación de la libertad deambulatoria del artículo 19-CE por el artículo 7 del real decreto de alarma supone una cesación de ese derecho fundamental, lo que traería consigo que fuera inconstitucional, siendo solo posible adaptarla mediante su suspensión, declarando el estado de excepción. Para ello, el Tribunal Constitucional establece el sentido y el contenido de la libertad deambulatoria, que supone, a efectos constitucionales, la libertad de circulación (incluyendo su despliegue y práctica) por vías y espacios de uso público con independencia de unos fines que solo el titular del derecho puede determinar, y sin necesidad de dar razón a la autoridad del porqué de su presencia en tales vías y espacios; y esto es, añade la STC, precisamente, lo que en general queda cancelado mediante las medidas establecidas en el artículo 7-1.º, 3.º y 5.º del real decreto de alarma, ya que ese precepto plantea la posibilidad de circular, en el sentido indicado, no como regla, sino como excepción (emplea el verbo “podrán”); es decir, la regla general es la prohibición de circular, y no la libertad de hacerlo. Por todo ello, se declaran inconstitucionales dichos párrafos de ese artículo.

Además, los mismos párrafos se consideran también inconstitucionales, con los mismos argumentos, por afectar al derecho fundamental a elegir libremente la propia residencia (art. 19-1.º, párrafo primero-CE).

Sin embargo, la STC entiende que el artículo 7 del real decreto del estado de alarma no afecta, suspendiéndolo, al derecho de reunión y manifestación, no declarándolo inconstitucional, ya que las limitaciones que se realizan lo son por razones sanitarias, siguiendo lo establecido en el Auto TC 40/2020, de 30 de abril, y que tampoco afecta

Regap

ESTUDIOS

a las reuniones de partidos políticos, sindicatos u organizaciones empresariales, puesto que ese precepto permite desarrollar actividades análogas a las señaladas.

En relación con el artículo 9 del real decreto del estado de alarma, relativo a “*Medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación*”, la STC (FJ n. 8) entiende que no es inconstitucional, pues algunas de esas medidas se podrían adoptar con la legislación sanitaria ordinaria.

Seguidamente, el Tribunal Constitucional (FJ n. 9) analiza la constitucionalidad del artículo 10 del real decreto del estado de alarma, relativo a “*Medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales*”, por su incidencia en la libertad de empresa (art. 38-CE), y en particular la remisión que el párrafo 6.º de ese precepto hace al Ministerio de Sanidad para modificar y ampliar las medidas, lugares, establecimientos y actividades señaladas, y su alcance y ámbito territorial, posibilidad que se declara inconstitucional, pues ha de hacerla el Consejo de Ministros, y no el ministro.

Finalmente, el Tribunal Constitucional (FJ n. 10) analiza el artículo 11 del real decreto del estado de alarma, relativo a “*medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas*”, y determina que no es inconstitucional, ya que la libertad religiosa y de culto (art. 16-CE) tiene como límite constitucional el mantenimiento del orden público protegido por la ley, en el que se ha de integrar la salvaguardia de la salud pública, y además son medidas que no impiden el ejercicio de esa libertad, sino que condicionan esa libertad, pero no impiden su ejercicio.

Por todo ello, la STC 14/8/2021, de 14 de julio, declara inconstitucionales y nulos los párrafos 1.º, 3.º y 5.º del artículo 7 del real decreto del estado de alarma, y los términos “*modificar, ampliar o*” del artículo 10 del mismo real decreto.

La STC es bastante trascendental al declarar la inconstitucionalidad de la medida más importante del estado de alarma declarado en marzo de 2020 (el confinamiento general de toda la población española); la medida jurídico-administrativa de más trascendencia adoptada en la historia de España por el Gobierno de la nación ha sido considerada inconstitucional de forma contundente, sin paliativos, y ello en una situación muy complicada y con muchas presiones sobre el Tribunal Constitucional, y otras anomalías realmente sorprendentes⁴⁹, lo cual, al menos, implica una res-

⁴⁹ Realmente sorprendentes han sido las referencias de ciertos cargos públicos y medios de comunicación al hecho de que la sentencia fuera adoptada por seis magistrados y contara con cinco votos particulares, cuestión que institucionalmente no tiene demasiada importancia: la sentencia ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional, y tiene el mismo valor que otras adoptadas por un número distinto de magistrados; la legitimidad del tribunal no se puede poner en duda por esta circunstancia. Pero de mayor gravedad son las declaraciones de algunos ministros en contra de la sentencia, como, por ejemplo, la ministra de Defensa, quien afirmó que la sentencia entraba en “*elucubraciones doctrinales*”, la ministra de Justicia, nada menos, y la ministra de Asuntos Sociales. Acceso web: https://www.abc.es/espana/abci-margarita-robles-tacha-elucubraciones-doctrinales-sentencia-sobre-estado-alarma-202107151703_noticia.html (diciembre de 2021). Pero mucho más preocupantes fueron las expresiones del magistrado Conde-Pumpido en su voto particular a la sentencia, posición verdaderamente poco adecuada por el daño institucional que causó al tribunal, aunque unos días después de conocerse su texto emitió el propio Tribunal Constitucional una nota informativa (TC, n. 75/2021, de 20 de julio) en la que lamentaba las expresiones desafortunadas empleadas (consideró a sus compañeros del tribunal como “*legos*” y “*juristas de salón*”, y señaló que la sentencia empleaba un “*atajo argumental*”) y pedía disculpas por las molestias causadas a “*los compañeros de la mayoría*” (NOTA INFORMATIVA N. 75-2021.pdf. Acceso web: tribunalconstitucional.es), y después eliminó tales expresiones de su voto particular, al ser publicado. Ver ZARZALEJOS, J.A., “Conde-Pumpido, el Gobierno y cómo reventar el Constitucional”, *El Confidencial*, 27 de julio de 2021. Acceso web: elconfidencial.com (diciembre de 2021).

ponsabilidad política del Gobierno de la nación por adoptar esta medida sin atenerse a la Constitución española. Pero esta sentencia no sería la última que enmendara constitucionalmente las decisiones gubernamentales sobre los estados de alarma.

5 La Sentencia del Tribunal Constitucional 168/2021, de 5 de octubre, que concede amparo por el cierre del Congreso de los Diputados durante el estado de alarma de marzo de 2020

Después de declarado el estado de alarma, varios diputados del Grupo Parlamentario Vox presentaron (el 11 de mayo de 2020) un recurso de amparo contra la decisión de la Mesa del Congreso de los Diputados de 19 de marzo que acordó el cierre de la Cámara, formalmente la suspensión del cómputo de los plazos reglamentarios que afectaban a las iniciativas que se encontraran en tramitación en la citada Cámara hasta que la Mesa levantara dicha suspensión, así como de los plazos administrativos y de prescripción y caducidad de los procedimientos administrativos del Congreso de los Diputados (*Boletín Oficial de las Cortes Generales* n. 57, de 24 de marzo de 2020), cierre que fue levantado con efectos del 13 de abril (*Boletín Oficial de las Cortes Generales* n. 64, de 13 de abril de 2020).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 168/2021, de 5 de octubre, con varios votos particulares, ha concedido el amparo solicitado por los diputados referidos, subrayando con énfasis que ni la declaración del estado de alarma ni la de los estados de excepción y de sitio, conforme con la CE y la LOEAES, como es sabido, no puede en ningún caso interrumpir el funcionamiento de ninguno de los poderes constitucionales del Estado y, de modo particular, el Congreso de los Diputados, constatando que, en este sentido, la decisión de la Mesa, que se recurre, hizo cesar temporalmente la tramitación de las iniciativas parlamentarias de los recurrentes, lesionando su derecho a la participación política (art. 23-2.º-CE), recalcando que en *“el estado de alarma, el ejercicio del derecho de participación política de los diputados debe estar, en todo caso, garantizado y, de modo especial, la función de controlar y, en su caso, exigir al Gobierno la responsabilidad política a que hubiere lugar”* (FJ n. 3 y 5).

En relación con la finalidad del acuerdo de la Mesa del Congreso, recurrido, de preservar la salud de los diputados y del personal de la Cámara, la STC (FJ n. 3 y 5) señala que, *“si bien es conforme con la Constitución este objetivo de preservar la vida y la salud de los propios parlamentarios y del personal del Congreso, la decisión de suspender el cómputo de los plazos de la tramitación de toda clase de iniciativas parlamentarias, sin excepción alguna, y sin haber establecido un margen temporal de duración... /..., resulta contrario a una de las funciones más caracterizadas del trabajo parlamentario como es la del control político del Gobierno y, respecto del Congreso de los Diputados, también de la exigencia de responsabilidad política”*.

Regap

ESTUDIOS

Finalmente, en relación con la corta duración del cierre (desde el 19 de marzo al 13 de abril), siendo por tanto de menor trascendencia⁵⁰, la STC (FJ n. 5) afirma que “...no es tanto la duración de la suspensión acordada cuanto más el propio acuerdo de suspender la tramitación de las iniciativas parlamentarias de los miembros de la Cámara, porque tal decisión conlleva en sí misma un desapoderamiento de la función que la Constitución ha conferido al Congreso de los Diputados como es la del control del Ejecutivo; función constitucional de control que debe ser ejercitada con la máxima intensidad durante un estado excepcional, como en este caso el estado de alarma, para garantizar de ese modo los derechos de los ciudadanos y el propio estado de derecho”.

6 La inconstitucionalidad del mal llamado “proceso de cogobernanza” y de la prórroga del estado de alarma de octubre de 2020: la STC 183/2021, de 27 de octubre

Una de las cuestiones más llamativas, y contraria al ordenamiento constitucional, del estado de alarma de octubre de 2020 fue, como hemos señalado, esa especie de “federalización” del estado de alarma que se implantó con el mal denominado “proceso de cogobernanza”, mediante el cual el Gobierno de la nación se desentendió de la gestión jurídico-administrativa de la lucha contra la epidemia y remitió la responsabilidad de esta a las comunidades y ciudades autónomas.

La STC 183/2021, de 27 de octubre (FJ n. 10), confirma la inconstitucionalidad de dicho proceso de manera rotunda, al afirmar que esta decisión del Gobierno de la nación, al declarar el estado de alarma, avalada por la autorización del Congreso de los Diputados, contraviene lo dispuesto en la Constitución española y en la Ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio de 1981, “legalidad que obliga a todos y muy en particular a los órganos a quienes la Constitución confía la declaración inicial y la eventual prórroga del estado de alarma, esto es, al Gobierno y al Congreso de los Diputados (art. 116.2)”;

además, con claridad, confirma que “ni de los trabajos parlamentarios que precedieron a la aprobación de la LOEAES, ni tampoco del texto del artículo 7 de dicha ley orgánica es posible, sin entrar en contradicción con aquel, la delegación efectuada”.

Además, sus efectos jurídicos tampoco eran conciliables con las relaciones institucionales (Gobierno/comunidades autónomas); de hecho, la STC (FJ n. 10) afirma que “se ha desconocido, también, lo que es de esencia a la posición institucional del Congreso y del Gobierno, y a las relaciones entre ambos órganos, con ocasión y durante la vigencia de un estado de alarma y su prórroga”, ya que el Gobierno de la nación acordó inicialmente la delegación sin reserva alguna de instrucciones, supervisión efectiva y eventual avocación del propio Gobierno y, con ocasión de autorizar la prórroga, tampoco el Congreso de los Diputados objetó aquella delegación *in genere*

⁵⁰ Este argumento se ha utilizado en los escritos contrarios al recurso de amparo y, políticamente, nada menos que por la presidenta del Congreso de los Diputados, Sra. Batet, con poco sentido institucional. Acceso web: <https://www.rtve.es/noticias/20211005/constitucional-suspension-actividad-parlamentaria-pandemia/2180701.shtml>.

y sin establecer criterios relativos a lo que las autoridades delegadas pudieran actuar en sus respectivos territorios, debido a lo cual, el Congreso quedó privado, primero, y se desapoderó, después, de su potestad para fiscalizar y supervisar la actuación de las autoridades gubernativas durante la prórroga de seis meses. La sentencia subraya (FJ n. 10) que “[q]uedó así cancelado el régimen de control que, en garantía de los derechos de todos, corresponde al Congreso de los Diputados bajo el estado de alarma. Control parlamentario que está al servicio, también, de la formación de una opinión pública activa y vigilante y que no puede en modo alguno soslayarse durante un estado constitucional en crisis”.

Conforme con la doctrina anterior, la STC declara la inconstitucionalidad de las frases y apartados del Real decreto del estado de alarma de octubre que hacen referencia a esa cuestión de la delegación del Gobierno de la nación en las comunidades y ciudades autónomas.

En segundo lugar, otra de las decisiones más polémicas adoptadas en el estado de alarma de octubre de 2020 fue la prórroga de este, por su duración (hasta el 9 de mayo de 2021) y por la falta de control parlamentario de las actuaciones por el Congreso de los Diputados. Pues bien, la STC (FJ n. 8 y 9) asimismo declara la inconstitucionalidad de la prórroga del estado de alarma, señalando que “la determinación temporal de aquella prórroga de seis meses se realizó de un modo por entero inconsistente con el sentido constitucional que es propio del acto de autorización y sin coherencia alguna, incluso, con las razones que el Gobierno hizo valer para instar la prórroga finalmente concedida”, por lo que no puede calificarse de razonable o fundada la fijación de la duración de una prórroga por tiempo de seis meses que el Congreso estableció sin certeza alguna acerca de qué medidas iban a ser aplicadas, cuándo iban a ser aplicadas y por cuánto tiempo serían efectivas en unas partes u otras de todo el territorio nacional al que el estado de alarma se extendió. Además, añade la STC, la prórroga fue autorizada cuando las medidas limitativas de derechos incluidos en la solicitud no iban a ser aplicadas inmediatamente por el Gobierno de la nación, pues se supeditaba su puesta en práctica a lo que los presidentes de las comunidades y ciudades autónomas así lo decidieran, por lo que aquella autorización se dio sin saber qué medidas se iban a aplicar para combatir la pandemia. Por ello, concluye, lo que merece censura constitucional no es la duración de la prórroga, por sí sola y sin más, sino el carácter no razonable o infundado, visto el acuerdo adoptado por el Congreso de los Diputados, de la decisión por la que se fijó el plazo referido.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional considera, en este punto, que la exigencia constitucional del establecimiento de un plazo cierto para la prórroga quedó desvirtuada en este caso por el Congreso de los Diputados, que hizo propio, de manera automática, el propuesto por el Gobierno de la nación en una solicitud que no venía conectada a la aplicación de unas medidas que fueran a regir durante dicho período, y, además, el control exigible al Congreso sobre la solicitud de autorización cursada por el Gobierno, ni se extendió a qué medidas eran aplicables ni tampoco a la correspondencia que debiera existir entre el periodo de prórroga de seis meses autorizado y las medidas que se deberían aplicar.

Regap

ESTUDIOS

Por todo ello, la STC declara inconstitucionales las referencias del Real decreto de alarma de octubre, y sus modificaciones y acuerdos parlamentarios referidos a la prórroga del mismo.

Finalmente, el Tribunal Constitucional avala la constitucionalidad de algunas medidas concretas del estado de alarma de octubre de 2020. Así, en primer lugar, en relación con la limitación de la libertad de circulación de personas en horario nocturno durante el estado de alarma, la STC (FJ n. 4) entiende que esta *“debe reputarse como una medida adecuada para combatir aquella evolución negativa de la pandemia, pues se hizo frente a una situación de riesgo que había sido detectada como favorecedora de los contagios, la de los encuentros sociales producidos en aquellas horas de la noche del tiempo anterior al estado de alarma”*, y, además, se considera que *“es proporcionada a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y de interés general para la comunidad social como era el de la preservación de la vida”*. En este sentido, la STC expresa las diferencias que ha apreciado entre el confinamiento general acordado durante el estado de alarma de marzo (STC 14,8/2021, de 14 de julio) y el acordado en octubre, limitado tan solo a horas de la noche, de menor actividad social y laboral, por lo que considera que, en este caso, hubo tan solo limitación y no suspensión del ejercicio del derecho.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional (FJ n. 5) también avala la constitucionalidad de la limitación de entrada y salida de personas en comunidades y ciudades autónomas, o en ámbitos territoriales inferiores, subrayando, igualmente, las diferencias existentes entre la situación del estado de alarma de marzo respecto de este, por las mismas razones mencionadas. La sentencia destaca que dicha medida ha superado el test de proporcionalidad, ya que *“resultó adecuada porque era apta para dar cumplimiento a una finalidad legítima como era la de reducir sustancialmente la movilidad del virus”* y *“necesaria para hacer frente a las constatadas mutaciones del virus y a su creciente propagación, como también al previsible incremento de la presión asistencial y hospitalaria”*.

Asimismo, en tercer lugar, en relación con la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados y en lugares de culto, la STC (FJ n. 6 y 7) considera tales limitaciones como medidas necesarias y adecuadas con los mismos argumentos citados.

Ciertamente, las declaraciones de inconstitucionalidad del mal llamado “proceso de cogobernanza” y de la prórroga del estado de alarma tienen una trascendencia fundamental, pues suponen una desautorización constitucional, en toda regla, de lo realizado en la lucha contra la epidemia por el Gobierno de la nación desde el punto de vista jurídico-constitucional y administrativo, y ello a pesar de que se sustancien o no procedimientos y procesos de exigencia de responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, esta triple descalificación constitucional de las actuaciones jurídicas del estado de alarma no ha traído consigo la intención por el Gobierno de la nación de elaborar una legislación contra la pandemia, nueva o modificando la legislación actual, y remitirla a las Cortes Generales, para dar seguridad jurídica en las actuaciones que todavía se han de adoptar en la lucha contra la *quinta ola* de la pandemia

(cuyo pico de incidencia acumulada fue de 702 casos por cien mil habitantes a 14 días el 27 de julio de 2021) y la que parece ser la recién iniciada *sexta ola* (la anterior *ola* bajó a 40 casos el 15 de octubre pasado, y a partir de entonces comenzó a subir hasta los 199 casos el 30 de noviembre)⁵¹, y por encima con variantes de COVID-19 nuevas.

Además, en el día a día de la lucha contra el COVID-19, a finales de noviembre de 2021, continúa la desorganización, el desbarajuste y, a veces, la ineficacia de las medidas que se adoptan, al reflejarse que no se adoptan medidas homogéneas para toda España, ya que, a pesar de la desautorización constitucional del mal llamado “modelo de gobernanza”, sigue implantado, con unos tribunales (y especialmente el Tribunal Supremo) con funciones que en puridad no le corresponden y con una cada vez más perpleja sociedad por la falta de normas y medidas más adecuadas para la compleja y grave situación actual.

BIBLIOGRAFÍA

- ALISTE SANTOS, T.J., “Limitando a Leviatán. La hora del Tribunal Constitucional para garantizar la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el escenario pandémico de la Covid-19”, *Diario La Ley*, n. 9872, 16 de junio de 2021.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, Madrid, 1996.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 55, 2020.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19 (Estudios jurídicos)*, Iustel, Madrid, 2021.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., “Un nuevo capítulo en el desconcierto jurídico de la lucha contra la pandemia de Covid-19: ¿la rebelión de los jueces?”, *Foro de Investigación CSYJ, Universidad de Extremadura*, 10 de mayo de 2021. Acceso web: forocsyj.com.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La ratificación judicial de las medidas sanitarias de carácter general: su configuración jurisprudencial y sus problemas constitucionales (A propósito de la Sentencia núm. 719/2021, de 24 de mayo, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo)”, *Diario del Derecho-Iustel*, 27 de mayo de 2021.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La normativa habilitante para dictar medidas sanitarias generales limitativas de derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Diario del Derecho-Iustel*, 7 de junio de 2021.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La ratificación judicial de las medidas sanitarias de carácter general: su configuración jurisprudencial y sus problemas constitucionales”, *Foro de Investigación CSYJ-Universidad de Extremadura*, 8 de junio de 2021. Acceso web: forocsyj.com (diciembre de 2021).

⁵¹ Se toman los datos del enlace: El coronavirus: gráficos, mapas y datos del COVID-19 - RTVE.es.

- ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La normativa habilitante para dictar medidas sanitarias generales limitativas de derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Foro de Investigación CSYJ, Universidad de Extremadura*, 8 de junio de 2021. Acceso web: forocsyj.com (diciembre de 2021).
- ÁLVAREZ GARCÍA, V. y ARIAS APARICIO, F., “El derecho ante situaciones de crisis: apuntes esenciales sobre cómo se ha procedido para hacer frente a la pandemia de coronavirus”, *Revista Administración & Ciudadanía (EGAP)*, n. 2, 2020. <https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4676>.
- ARAGÓN REYES, M., “Covid-19 y Estado Autonómico”, Tudela Aranda, J. (coord.), *Estado Autonómico y Covid-19*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0204>.
- ARAGÓN REYES, M., “¿Alarma o excepción?”, diario *El País*, 6 de julio de 2021.
- ARAGÓN REYES, M., “El Tribunal Constitucional cumplió”, diario *El País*, 4 de agosto de 2021.
- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, *Ámbitos de la Seguridad Nacional: Seguridad frente a Pandemias y Epidemias*, Lozano Miralles, J. y Carazo Liébana, M.^{aj}. (selección y ordenación), Madrid, 2021. Acceso web: https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=406_Ambitos_de_la_Seguridad_Nacional_Seguridad_frente_a_Pandemias_y_Epidemias&tipo=C&modo=2 (diciembre de 2021).
- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, *COVID-19. Derecho Autonómico*, Marinero Peral, Á.M.^a (ed.), Madrid, 2021. Acceso web: https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=396_COVID-19_Derecho_Autonomico&tipo=C&modo=1 (diciembre de 2021).
- CAMPO, J.C., “La buena noticia del fin del estado de alarma”, diario *El País*, 10 de mayo de 2021.
- CARBONERO REDONDO, J.J., “De la Ley... ¿a la Ley? ¿Involucionando hacia un Estado sin Derecho? Apuntes de urgencia sobre los decretos reguladores del segundo Estado de Alarma: la fundación de un derecho ‘confederal’ de excepción”, *Diario La Ley*, n. 9749, 4 de diciembre de 2020.
- CARDONA FERNÁNDEZ, A.M.^a, “Finalización del Estado de Alarma ¿Y ahora con qué marco regulador nos encontraremos?”, *Diario La Ley*, n. 9850, 14 de mayo de 2021.
- CARMONA CONTRERAS, A., “Mejor prorrogar la alarma que la incertidumbre”, diario *El País*, 13 de mayo de 2021.
- CONSEJO INTERTERRITORIAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD, *Estrategia de vacunación frente a COVID-19 en España*, Madrid, 2 de diciembre de 2020.
- DEL CARPIO FIESTAS, V. y PÉREZ SÁNCHEZ, G., “La estrategia de vacunación del coronavirus: la nada jurídica para luchar contra la pandemia”, *Blog Rayas en el Agua*, 23 de enero de 2021. Acceso web: <https://elotroblogdeveronicadelcarpio.com/> (diciembre de 2021).
- FERNANDES ROMERO, I., “Patologías del Decreto-Ley durante la crisis sanitaria generada por la Covid-19”, *Diario La Ley*, n. 9888, 9 de julio de 2021.

- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., “El Real decreto 926/2020, de 25 de octubre: del estado de alarma de Madrid y el desbarajuste jurídico-administrativo de las medidas contra el coronavirus a otro estado de alarma, con prórroga, ..., de nuevo con problemas constitucionales”, *Diario La Ley (Grupo Wolters Kluwer)*, n. 9741, de 23 de noviembre de 2020.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Los estados de alarma por el COVID-19* (Prólogo de Ángel Sánchez Blanco), Ratio Legis, Salamanca, 2021.
- GONZÁLEZ GRANDA, P., “Sobre el control del interés casacional en el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, n. 9865, 7 de junio de 2021.
- LOZANO CUTANDA, B., “Real decreto-ley 8/2021: la reforma del recurso de casación que ahonda en un ‘Estado de gobierno judicial’ y socava el principio de responsabilidad patrimonial”, *Diario La Ley*, n. 9850, 14 de mayo de 2021.
- PALOMAR OLMEDA, A., “Las medidas sanitarias y la actuación judicial: la nueva modalidad del recurso de casación contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, n. 9852, 18 de mayo de 2021.
- SÁNCHEZ BLANCO, Á., *Cauces sociales para la democracia. Reforma del Estado y consolidación de la Constitución de 1978*, Thomson Reuters-Aranzadi, Universidad de Málaga (Facultad de Derecho-Dpto. de Derecho Público), Cizur Menor, 2020.
- SÁNCHEZ BLANCO, Á., “Las disfunciones generadas por las comunidades autónomas. Alternativa correctora”, *Cauces sociales para la democracia. Reforma del Estado y consolidación de la Constitución de 1978*, Thomson Reuters-Aranzadi, Universidad de Málaga (Facultad de Derecho-Dpto. de Derecho Público), Cizur Menor, 2020.
- SORIANO, J.E., “Crónica de una sentencia imprescindible”, *Blog Almendron.com-Revista de prensa*, 5 de agosto de 2021. Acceso web: almendron.com (diciembre de 2021).
- TAJADURA TEJADA, J., “El Estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 120, 2021. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.04>.
- TAJADURA TEJADA, J., “Sin legalidad no hay libertad”, diario *El País*, 29 de abril de 2021.
- ZARZALEJOS, J.A., “Conde-Pumpido, el Gobierno y cómo reventar el Constitucional”, *El Confidencial*, 27 de julio de 2021. Acceso web: elconfidencial.com (diciembre de 2021).

Regap

ESTUDIOS

Regap

Comentarios y crónicas

2



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_julio-diciembre 2021 | pp. 429-455
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4819>
© Xosé Antón Sarmiento Méndez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 21/07/2021 | Aceptado: 16/12/2021

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

A centralidade parlamentaria nas decisións en tempos de pandemia: Comentario sobre a competencia autonómica na aprobación da Lei 8/2021, do 25 de febreiro, de modificación da Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia

La centralidad parlamentaria en las decisiones en tiempos de pandemia: Comentario sobre la competencia autonómica en la aprobación de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia¹

Parliamentary centrality in decisions in times of pandemic: Commentary on regional competence when passing Law 8/2021 of 25 February, amending Law 8/2008 of 10 July, on health in Galicia

XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ
Profesor asociado de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

<https://orcid.org/0000-0003-4533-0233>

xa.sarmiento@usc.es
xose.anton.sarmiento.mendez@parlamentodegalicia.gal

62 Regap

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

¹ El presente comentario bebe en las fuentes del trabajo de la letrada del Parlamento de Galicia y de la ponencia de la ley Purificación López Gómez, a quien agradezco su entrega y apoyo permanente en la asistencia jurídica a la Comisión de Sanidad de la Cámara.

Resumo: A pandemia supuxo unha asunción de poderes por parte dos gobernos e nos Estados territorialmente descentralizados tamén a atribución de competencias aos suxeitos do poder central. Este comentario reflexiona sobre as razóns xurídicas que apoian unha lei galega que limita a actuación do Executivo autonómico e o somete aos límites da legalidade aprobada polo Parlamento de Galicia ao tempo que reivindica a titularidade da competencia para Galicia en materia sanitaria.

Palabras clave: Pandemia, sanidade, legalidade, Administración, Parlamento.

Resumen: La pandemia ha supuesto una asunción de poderes por parte de los gobiernos y en los Estados territorialmente descentralizados también la atribución de competencias a los sujetos del poder central. Este comentario reflexiona sobre las razones jurídicas que apoyan una Ley gallega que limita la actuación del Ejecutivo autonómico y lo somete a los límites de la legalidad aprobada por el Parlamento de Galicia al tiempo que reivindica la titularidad de la competencia para Galicia en materia sanitaria.

Palabras clave: Pandemia, sanidad, legalidad, Administración, Parlamento.

Abstract: The pandemic has led to an assumption of powers by governments and in territorially decentralized states also the attribution of powers to subjects of central power. This comment reflects on the legal reasons that support a Galician law that limits the performance of the regional Executive and subjects it to the limits of the legality approved by the Galician Parliament while claiming ownership of the competence for Galicia in health matters.

Key words: Pandemic, health, legality, Administration, Parliament.

SUMARIO: 1 Introducción: la competencia autonómica y su desarrollo en la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. 2 Una referencia a la coordinación en materia sanitaria como título competencial estatal. 3 ¿Qué alcance tiene la reserva de ley orgánica en el ámbito de las medidas preventivas en materia de salud pública? 4 La colaboración internormativa para un correcto entendimiento del Estado autonómico. 5 La técnica normativa de la nueva redacción del artículo 38 de la Ley gallega.

1 Introducción: la competencia autonómica y su desarrollo en la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia

La Constitución española de 1978 establece en un primer momento las competencias asumibles por las comunidades autónomas y las que denomina exclusivas del Estado, que, en el ámbito sanitario, se han concretado en sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos. En sanidad exterior, la necesaria colaboración entre la Administración estatal y las administraciones autonómicas está prevista en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (LGS), y disposiciones de desarrollo. En relación con la legislación sobre *productos farmacéuticos*, la ley del medicamento recoge esta materia como competencia exclusiva del Estado, siendo competencia autonómica la ejecución de la legislación. En lo referido a las bases de la sanidad, es competencia del Estado el establecimiento de normas que fijen las condiciones y los requisitos mínimos para una igualación básica de condiciones en el funcionamiento de los servicios públicos. La LGS relaciona las actuaciones que corresponden al Estado, sin menoscabo de las

competencias de las comunidades autónomas. Por último, la coordinación de la sanidad debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en ciertos aspectos y la denominada acción conjunta de las autoridades sanitarias del Estado central y de los poderes territoriales autonómicos en el ejercicio de sus correspondientes competencias, de tal modo que se pueda alcanzar la necesaria integración de sus políticas públicas en la totalidad de un sistema sanitario. Como indica Muñoz Machado², la elección de un modelo sanitario actúa como elemento esencial de la competencia del Estado sobre las bases. Esta reserva se efectúa a los efectos de constituir un “sistema sanitario de alcance nacional”. Por otro lado, la pandemia sanitaria ha impactado de lleno en el sistema constitucional español, produciendo cambios de ejercicio de competencias que se manifiestan en todos los planos, entre ellos señaladamente el sanitario³. En este marco normativo general, el Gobierno impugnó el apartado 5 del artículo único de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, en cuanto a la nueva redacción del artículo 38.2 de la ley modificada⁴, en el que se establece la siguiente regulación:

«Artículo 38. Medidas preventivas en materia de salud pública (...)

2. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias autonómicas, dentro del ámbito de sus competencias, cuando así lo exigiesen razones sanitarias de urgencia o necesidad:

a) Podrán adoptar medidas preventivas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria

² MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995. También se recoge esta idea en la jurisprudencia que he estudiado en: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., *O Estatuto de Galicia: 20 anos de parlamento e xustiza constitucionais*, Edicións Xerais de Galicia, Vigo, 2003.

³ Como ha señalado BELLIDO ASPAS, «La pandemia COVID-19 irrumpió bruscamente y sus efectos se hicieron sentir desde el primer momento por la gran movilidad e interrelación social que caracterizan a la sociedad actual. La necesidad imperiosa de reducir los contactos sociales y adoptar férreas medidas preventivas para evitar la propagación del virus afectó a la gran mayoría de las actividades profesionales, servicios públicos y administraciones...» (BELLIDO ASPAS, M., “La pandemia Covid-19 como elemento acelerador de la modernización de la justicia española”, *elderecho.com Noticias jurídicas y actualidad*, 21/06/2021. Acceso web: https://elderecho.com/la-pandemia-covid-19-como-elemento-acelerador-de-la-modernizacion-de-la-justicia-espanola?utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_campaign=20210621_Nwl, julio de 2021). Para sus efectos políticos e institucionales en Galicia, puede consultarse mi trabajo: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “Covid-19. Una visión desde el Parlamento de Galicia y su administración electoral”, *Corts. Anuari de dret parlamentari*, n. 34, mayo 2021, pp. 225-254.

⁴ En la línea apuntada por DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, de desarrollo de las bases sanitarias o comercio interior, «la norma autonómica que en este caso incluye el desarrollo de las bases fue aprobada en la sesión plenaria de 23 de febrero de 2021 y publicada en el *Diario Oficial de Galicia* número 39, de 26 de febrero de 2021» (DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “Estado autonómico y lucha contra la pandemia”, Biglino Campos, M.P. y Durán Alba, J.F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 67). Posteriormente fue presentado por 50 diputados del grupo parlamentario Vox recurso de inconstitucionalidad n. 2901-2021 (contra el artículo único, apartado cinco, de la L 8/2021, de 25 feb., de modificación de la L 8/2008, de 10 julio, salud de Galicia) BOE de 30 de junio de 2021.

concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

b) A fin de controlar las enfermedades transmisibles, además de realizar las acciones preventivas generales y de la posible adopción de las medidas preventivas previstas en el número 1 de este precepto, podrán adoptar las medidas oportunas para el control de las personas enfermas, de las personas que estén o hayan estado en contacto con ellas y del ambiente inmediato, así como las que se estimen necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. En particular, podrán adoptarse las siguientes medidas preventivas:

1.ª) Medidas de control de las personas enfermas, cuando fuera procedente, como el aislamiento en domicilio, el internamiento en centro hospitalario o el aislamiento o internamiento en otro lugar adecuado para tal fin⁵.

2.ª) Sometimiento de las personas enfermas a tratamiento adecuado.

3.ª) Medidas de control de las personas que estén o hayan estado en contacto con las personas enfermas, como el sometimiento a una cuarentena en el domicilio o en otro lugar adecuado para tal fin. A estos efectos, se entenderá por cuarentena la restricción de las actividades y la separación, de las demás personas que no están enfermas, de una persona respecto a la cual pueda tenerse razonablemente la sospecha de que estuvo o haya podido estar expuesta a un riesgo para la salud pública y sea una posible fuente de propagación adicional de enfermedades, de acuerdo con los principios científicos, las pruebas científicas o la información disponible⁶.

4.ª) Sometimiento a observación o a medidas de vigilancia del estado de salud, a examen médico o a pruebas diagnósticas de personas que presenten síntomas compatibles con la enfermedad transmisible de que se trate o de personas respecto a las cuales existan otros indicios objetivos de que puedan suponer un riesgo de transmisión de la enfermedad. La observación, el examen o las pruebas serán lo menos intrusivos o invasivos posible para permitir lograr el objetivo de salud pública consistente en prevenir o contener la propagación de la enfermedad.

⁵ Como puede observarse, el legislador gallego limita la actuación del Gobierno y la Administración de la Xunta cuando taxativamente establece los límites y garantías mediante los que se aplican en nuestra comunidad autónoma las medidas establecidas con carácter general por las Cortes Generales mediante ley orgánica. Es necesario que las medidas se adopten para el control de personas enfermas solo en casos procedentes y exclusivamente en lugares adecuados para ese fin. Este marco limitativo de la potestad administrativa se ve completado, pues la ley dice que solo podrá adoptarse con el objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, que solo podrán hacerlo las autoridades sanitarias autonómicas, dentro del ámbito de sus competencias, y además cuando así lo exigiesen razones sanitarias de urgencia o necesidad. Así pues, las limitaciones que podrán contrastar los tribunales en aplicación del artículo 106.1 de la Constitución son muy tuitivas de los derechos de los gallegos.

⁶ PRESNO LINERA entiende, para el caso de los menores confinados contra su voluntad en Mallorca a finales de junio de 2021, que hace falta una resolución judicial de modo semejante al caso ocurrido con el primer confinamiento en Tenerife en febrero de 2020. Acceso web: <https://twitter.com/PresnoLinera/status/1409759851014729728> (julio de 2021). En sentido muy semejante, el auto de 5 de julio de 2020 del Juzgado de Instrucción n. 1 de Albacete.

5.^a) *Sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación o inmunización, con información, en todo caso, de los posibles riesgos relacionados con la adopción o no adopción de estas medidas.*

6.^a) *Medidas de control del entorno inmediato de las personas enfermas o de las personas que estén o hayan estado en contacto con ellas, así como de las zonas afectadas. A estos efectos, se entenderá por zona afectada aquellos lugares geográficos en los cuales sean necesarias medidas sanitarias de control de la propagación de la enfermedad. La determinación de la zona afectada se efectuará de acuerdo con los principios de precaución y proporcionalidad, procurando, siempre que resulte posible y eficaz, actuar lo antes posible o con mayor intensidad o medida sobre las zonas concretas en que se produjese la mayor afección, para evitar perjuicios innecesarios al resto de la población⁷.*

7.^a) *Aquellas otras medidas sanitarias justificadas y necesarias que, de acuerdo con los riesgos y circunstancias en cada caso concurrentes, se estimen adecuadas para impedir o controlar la propagación de la enfermedad, en función del estado de la ciencia y del conocimiento existente en cada momento, siempre con sujeción a los criterios y principios establecidos en la presente ley y, en particular, de acuerdo con el principio de proporcionalidad⁸.*

Una primera aproximación a la norma autonómica lleva a concluir que se aprueba con el objeto de tutelar la salud pública en situaciones de riesgo, cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad y con escrupuloso respeto a la normativa aplicable, conforme a la legislación sanitaria estatal, de rango orgánico y ordinaria, estableciendo al efecto un marco normativo en aras de la seguridad jurídica, entendida, en palabras del propio Tribunal Constitucional, como la certeza

⁷ Entre otras, estas medidas podrán consistir en: i) Medidas que conlleven la limitación o restricción de la circulación o movilidad de las personas dentro de la zona afectada o en determinados lugares y espacios dentro de dicha zona o en determinadas franjas horarias. ii) Medidas de control de la salida de la zona afectada o de entrada en ella. iii) Restricciones a las agrupaciones de personas, incluidas las reuniones privadas entre no convivientes, especialmente en los lugares y espacios o con ocasión del desarrollo de actividades que conlleven un mayor riesgo de propagación de la enfermedad; todo ello sin perjuicio de las competencias estatales en relación con las reuniones en lugares de tránsito público y las manifestaciones realizadas en ejercicio del derecho fundamental regulado en el artículo 21 de la Constitución española. iv) Medidas de cribado consistentes en la realización de pruebas diagnósticas de determinados sectores o grupos de la población particularmente afectados o vulnerables. Las restricciones a los desplazamientos y agrupaciones de personas enumeradas anteriormente nunca podrán ser absolutas, debiendo expresar con claridad y precisión los desplazamientos y agrupaciones que se restringen, actuando con preferencia sobre los desplazamientos y agrupaciones por razones meramente recreativas y de ocio. Habrán de admitirse, en todo caso, aquellos desplazamientos y agrupaciones que se desarrollen por motivos esenciales o justificados compatibles con la protección de la salud, sin perjuicio, en su caso, de los controles o medidas de prevención adicionales que pudieran establecerse. Se trata de medidas que fueron adoptadas ya en un primer momento con motivo del estado de alarma y criticadas por COTINO HUESO, L., "La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid", Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 159 y ss.

⁸ El precepto impugnado es objeto de modificación por la Ley gallega 8/2021, y se integra dentro del capítulo III, relativo a las intervenciones públicas que "garantizan los derechos y deberes de la ciudadanía"; en el título II del Sistema Público de Salud de Galicia, con la finalidad de concretar en una norma con rango de ley las medidas preventivas que pueden adoptar las autoridades sanitarias gallegas, en ejercicio de sus competencias, para hacer frente a los riesgos de salud pública. Otras medidas contempladas en el texto gallego pueden suponer afección del derecho de propiedad, como ha estudiado en el ámbito comparado NEKIT, K., "Restrictions of Private Property Right in Terms of the Covid-19 Pandemic: The Experience of the US, UK and Ukraine", *The Age of Human Rights Journal*, n. 16, 2021, pp. 263-277.

sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, FJ 1), la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cual ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho (STC 36/1991, FJ 5), la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, FJ 4). Como es bien sabido, solo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en derecho el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4; y 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15; STC 104/2000, FJ 7). Esta es la seguridad jurídica que ha de aportar el Parlamento en momentos en los que los ejecutivos han pasado por encima de los fundamentos de la división de poderes y han debilitado, como señala GÓMEZ CORONA, la esencia de nuestro sistema constitucional⁹. El respaldo parlamentario a decisiones antes adoptadas exclusivamente por la Administración supone una afirmación del parlamentarismo gallego, reforzado, además de por el pluralismo político que le es propio y por el principio agregativo del procedimiento legislativo, por las vías de participación ciudadana que en el proceso de elaboración de la Ley de salud han sido particularmente fructíferas y que contrastan con la unilateralidad de las adoptadas por los ejecutivos¹⁰.

Es decir, la Ley gallega aúna la tutela de la salud pública con la concreción de las medidas preventivas a adoptar en su caso, en garantía de los derechos y deberes de la ciudadanía, cuando lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad y, en concreto, a fin de controlar las enfermedades transmisibles, con la seguridad jurídica correspondiente. Así se recoge en la propia exposición de motivos de la Ley 8/2021: «en ejercicio de la competencia autonómica en materia de sanidad interior contemplada en el artículo 33 del Estatuto de autonomía de Galicia, se introducen en la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, las modificaciones necesarias a fin de hacer frente a la necesidad de contar con un marco normativo claro en la materia que ofrezca la necesaria seguridad jurídica, tanto para quienes han de intervenir en la adopción de las medidas y en su inspección, vigilancia, control y sanción como para las personas destinatarias de estas. Especial atención merece la concreción de las medidas preventivas que pueden adoptar las autoridades sanitarias gallegas, en ejercicio de sus competencias, para hacer frente a riesgos de salud pública. Dada la posible afectación que tales medidas pueden tener en los derechos y libertades de la ciudadanía, procede que una norma legal regule estas medidas, delimitando con precisión sus contornos y los requisitos para su adopción, teniendo en cuenta

⁹ «Y a todo este escenario se suma la pandemia del coronavirus que no sólo ha puesto en jaque nuestro modo de vida, sino que, además, está sirviendo para poner a prueba la calidad de nuestros servicios públicos y la propia resistencia democrática de nuestras instituciones» (GÓMEZ CORONA, E., "La desaparitarización del sistema político español. De parlamentarismo excesivamente racionalizado a un Parlamento diluido", *Revista de Derecho Político*, n. 111, 2021, pp. 109 y ss.).

¹⁰ En este sentido puede consultarse RUBIO NÚÑEZ, R., MARAÑÓN MARTÍN, L. y GONZALO ROZAS, M.A., "¿Existe el lobby ciudadano? Una experiencia de participación en el Congreso de los Diputados", *Revista de las Cortes Generales*, n. 110, 2021, pp. 235-271.

necesariamente el marco normativo constituido por la legislación sanitaria y procesal». En este sentido, como ha apuntado TOLOSA TRIBIÑO¹¹, el alcance del derecho a la salud *ex* artículo 43 de la Constitución supone poner el acento en el eminente carácter colectivo de tal derecho y, en esta línea, la Ley gallega añade: «Conforme a lo expuesto, una de las principales finalidades de la presente ley es, así, concretar las medidas que, teniendo en cuenta lo dispuesto en la legislación sanitaria estatal, de rango orgánico y ordinario, pueden adoptarse por las autoridades sanitarias gallegas para la protección de la salud pública, así como regular los requisitos que han de cumplirse para su correcta adopción, con especial atención a las exigencias de motivación y de proporcionalidad»¹².

El artículo 149.1.16 de la CE atribuye la competencia exclusiva al Estado sobre las bases y coordinación general de la sanidad y, de acuerdo con ello, el Estatuto de autonomía de Galicia le atribuye a nuestra comunidad autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior (art. 33.1). Se trata, por tanto, de una competencia compartida entre el Estado y la comunidad autónoma, en la que se reserva al Estado la exclusiva para fijar y regular las bases de la materia, correspondiéndole a la Comunidad Autónoma de Galicia la potestad de desarrollo de la regulación básica y de ejecución de la normativa estatal que sea aplicable. La sanidad interior se contempla en una doble vertiente, una función normativa estatal de carácter básico y una función normativa autonómica de desarrollo de lo básico. Por su parte, la legislación estatal en la materia está constituida por la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, que, junto con la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad; la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema nacional de salud, y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, integran el cuerpo normativo fundamental de la acción de tutela de la salud pública a nivel estatal. En el ámbito autonómico, se completa, entre otras de carácter sectorial que han sido validadas por el Tribunal Constitucional¹³, por la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. Por lo demás, la competencia en materia de sanidad ha sido precisada por el Tribunal Constitucional en lo relativo al desarrollo legislativo y ejecución de la normativa estatal que les compete a las comunidades autónomas¹⁴.

¹¹ TOLOSA TRIBIÑO, C., "Problemas legales de la vacunación en España", *Diario La Ley*, n. 9784, Sección Tribuna, 2021, p. 3. En este mismo sentido he puesto de manifiesto la esencialidad de los derechos fundamentales dentro del programa constitucional en: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., "Las decisiones constituyentes y su revisión tras XXV años de jurisprudencia y vida constitucional", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 2, 2004, pp. 1.355-1.372.

¹² Por lo demás, la controversia que nos ocupa se está negociando en el marco de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia, para tratar de alcanzar un acuerdo extraprocésal respecto de las discrepancias manifestadas por la interposición de este recurso de inconstitucionalidad (*Boletín Oficial del Estado* n. 121, 21 de mayo de 2021).

¹³ Como he estudiado en: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., "La ordenación farmacéutica a la luz de la STC 152/2003 de 17 de julio", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 3, 2003, pp. 1.891-1.904.

¹⁴ Efectivamente, es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que la finalidad de la normativa básica es atribuir al Estado la potestad de instaurar "un común denominador normativo para asegurar la unidad fundamental" en todo el territorio estatal, un "mínimo común denominador normativo" para todas las comunidades autónomas porque la naturaleza de la materia de que se trata así lo exige (STC 1/1982); o bien la regulación de un núcleo de interés general, "marco de una política global" dentro de la que son constitucionalmente posibles una diversidad de regulaciones "permitiendo" políticas propias o específicas autonómicas" (STC de 4 de noviembre de 1982 y de 14 de junio de 1982).

Como sostiene el Tribunal Constitucional, la normativa básica del Estado tiene sus límites marcados por la ineludible necesidad de dejar un espacio para el desarrollo normativo de las comunidades autónomas y no puede regular una materia con una exhaustividad tal que impida a las CC.AA. desenvolver políticas propias, debiendo posibilitar la configuración de las políticas propias, ya que, en efecto, no cabe establecer regulaciones uniformes por normativa básica. Así lo ratifica el TC en el fundamento jurídico 6 de la Sentencia 98/2004¹⁵.

2 Una referencia a la coordinación en materia sanitaria como título competencial estatal

Especial consideración merecen en el análisis de esta ley la valoración de la atribución al Estado de las facultades estatales de coordinación en materia sanitaria. No podemos olvidar que la coordinación supone integración, unidad coherente y cohesionada, pero en el ámbito de lo básico, como he señalado *in extenso* para el caso medioambiental¹⁶, sin invadir o restar competencias estatales o autonómicas. Consecuentemente, la coordinación de la sanidad debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario. En otro sentido más estructural cabe hablar, para una buena redacción de la norma, de una coordinación conceptual que es la base de la técnica legislativa, pues la discordancia en la utilización de unos mismos conceptos con distintas acepciones en leyes de un mismo ordenamiento jurídico va directa y frontalmente contra el valor de la seguridad jurídica y se debe evitar de modo prioritario¹⁷.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1983, de 28 de abril, referida a las relaciones entre Estado y comunidades autónomas, ofrece un concepto que se respeta en la redacción del precepto plenamente asumible de la coordinación, al señalar que “*la coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirán o dificultarían, respectivamente, su realidad misma*”. Cabe entender, pues, que la coordinación estatal equivale a una ordenación armónica, de modo que esta actúe como una unidad coherente y cohesionada. Como también señaló la propia jurisprudencia constitucional (Sentencia 27/1987, de 27 de febrero, entre otras), aquella

¹⁵ «Con esa delimitación material de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio de la Comunidad Autónoma». He explicado la garantía parlamentaria autonómica de los derechos en: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “O estado social e democrático de dereito e as súas proxeccións parlamentarias no caso galego”, *REGAP: Revista Galega de Administración Pública*, vol. 1, n. 39, 2005, pp. 259-281.

¹⁶ SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “Administración pública, Constitución e protección Medio Ambiental en España”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, n. 1, 2011, pp. 363-380.

¹⁷ Así lo he expuesto en: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “Significado y alcance de la técnica normativa”, *Revista Debate. Revista de la Asamblea Nacional de Panamá*, n. 15, 2008, p. 94.

permite la fijación de procedimientos o protocolos de actuación a los cuales deberán atenerse la pluralidad de instancias en presencia con el fin de procurar tales fines¹⁸.

Así entendida por el máximo intérprete de la Constitución, la coordinación no imposibilita el ejercicio por la comunidad autónoma de su competencia propia, ya que no puede conllevar en ningún caso el vaciamiento o solapamiento de competencias ni estatales ni autonómicas ni su ejercicio, con políticas propias autonómicas en el marco de las medidas preventivas en materia de salud preceptuadas en el artículo 38.2 de la Ley gallega 8/2021.

Las medidas preventivas en materia de salud establecidas en el artículo 38.2 impugnado por el Estado respetan escrupulosamente la normativa estatal aplicable, en especial el núcleo esencial del derecho concernido desarrollado por la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, y la coordinación no puede ser la causa para justificar la enervación de políticas públicas autonómicas, pues haríamos de la coordinación, cuya oportunidad no es negada, un elemento de vaciamiento de las legítimas facultades autonómicas, atribuidas por el bloque de constitucionalidad¹⁹.

El reconocimiento de las carencias del buen funcionamiento de instrumentos federalizantes en nuestro sistema autonómico ha llevado a PENDÁS GARCÍA²⁰ a afirmar que “la etapa llamada de «cogobernanza» pone de manifiesto la fragilidad de los mecanismos de coordinación: lo sabíamos hace tiempo y lo hemos comprobado en el peor momento. Si falta voluntad para el diálogo político, ningún instrumento jurídico es adecuado”. Sin embargo, la constatación de estos problemas no debe llevarnos a atajar a través del desapoderamiento de competencias autonómicas en una materia de carácter exclusivo y a través de un mecanismo que está pensado para otras figuras como es la coordinación.

¹⁸ En suma, como recoge el fundamento jurídico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2017: «En cuanto a la competencia estatal de coordinación general de la sanidad, nuestra doctrina ha efectuado determinadas precisiones. Es una competencia distinta a la de fijación de bases. Presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado; esto es, la existencia de competencias de las comunidades autónomas en materia de sanidad, que el Estado, al coordinarlas, debe obviamente respetar. La coordinación general, por su propio carácter, incluye a todas las instituciones territoriales en la medida en que tengan competencias en materia sanitaria y, por tanto, a las corporaciones locales. Además, la competencia estatal de coordinación general significa no sólo que hay que coordinar las partes o subsistemas del sistema general de sanidad, sino que esa coordinación le corresponde hacerla al Estado. Por último, la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y autonómicas en el ejercicio de sus respectivas competencias; de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario (por todas, SSTC 32/1983, FJ 3; 42/1983, FJ 3; 22/2012, FJ 3, y 33/2017, FJ 4)» (STC 64/2017, de 25 de mayo, FJ 4)».

¹⁹ La coordinación, como dice el TC, tiene que partir de la posibilidad de que existan políticas autonómicas diversas, si no ya no cabría hablar de coordinar. Por lo tanto, solo una vez reconocida la posibilidad de la implantación de políticas propias en un territorio autonómico será el momento de apreciar la oportunidad de buscar fórmulas para que estas políticas, legítimamente diversas, se coordinen en un todo, pero sin que la solución o conclusión para esa coordinación pueda ser la eliminación de esa política autonómica o la de que no se puede implantar; no puede convertir a las comunidades autónomas en entes subordinados del Estado, ni proceder a una rectificación de sus competencias o impedirles, de hecho, su ejercicio.

²⁰ PENDÁS GARCÍA, B. (ed. lit.), *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI. Ciencias Políticas y Jurídicas (con especial referencia a la sociedad poscovid 19)*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2020, p. 40.

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

3 ¿Qué alcance tiene la reserva de ley orgánica en el ámbito de las medidas preventivas en materia de salud pública?

Las medidas preventivas previstas por los legisladores gallegos no constituyen desarrollo frontal ni comportan restricciones que supongan limitación esencial de derecho fundamental alguno, sino que comportan únicamente la previsión de la posibilidad de modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertas personas disfrutan en determinadas circunstancias y no generalizadas del derecho fundamental concernido en los términos que establece la Ley orgánica 3/1986. Efectivamente la tutela de la salud pública, bien constitucionalmente protegido, impuesta por el artículo 43 de la Constitución española, puede justificar el establecimiento de límites al ejercicio de derechos y libertades, teniendo en cuenta, además, la íntima conexión de dicho mandato constitucional de protección de la salud pública con el derecho a la vida y a la integridad física reconocido en el artículo 15 de la Constitución española. Así se recoge expresamente en la exposición de motivos de la Ley gallega 8/2021 con base en la doctrina jurisprudencial asentada, que en su momento he comentado en relación con el derecho fundamental de educación²¹, y que fundamenta la compatibilidad internormativa entre la Ley orgánica 3/1986 y la Ley gallega 8/2021 en los siguientes términos:

«En efecto, con arreglo a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, los derechos y las libertades que la Constitución reconoce no tienen carácter absoluto o ilimitado, sino que pueden verse sometidos a ciertas modulaciones o límites, justificados en la protección de otros derechos, bienes o valores constitucionales, siempre con la debida proporcionalidad. En este sentido, la salud pública es un bien constitucionalmente protegido cuya tutela, impuesta por el artículo 43 de la Constitución española, puede justificar el establecimiento de límites al ejercicio de derechos y libertades, teniendo en cuenta, además, la íntima conexión de dicho mandato constitucional de protección de la salud pública con el derecho a la vida y a la integridad física reconocido en el artículo 15 de la Constitución española, como recientemente tuvo oportunidad de recordar el Tribunal Constitucional en su Auto 40/2020, de 30 de abril. Junto con ello, el Tribunal Constitucional admitió el establecimiento de medidas limitativas de derechos y libertades, incluidos derechos fundamentales y libertades públicas, sin tener que acudir necesariamente al llamado derecho de excepción si bien con el necesario respeto a la reserva de ley (arts. 53.1 y 81.1 de la Constitución española), de modo que debe ser la ley la que habilite la injerencia en el ámbito de los derechos y libertades y exprese los presupuestos y las condiciones de la intervención. Sentado lo anterior, en el caso concreto

²¹ SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., *Manual de Derecho Constitucional. Prácticas para un estudio comprensivo da materia*, Universidade de Vigo. Servizo de Publicacións, Vigo, 2010, pp. 235 y ss. Referido a normativa comparada más reciente, SOLDEVILA FRAGOSO, S., "El confinamiento general no supone un arresto domiciliario. Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Cristian-Vasile Terhes", *Actualidad Administrativa*, n. 7-8, 2021.

de las medidas limitativas de derechos fundamentales y de libertades públicas y respecto a la reserva de Ley orgánica del artículo 81.1 de la Constitución española, ha de advertirse que el Tribunal Constitucional, ya desde sus primeras sentencias, incidió en la necesidad de aplicar un criterio estricto o restrictivo en relación con el alcance de la reserva de ley orgánica para el desarrollo de derechos fundamentales y de libertades públicas previstas en el artículo 81.1 de la Constitución española. En concreto, de acuerdo con esta doctrina constitucional, requiere ley orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad pública que «desarrolle» la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo, ya en una parcial o sectorial, pero igualmente relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho. No entran, en cambio, dentro de la reserva de ley orgánica las modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutan, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, del derecho fundamental (entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 53/2002, de 27 de febrero, y 186/2013, de 4 de noviembre)²²».

No todo lo que afecta a los derechos fundamentales es un desarrollo directo o global de los aspectos esenciales de estos derechos fundamentales, es decir, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o “en cuanto tal” –que sí está reservado a ley orgánica–. No podemos olvidar que las modalidades de su ejercicio, los presupuestos o condiciones de su ejercicio son objeto de ley ordinaria a tenor de lo dispuesto en el artículo 53.1 CE, es decir, las restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental, entendidas como las facultades que componen el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio²³.

²² Continúa la exposición de la ley diciendo: «... Lo reservado al Estado ex artículo 81.1 de la Constitución española es, pues, la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o “en cuanto tal”, en cuanto que se atribuye la regulación de la «materia» sobre la que se proyecta el derecho al legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma. En suma, la reserva enunciada en el artículo 81.1 de la Constitución española para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es incompatible con la colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual la reserva se establece y otras fuentes de producción reconocidas en la Constitución, para conseguir, de este modo, una disciplina integral y articulada del ámbito de que se trate (entre otras, STC 137/1986, de 6 de noviembre)».

²³ En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 7 de la STC 31/2018: «En relación con la exigencia de Ley orgánica en el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 81.1 CE), hemos recordado recientemente que «no todo lo que “afecte” a los derechos fundamentales (...) es un desarrollo directo de esos derechos fundamentales, esto es, una regulación de sus aspectos esenciales que requiera de una disposición de las Cortes emanada con forma de ley orgánica. La Constitución veda al decreto-ley afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos y, correlativamente, reserva a la ley ordinaria regular el ejercicio de tales derechos y libertades respetando su contenido esencial (art. 53.1); pero no obliga –por obvio que sea el recordarlo– a regular por ley orgánica las modalidades de su ejercicio ni los presupuestos o condiciones que los hagan efectivos, extremos que restan en los cometidos que la Constitución señala a la ley ordinaria» (STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 3 b). La ley orgánica sólo será precisa cuando se acometa un desarrollo directo –global o de sus aspectos esenciales– del ámbito subjetivo u objetivo de los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución, lo que acontece, señalamos, cuando el legislador incide en la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas» (STC 86/2017, de 4 de julio, FJ 7) (...). Llevada a su extremo, la concepción formal de la ley orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos

4 La colaboración internormativa para un correcto entendimiento del Estado autonómico

La compatibilidad de la colaboración internormativa entre la Ley orgánica 3/1986 y la Ley gallega 8/2021 es evidente en los términos que establece la exposición de motivos al delimitar el desarrollo directo o primario respecto a los límites a que puedan quedar sometidos los derechos fundamentales y las libertades públicas a favor de la protección de la salud pública efectuado por esta ley orgánica, en aplicación del artículo 81 de la Constitución española, precisando las condiciones esenciales que deben concurrir para la adopción, por parte de las autoridades sanitarias competentes y cuyo desarrollo puede ser concretado, respetando las referidas condiciones esenciales o ese desarrollo frontal o estructural del derecho concernido en el sentido precisado, por el legislador ordinario competente en la materia. Esto explica la aprobación de leyes autonómicas con incidencia en derechos fundamentales, tales como las electorales (art. 23.1 CE), en materia de emergencias (art. 19 CE), o la regulación de determinadas asociaciones (art. 22 CE), entre otras. La no remisión expresa, en su caso, por la ley orgánica a la ley ordinaria no impide su desarrollo, pues lo contrario limitaría o impediría parcialmente el ejercicio de ese derecho en detrimento de la competencia autonómica en la materia. A estos efectos, precisa la exposición de motivos los presupuestos y las condiciones de la intervención limitativa de derechos y libertades en el ámbito autonómico que desarrolla la Ley gallega 8/2021:

«En el ámbito concreto de las medidas de protección de la salud pública, el legislador orgánico, a través de la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, configuró la protección de la salud pública, dada su evidente conexión con el derecho a la vida y a la integridad física, como derecho constitucionalmente protegido que puede operar como límite de los derechos fundamentales y libertades públicas, a través de la adopción, por parte de las autoridades sanitarias competentes, de las necesarias medidas para salvaguardar aquella.

Dicha ley orgánica contempla, además, los presupuestos y las condiciones para tal intervención limitativa de derechos y libertades, al delimitar tanto el ámbito material (la salud pública) como la exigencia de que esas razones sanitarias que demandan la adopción de las medidas sean urgentes y necesarias y la finalidad de tales medidas (la protección de la salud pública y la prevención de su pérdida o

tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas. Por ello hay que afirmar que, si es cierto que existen materias reservadas a leyes orgánicas (art. 81.1 CE), también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la ley orgánica que invadiera materias reservadas a la ley ordinaria (FJ 21)». (...) Está claro que nuestra doctrina ha destacado, en primer lugar y de forma ininterrumpida desde la citada STC 5/1981, la necesidad de aplicar un criterio estricto o restrictivo para determinar el alcance de la reserva, y ello tanto en lo referente al término "desarrollar" como a la "materia objeto de reserva". Y el fundamento jurídico 11 de la STC 292/2000 concreta que «esos límites o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo (...) o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE».

deterioro, con atención particular, en su artículo tercero, a la finalidad de controlar las enfermedades transmisibles)».

La ley se enmarca en este contexto, estableciendo un régimen jurídico de regulación de medidas preventivas en materia de salud pública, en concreto en desarrollo del contenido nuclear de la protección de la salud pública definido por la Ley orgánica 3/1986, dotando, dentro de las indudables dificultades de legislar en esta cuestión, como ha señalado ASTARLOA²⁴, a la actuación de la Administración autonómica de predictibilidad y seguridad jurídica, garantía de la ley en la adopción de medidas preventivas que le competen al Ejecutivo. Así establecida la competencia legislativa autonómica, destacamos que, al amparo del apoderamiento a las autoridades competentes para la adopción de las medidas establecidas en la Ley orgánica 3/1986, en su artículo 2, “cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población” y, en su artículo 3, en el caso de “enfermedades transmisibles”, las autoridades sanitarias autonómicas, y no solo las estatales, han adoptado por sí medidas preventivas similares a las que recoge la Ley gallega 8/2021, numerosas resoluciones administrativas sometidas al control de la autorización o ratificación de la jurisdicción contencioso-administrativa y sin fundamento en la declaración del estado de alarma.

Como señala NOGUEIRA²⁵, las medidas de las comunidades serán similares a las adoptadas recientemente por las comunidades autónomas tras la finalización del estado de alarma como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada de la COVID-19 y avaladas en algunos casos por los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas, como en el caso de Galicia por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, por el Auto 57/2021, de 12 de mayo (limitaciones a la movilidad en determinados ayuntamientos –cierre perimetral, toque de queda– y limitaciones a las agrupaciones de personas) y la prórroga de su eficacia y modificación parcial (limitaciones a la movilidad en un ayuntamiento) por el Auto 64/2021, de 25 de mayo²⁶.

Así se completa el marco normativo autonómico para preservar la salud pública, garantizando que las decisiones que adopten las autoridades sanitarias se encuentren debidamente justificadas y se articulen mediante un procedimiento legalmente

²⁴ “... no cabe ingenuidad sobre las muchas dificultades a afrontar. Por una parte, la dificultad de legislar hoy sobre determinadas materias extraordinariamente sofisticadas, o cuajadas de incertidumbres, que obligan incluso a afrontar dilemas morales desconocidos, derivados del progreso tecnológico” (ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., “Reivindicación de la ley y exigencias consecuentes para el legislador de nuestro tiempo”, *Revista de las Cortes Generales*, n. 110, 2021, p. 89).

²⁵ En palabras de la catedrática de Santiago, se trata de un factor “copia” que es normal y positivo en un Estado descentralizado (NOGUEIRA LÓPEZ, A., “Vacunación generalizada y estado autonómico”, *El cronista del estado social y democrático de derecho*, n. 93-94, 2021, p. 98).

²⁶ Han sido objeto de regulación autonómica por norma con rango de ley por las comunidades autónomas:
– Por la Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón 3/2020, de 3 de diciembre, por la que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control de la pandemia COVID-19 de Aragón.
– E incluso por decretos-leyes, como en la Comunidad Autónoma de Cataluña por el Decreto-ley 27/2020, de 13 de julio, de modificación de la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública y de adopción de medidas urgentes para hacer frente al riesgo de brotes de la COVID-19; o en las Islas Baleares por el Decreto-ley 5/2021, de 7 de mayo, por el que se modifica la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de salud pública de las Illes Balears, y el Decreto-ley 11/2020, de 10 de julio, por el que se establece un régimen sancionador específico para hacer frente a los incumplimientos de las disposiciones dictadas para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19.

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

establecido. Este es el sentido de la necesidad de contar con una mayor densidad normativa en lo que respecta a la articulación de los mecanismos extraordinarios que contempla la legislación sanitaria para tutelar la salud pública ante crisis sanitarias, singularmente en la necesidad de una mayor concreción de las medidas susceptibles de ser adoptadas (en especial, para hacer frente a enfermedades de carácter transmisible) y, desde luego, dentro del ámbito competencial de nuestra comunidad autónoma. Ha afirmado LEPSIUS que para el caso alemán nos encontramos ante una norma aprobada en la sede política, en nuestro caso el Parlamento de Galicia, en la que encontramos las mejores condiciones organizativas para abordar desde un punto de vista normativo los conflictos de derechos fundamentales, pues es donde se negocia y decide públicamente “para que prevalezca la transparencia y puedan intervenir los controles de la sociedad civil”²⁷.

Resulta acreditada de manera inequívoca la cobertura normativa de las medidas preventivas preceptuadas en el artículo 38.2 –conforme a la modificación operada en la Ley gallega 8/2021– de la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, y en concreto las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. Hay que señalar que esta Ley orgánica 3/1986, y en concreto su artículo tercero, ha de interpretarse conjuntamente con:

- El artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, que es básica (art. 2). Así, bajo el presupuesto “de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud”, su artículo 26.1 habilita a las autoridades sanitarias a adoptar resoluciones motivadas que impliquen medidas, además de la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales, “cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”. En cada caso se fijará la duración de las medidas que pueden ser prorrogadas mientras se dé el presupuesto “de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó” (art. 26.2). Posibilita, por tanto, la adopción de medidas por las autoridades sanitarias en caso de que exista un riesgo inminente y extraordinario para la salud que detalla, así como “cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”.
- Y el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, habilita en general para “adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley (art. 54.1). Se dispone en concreto –además de la inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias, la intervención de medios materiales o personales, el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias, la suspensión del ejercicio de actividades– que se podrá adoptar “con carácter general, cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud, incluida la suspensión de actuaciones sanitarias de la ley”.

²⁷ LEPSIUS, O., “Protección de los derechos fundamentales en la pandemia del coronavirus”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 47, 2021, p. 74.

Se dispone que las medidas bajo el principio de proporcionalidad serán por “resolución motivada”, “previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población” y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. En definitiva, posibilita la adopción de aquellas medidas especiales y cautelares cuando concurren motivos de especial gravedad o urgencia.

Conforme a lo que se acaba de señalar, al legislador autonómico le corresponde concretar el alcance de las medidas preventivas que pueden considerarse necesarias para reducir los riesgos para la salud pública, y muy especialmente para concretar la genérica habilitación de la Ley orgánica 3/1986, con escrupuloso respeto a su núcleo orgánico o condiciones esenciales que deben concurrir para la adopción de las medidas limitativas:

- a. “salud pública” su ámbito material,
- b. “razones sanitarias urgentes y necesarias” su motivación, y
- c. su finalidad: “la protección de la salud pública y la prevención de su pérdida o deterioro”, con especial atención en su artículo tercero a la finalidad de “controlar las enfermedades transmisibles”.

Por estos motivos, cierta indeterminación está justificada para situaciones de grave crisis sanitaria en las que pueden surgir circunstancias imprevistas e imprevisibles que el legislador no puede anticipar y regular con detalle y que requieren una respuesta urgente, para conceder el estricto margen imprescindible de acción a las autoridades sanitarias para que sean ellas –con los límites del principio de proporcionalidad y bajo control judicial– quienes decidan las medidas más oportunas que se deben adoptar ante cada emergencia sanitaria. No es posible que una ley pueda prever todos los supuestos fácticos que pueden acontecer singularmente en situaciones de esta naturaleza. Aun así, las medidas que se consideran necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible se delimitan normativamente con suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, especiales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales y que delimitan con una precisión mínima el campo de aplicación²⁸.

²⁸ En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia 719/2021, de 24 de mayo: «Está claro que el artículo tercero de la Ley orgánica 3/1986, al hablar de las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible, está circunscribiendo claramente su habilitación a supuestos de enfermedades que entrañan tal peligro. No cabe, pues, hacer uso de ella en cualquier circunstancia sino en una de la gravedad y necesidad que se desprende de su propio enunciado. Hay, pues, una precisión objetiva –la existencia de una enfermedad transmisible– que constituye el contexto en el que ha de situarse el “control de los enfermos”, el de las “personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos” y el “del medio ambiente inmediato”. Según se cuenten los enfermos y quienes han tenido contacto con ellos en unidades, decenas, centenas o millares y el lugar o lugares en que se encuentren, el ámbito subjetivo y espacial de aplicación del precepto se irá extendiendo correlativamente, pero sin que pueda llegar más allá del mismo y convertirse en general. Ahora bien, este artículo, dotado de clara indeterminación final, no puede entenderse separadamente del artículo 26 de la Ley 14/1986, de la que inicialmente formaba parte, y del artículo 54 de la Ley 33/2011, ya que abordan situaciones semejantes y persiguen la misma finalidad de proteger la salud de todos en situaciones en que está en peligro». En el artículo 26 de la Ley 14/1986, sostiene que «nuevamente, nos encontramos con la identificación de un supuesto excepcional –el riesgo inminente extraor-

En este marco y con esta cobertura normativa se encuadra la Ley gallega 8/2021 –como contempla la exposición de motivos–, con la finalidad de recoger, «de manera más concreta y en un mismo precepto, las medidas preventivas que pueden adoptarse por las autoridades sanitarias para la protección de la salud pública, incluidas las limitativas de derechos fundamentales a que se refiere la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, con especial atención a las destinadas al control de enfermedades de carácter transmisible. No se incluye, sin embargo, una enumeración exhaustiva y pormenorizada de medidas, y de ahí que introduzca una cláusula final comprensiva de medidas sanitarias justificadas y necesarias que se consideran adecuadas que permitan la adaptación a las circunstancias del caso, pero no podemos perder de vista que en todo caso las medidas siempre estarán rodeadas de las necesarias garantías –tanto la medida a adoptar como el procedimiento para su adopción, que también se establece por ley– y, además, reforzando la exigencia del principio de proporcionalidad para las medidas limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas».

5 La técnica normativa de la nueva redacción del artículo 38 de la Ley gallega

Puede afirmarse que el artículo 38 tiene por finalidad recoger de forma más concreta y en un mismo precepto las medidas preventivas que pueden adoptar las autoridades sanitarias para la protección de la salud pública, incluidas las limitativas de derechos fundamentales a que se refiere la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, con especial atención a las destinadas al control de enfermedades de carácter transmisible. Como he tenido ocasión de explicar con carácter general²⁹, la reiteración del contenido de la Ley orgánica 3/1986

dinario para la salud– y con una habilitación a las autoridades sanitarias, con indicación de actuaciones concretas y, además, con esta otra: “las que se consideren sanitariamente justificadas”. Por tanto, además del contexto de emergencia para la salud, exige la justificación desde el punto de vista sanitario de esas medidas. No es, como no lo es el artículo tercero de la Ley orgánica 3/1986, una cláusula en blanco que apodera a la autoridad sanitaria para cualquier cosa en cualquier momento. Y lo mismo sucede con el artículo 54 de la Ley 33/2011. Este artículo 54 vuelve a circunscribir el supuesto de hecho, siempre de extraordinaria gravedad y urgencia, exige motivación a la Administración, contempla medidas y deja abierta la puerta a otras que no sólo han de ser idóneas para hacer frente a esa emergencia sanitaria, sino que exige que sean temporales y proporcionadas. Por tanto, este conjunto de preceptos ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales y en concreto de la libertad de circulación, las cuales, de otro lado, no pueden predeterminarse siempre –ya que no han de excluirse situaciones nunca imaginadas ni, en consecuencia, previstas– y no se alejan los términos recién examinados del parámetro admitido por el Tribunal Constitucional para la tipificación de sanciones, por ejemplo en su Sentencia n. 14/2021. Sin ninguna duda hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia que detallase cuantos extremos fueran susceptibles de precisión para ofrecer la máxima seguridad jurídica. No obstante, no puede preverse todo y tampoco puede decirse que los preceptos examinados adolecen de tal indeterminación que permitan hacer cualquier cosa a las administraciones que los utilicen. Por el contrario, delimitan con una precisión mínima el campo de su aplicación. Y no es una novedad que los tribunales deban extraer del ordenamiento jurídico los criterios para resolver problemas que no han recibido una solución precisa por parte del legislador. Esto significa que será necesario examinar cada medida y valorarla atendiendo a la luz de los criterios extraídos de estos preceptos si cumplen las exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad. En definitiva, la legislación sanitaria sí autoriza la limitación de la libertad de circulación siempre que se den las condiciones por ella previstas, o sea, las que hemos destacado».

²⁹ SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., *Cuestiones de derecho estatutario de Galicia*, Guiverny Editorial, Santiago de Compostela, 2016, pp. 48 y ss.

en los apartados a) y b) del artículo 38 de la Ley gallega 8/2021 no es *per se* inconstitucional, pues su finalidad es la mejor inteligibilidad de la norma, permitiendo así que en este precepto en concreto queden perfectamente integradas la normativa orgánica (arts. primero, segundo y tercero de la Ley orgánica 3/1986), por cuanto desarrollan las condiciones esenciales que deben concurrir en la adopción de esas medidas especiales, con la concreción de las medidas autonómicas preventivas que puede adoptar la comunidad autónoma dentro del ámbito de sus competencias y de acuerdo con lo dispuesto en la precitada ley orgánica. Por tanto, la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la comunidad autónoma. Además, esa redacción sirve a la inteligibilidad de la norma, por lo demás, que tiene por finalidad que sus destinatarios puedan tener una visión de conjunto de la regulación aplicable y una mejor comprensión de la norma. No se hace para fundamentar la competencia que le atribuye la Constitución y el Estatuto de autonomía de Galicia a nuestra comunidad, sino para una mejor comprensión de las garantías introducidas, para aportar certeza y seguridad jurídica. Por ello, es correcta su reproducción y ajustada a la doctrina del propio Tribunal Constitucional, concretamente en la STC 5/2015, fundamento jurídico 9: *«si la reproducción de normas estatales por leyes autonómicas es ya una técnica peligrosamente abierta a potenciales inconstitucionalidades, esta operación se convierte en ilegítima cuando las comunidades autónomas carecen de toda competencia para legislar sobre una materia (STC 35/1983). (...) cabe distinguir dos supuestos de reproducción de normas estatales por las autonómicas, de los que se derivan consecuencias distintas. El primer supuesto se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la comunidad autónoma. El segundo tiene lugar cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la comunidad autónoma carece de competencias. Pues bien, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, mientras que en el segundo la falta de habilitación autonómica debe conducirnos a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal (salvo supuestos excepcionales como el aludido en la STC 47/2004, de 25 de marzo), en el primero, al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto»*³⁰.

El contenido de la Ley orgánica 3/1986 colma la exigencia de contenido mínimo a desarrollar por la ley autonómica, y esta respeta ese ámbito en los términos expuestos en las fundamentaciones anteriores. El nuevo artículo 38.2 de la Ley gallega 8/2021 ha nacido con vocación de garantizar estos derechos en aras de la tutela de la salud pública y, a estos efectos, concreta las medidas preventivas que pueden adoptar las autoridades sanitarias autonómicas, dentro del ámbito de sus competencias, cuando

³⁰ Y en la STC 25/2017, fundamento jurídico 3: «Es cierto que la doctrina constitucional (por todas, STC 154/2014, de 25 de septiembre) no exige que la ley autonómica reproduzca las reglas básicas. Al contrario, ha sostenido, en su doctrina sobre la *lex repetita*, que la reproducción de normas estatales por leyes autonómicas constituye una deficiente técnica legislativa que sólo resulta admisible en determinadas condiciones»; en concreto cuando la comunidad autónoma ostenta competencia sobre la materia regulada. «... Así pues, la no reiteración literal de la norma básica no puede constituir, *per se*, un motivo de vulneración de la legislación básica, salvo que la omisión se pudiera interpretar inequívocamente como sinónimo de exclusión de dicha regulación, esto es, cuando la hiciera materialmente inaplicable».

lo exijan “razones sanitarias de emergencia o necesidad”, a fin de “controlar las enfermedades transmisibles en particular” y que refiere a las “medidas oportunas” para el control de las “personas enfermas, de las personas que estén o hayan estado en contacto con ellas”, y del “ambiente inmediato”, así como “las que se estimen necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”, además de realizar acciones preventivas generales y de la posible adopción de las medidas preventivas previstas en el apartado 1 de este mismo precepto. Medidas similares a las relacionadas han sido adoptadas por las autoridades estatales y autonómicas no solo durante la vigencia del estado de alarma, sino también no estando vigente el estado de alarma y una vez finalizado el estado de alarma como consecuencia de las necesidades derivadas de la evolución de la situación epidemiológica provocadas por la COVID-19 y previstas en la normativa autonómica³¹.

Las medidas preventivas que se podrán adoptar “en particular” a tenor de lo dispuesto en el artículo 38.2 b de la Ley gallega se enmarcan en las medidas preventivas generales en materia de salud pública, si bien para el supuesto de enfermedades transmisibles, y en este contexto obviamente la salud pública, bien constitucionalmente protegido, justifica el establecimiento de garantías o ciertas modulaciones al ejercicio de derechos fundamentales y libertades, teniendo en cuenta además la íntima conexión con el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) y pudiendo también comportar regulaciones del ejercicio seguro de la libertad de circulación y de reunión, reconocida en los artículos 17, 19 y 21 de la Constitución española. Pero estas limitaciones en ningún caso llegan a comportar la suspensión de los derechos fundamentales, ni una restricción generalizada de ellos, sino un tratamiento proporcional a la necesaria preservación de la salud del conjunto de los ciudadanos y

³¹ Muestra de ello son las siguientes:

– En el Decreto-ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 27/2020, de 13 de julio, de modificación de la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública y de adopción de medidas urgentes para hacer frente al riesgo de brotes de la COVID-19, por cuanto contempla en su artículo 55 k que: «En situación de pandemia o epidemia declaradas por las autoridades competentes, las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de limitación a la actividad, del desplazamiento de las personas y la prestación de servicios en determinados ámbitos territoriales previstas en el anexo 3, de acuerdo con lo que dispone el artículo 55 bis». En el anexo 3. Medidas a adoptar, en el marco de la COVID-19, dispone que la alerta derivada de la COVID-19 y las resoluciones para controlar la pandemia pueden comprender las siguientes previsiones: medidas de salud pública: entre otras, aislamiento y cuarentena, limitaciones a los desplazamientos territoriales.

– En la Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón 3/2020, de 3 de diciembre, por la que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón, en vigor hasta que el Gobierno de España declare la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 por cuanto establece, entre otras, la obligación personal de confinamiento en virtud de las resoluciones que pudiera adoptar la autoridad sanitaria o de las actuaciones materiales desarrolladas por los servicios sanitarios para la contención de los brotes epidémicos de la pandemia COVID-19, las personas afectadas tendrán la siguiente obligación personal de confinamiento: a) Obligación de aislamiento, en cuya virtud cualquier contagiado por SARS-CoV-2 permanecerá en el lugar que se le indique, durante el plazo establecido en cada caso, sin posibilidad de desplazarse ni de relacionarse con otras personas. b) Obligación de cuarentena, en cuya virtud cualquier persona o grupo de personas sospechosas de haber sido contagiadas permanecerá en el lugar que se le indique, durante el plazo establecido en cada caso, sin posibilidad de desplazarse ni de relacionarse con otras personas» (art. 6.1). Y el confinamiento por la autoridad sanitaria «en el marco de la legislación estatal y autonómica de sanidad y salud pública, la autoridad sanitaria podrá acordar confinamientos en ámbitos territoriales determinados cuando su valoración de riesgo sanitario derivado de los indicadores o criterios sanitarios, de salud pública o epidemiológicos justifique la adopción de medidas urgentes y necesarias para la salud pública» (art. 35.1).

– Y en el Decreto-ley de la Comunidad Autónoma de las Ilas Baleares 5/2021, de 7 de mayo, por el que se modifica la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de salud pública de las Ilas Baleares, y el Decreto-ley 11/2020, de 10 de julio, por el que se establece un régimen sancionador específico para hacer frente a los incumplimientos de las disposiciones dictadas para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19, que establece una regulación de medidas preventivas en situación de pandemia o epidemia similar a la Ley gallega 8/2021.

circunscrito a determinados sectores de actividad, áreas o zonas geográficas limitadas o actividades que propician un especial riesgo de contagio. Se trata de una colaboración entre legislativos que va más allá de la gestión meramente gubernamental de la crisis sanitaria y que supera la inicial actuación exclusivamente estatal, como ha ocurrido también, según CORTESE³², en el caso italiano.

Con este régimen normativo, se garantiza el alcance de estas medidas con su regulación “por ley”, normativizando así los límites y garantías que se establecen para su adopción y con un mayor grado de exigencia del requisito de proporcionalidad en el caso particular de las medidas limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas como requisito adicional, ofreciendo más garantías para la ciudadanía ante las actuaciones que la Administración autonómica pueda adoptar en una situación de emergencia sanitaria.

Estas medidas, adoptadas en su mayor parte por resoluciones ejecutivas autonómicas fuera de la declaración de alarma y una vez finalizado el estado de alarma, se consideran “necesarias”, en un sentido garantizador de la salud pública colectiva y limitador de derechos, en palabras de DELGADO DEL RINCÓN³³, y con cobertura en la habilitación de la Ley orgánica 3/1986, interpretada conjuntamente con las leyes estatales 14/1986 (art. 26) y 30/2011 (art. 26), y son las siguientes, que agrupamos para mayor claridad expositiva en:

- Un primer grupo, medidas en relación con las personas “determinables”: personas enfermas, las que estén o hayan estado en contacto con ellas o que presenten síntomas compatibles con la enfermedad transmisible de que se trate o respecto a las cuales existan otros indicios objetivos de que puedan suponer un riesgo de transmisión de la enfermedad. Pues la normativa estatal no limita las medidas adoptables, en función de su carácter individualizable por referencia a una persona o grupo de personas determinables. Son tales:
 - i) Medidas de control de las personas enfermas, como el aislamiento en domicilio, el internamiento en centro hospitalario o el aislamiento o internamiento en otro lugar adecuado para tal fin (1.º) o su sometimiento a tratamiento adecuado (2.º).
 - ii) Medidas de control de las personas que estén o hayan estado en contacto con las personas enfermas, como el sometimiento a una cuarentena en el domicilio o en otro lugar adecuado³⁴ para tal fin (3.º).

³² CORTESE, F., “Stato e Regioni alla prova del coronavirus”, *Le Regioni*, n. 48(1), 2020, pp. 3 y ss.

³³ DELGADO DEL RINCÓN, L.E., “Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia”, Biglino Campos, M.P. y Durán Alba, J.F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 398.

³⁴ El Juzgado de Instrucción número 5 de Palma el 29-6-2021 ha denegado la solicitud de *habeas corpus* presentada por el padre de una menor de la Comunidad de Madrid en un supuesto semejante al descrito en la Ley gallega. En la resolución, la magistrada considera que el caso de la alumna “no puede encuadrarse” en la normativa reguladora del procedimiento de *habeas corpus* porque la menor “no se encuentra detenida por la perpetración de delito alguno”, sino por razones de salud pública. “La actuación de la autoridad administrativa se encuentra dentro del ámbito de su competencia y ha seguido el procedimiento correspondiente para su adopción y ratificación en la jurisdicción contencioso-administrativa”, señala el auto. Por

iii) Y, en relación con las personas que presenten síntomas compatibles con la enfermedad transmisible de que se trate o de personas respecto a las cuales existan otros indicios objetivos de que puedan suponer un riesgo de transmisión de la enfermedad, prevé “el sometimiento a observación o a medidas de vigilancia del estado de salud, a examen médico o a pruebas diagnósticas” que serán lo menos intrusivos o invasivos posibles para lograr, prevenir o contener la propagación de la enfermedad (4.º).

- Un segundo grupo, relativo a las “medidas profilácticas de prevención de la enfermedad”, consistentes en el sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación o inmunización, con información, en todo caso, de los posibles riesgos relacionados con la adopción o no adopción de estas medidas (5.º), pues, como ha señalado MATÍA PORTILLA, cada persona tiene derecho a establecer las medidas que considere oportunas para su autodeterminación física y psíquica³⁵.

La Ley orgánica 3/1986 es la norma habilitante para su adopción en el desarrollo normativo que opera la ley autonómica, respetando la actuación preferentemente voluntaria establecida en la legislación básica. Además, el principio general de autonomía de la voluntad, que preceptúa la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cede en determinadas situaciones donde es posible realizar intervenciones de salud sin consentimiento de las personas interesadas; una de esas situaciones “es el riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por ley” y, “en todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley orgánica 3/1986, se comunicará a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de persona” (art. 9.2.a). Y así recogido en la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (art. 11.2.a)³⁶.

ello, la magistrada considera “improcedente” la petición y deniega la medida, si bien aclara que el padre de la menor puede pedir medidas cautelarisimas en la jurisdicción contenciosa (AGENCIA EUROPA PRESS, “Los juzgados deniegan los *habeas corpus* solicitados por padres de alumnos aislados en el hotel COVID de Palma”, *Diario La Ley*, 29/6/2021. Acceso web: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDAytDAwNTRQK0stKs7Mz7M1AooYmBlZggQyOypd8pNDKgtSbdMSc4pTASRQ0kc1AAAAWKE>, julio de 2021).

³⁵ La vacunación en España es con carácter general voluntaria y la Ley gallega, respetando este principio de voluntariedad, no establece la vacunación o inmunización obligatoria. No es lo mismo la obligatoriedad de la vacunación que regular los requisitos de la vacunación como una de las medidas preventivas que las autoridades autonómicas pueden adoptar para controlar las enfermedades transmisibles, con la finalidad de asegurar su correcta aplicación a la ciudadanía de Galicia (MATÍA PORTILLA, F.J., “Covid e intimidad”, Biglino Campos, M.P. y Durán Alba, J.F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 149).

³⁶ En esta línea, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 5 de Granada de 24 de noviembre de 2010, que confirmaba la vacunación forzosa, solicitada por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, por un brote de sarampión en un colegio por la negativa de unos padres a vacunar a sus hijos e hijas, basándose en el artículo 43.2 de la CE y en la Ley orgánica 3/1986 por el carácter abierto de estas medidas, exigibles y legitimadas por la defensa de la salud pública. Auto ratificado por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 2393/2013, que se basaba en que “la convivencia en un Estado social y democrático de derecho supone no solo el respeto de los derechos fundamentales a título individual, sino también que su ejercicio no menoscabe el derecho del resto de la sociedad que se rige por unas pautas de conducta que persiguen el interés general”.

En definitiva, la cláusula general de la Ley orgánica 3/1986 cubre la reserva de ley en esta materia, y en su aplicación caben medidas individualizadas y colectivas, siempre y cuando la situación revista la urgencia y necesidad que requiere esta norma y se respete la proporcionalidad estricta aplicable, así como la actuación preferentemente voluntaria requerida en la legislación básica. Además, la propia Ley gallega 8/2021 establece en este sentido que “se procurará siempre con preferencia la colaboración voluntaria de las personas afectadas con la autoridad sanitaria” (art. 38 ter.b). Y con todas las garantías preceptuadas en el artículo 38 ter para el supuesto de que la situación de salud pública lo exija, incluidas las judiciales. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO³⁷ se muestra contraria, pero la vacunación como medida adoptable es una medida de salud pública, con incidencia directa en la salud pública, por las consecuencias que puede acarrear en la salud en general ese posible transmisor, ya que la persona enferma es un agente transmisor o puede serlo y ello afecta a la colectividad. Prima, por lo tanto, el interés colectivo sobre el individual. Como conclusión, la Ley gallega recoge así la vacunación como una de las posibles medidas adoptables por las autoridades sanitarias gallegas. No impone en ningún caso la obligatoriedad de la vacunación.

– Un tercer grupo, relativo al “entorno inmediato y a las zonas afectadas”: las medidas de control del entorno inmediato de las personas enfermas o de las personas que estén o hayan estado en contacto con ellas, así como de las zonas afectadas, que detalla en el número 6, de acuerdo con los principios de precaución y proporcionalidad, y que podrán consistir, entre otras, en:

- i) limitación o restricción de la circulación o movilidad de las personas,
- ii) control de la entrada o salida de la zona afectada,
- iii) restricciones a las agrupaciones de personas,
- iv) cribado.

Asimismo, delimita estas restricciones a los desplazamientos y agrupaciones de personas que “nunca podrán ser absolutas”. Dentro de este grupo, es interesante reseñar el acotamiento de las medidas limitativas o restrictivas de la circulación o de entrada y salida de las zonas afectadas, así como el respeto a las competencias estatales en relación con el derecho de reunión en las restricciones a las agrupaciones de personas. En esta línea, el Consejo de Estado, en el dictamen 213/2021, de 22 de marzo, emitido en relación con el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley gallega 8/2021, precisa que:

- i) La limitación o restricción de la circulación o de entrada y salida de las zonas afectadas (art. 38.2.b.6.º i e ii), aunque «no está expresamente recogida en la

³⁷ UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D., “Spain: Compulsory vaccination possibly constitutional, probably not this way”, *Lex-Atlas: Covid-19. Blog Symposium on Mandatory Vaccination*, 3/05/2021. Acceso web: <https://lexatlas-c19.org/compulsory-vaccination-in-spain-possibly-constitutional-probably-not-this-way/> (julio de 2021).

- ii) Y, en relación con las restricciones a las agrupaciones de personas (art. 38.2.b.6.º iii), precisa que «la Ley 8/2008 de salud de Galicia deja en todo caso a salvo las competencias estatales en orden a la eventual prohibición de las reuniones en tránsito público, las manifestaciones, cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes, de conformidad con el artículo 21 de la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión»³⁸.

Por lo demás, todas estas medidas adoptadas para situación de pandemia ocasionada por la COVID-19 han demostrado su eficacia para la prevención de la salud, individual y colectiva, que es su fin primordial, como han constatado informes científicos y los datos facilitados por Estado y comunidades autónomas y que previamente se han aplicado con respeto a las competencias descentralizadas en países como el Reino Unido³⁹.

– Y un cuarto grupo, que se integra por la cláusula final abierta, comprensiva de aquellas otras medidas sanitarias justificadas y necesarias que, de acuerdo con los riesgos y circunstancias en cada caso concurrentes, se estimen adecuadas para impedir o controlar la propagación de la enfermedad, en función del estado de la ciencia y del conocimiento existente en cada momento, siempre con sujeción a los criterios y principios establecidos en la presente ley y, en particular, de acuerdo con el principio de proporcionalidad (7.ª).

Cláusula final abierta que justifica la exposición de motivos para permitir la adaptación a las circunstancias del caso, necesarias, como nos ha demostrado la situación actual con la pandemia de la COVID-19, si bien debe tratarse en todo caso de medidas rodeadas de las necesarias garantías, pues ello podría dificultar su fin primordial, que es la tutela de la salud pública y siempre con sujeción a los criterios y principios

³⁸ Además, en relación con las limitaciones puntuales de la libertad de circulación, el Tribunal Supremo, en la reciente Sentencia 719/2021, de 21 de mayo, resuelve, entre otros extremos, que: «El artículo tercero de la Ley orgánica 3/1986 ha de interpretarse conjuntamente con los artículos 26 de la Ley 14/1986 y 54 de la Ley 33/2011, y, así entendido, autoriza limitaciones puntuales de la libertad de circulación siempre que la Administración:

(i) acredite la existencia de una enfermedad transmisible grave que ponga en peligro la salud y la vida de las personas;
(ii) Justifique que esa limitación es imprescindible para impedir dicha transmisión por no haber otros medios eficaces para lograrlo;
(iii) Determine en función del número de enfermos y de su localización la extensión subjetiva y territorial de la limitación;
(iv) Que fije fundadamente el tiempo indispensable en que ha de mantenerse la limitación para impedir la difusión de la enfermedad». Y que “en definitiva la legislación sanitaria sí autoriza la limitación de la libertad de circulación siempre que se den estas condiciones”.

³⁹ Acceso web: <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/coronavirus-and-devolution> (julio de 2021).

establecidos en esta ley especialmente con el principio de proporcionalidad estricta. Estas garantías de concreción de las medidas preventivas con las garantías procedimentales requeridas para su adopción preceptuadas en el artículo 38 ter, sin perjuicio de la necesaria garantía judicial con arreglo a lo dispuesto en la legislación procesal aplicable, en todo caso serán medidas temporales, de duración determinada, que se fijará en cada caso de acuerdo con lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario⁴⁰.

El procedimiento de adopción es respetuoso con las previsiones de la normativa estatal aplicable (arts. 26.2 de la Ley 14/1986, y 54.3 de la Ley 33/2011), y en él se establecen –como explicita la exposición de motivos de la Ley gallega– «las garantías fundamentales de motivación, publicación, en su caso, cuando las medidas afecten a una pluralidad indeterminada de personas, y audiencia, si la medida afecta a una o varias personas determinadas, siempre que ello sea posible, garantizándose, si no lo fuese, su realización en un momento posterior. También se alude, entre otras cuestiones, al principio de precaución, que posibilitará la lícita adopción de las medidas cuando se ajusten a una adecuada evaluación del riesgo según la información disponible en ese momento. Se contemplan, asimismo, otros requisitos de importancia como la temporalidad de las medidas o la necesaria información a la población afectada. Junto a ello, se impone expresamente como límite absoluto el respeto a la dignidad de la persona y se contempla una serie de reglas sobre las medidas de posible adopción, como la relativa a que deben ser lo menos intrusivas e invasivas posible para lograr el objeto de salud pública, inspiradas también en lo dispuesto en el Reglamento sanitario internacional. Se contemplan, asimismo, siguiendo la línea de lo ya indicado en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, las reglas de preferencia por la colaboración voluntaria de las personas afectadas con las autoridades sanitarias, la prohibición de adopción de medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida y el mandato de que se utilicen las medidas que menos perjudiquen la libertad de circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualquier otro derecho afectado, junto con el necesario respeto al principio de proporcionalidad».

De este procedimiento, que en el caso alemán es admitido por PAPIER⁴¹ bajo estrictos condicionamientos, destacamos en el caso particular de medidas limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas un mayor grado de exigencia del requisito de proporcionalidad previsto en la adopción de medidas preventivas generales, con arreglo a los tres subprincipios que, conforme reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, integran este principio (idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta), siendo preceptiva su “justificación de manera expresa en la motivación” de las medidas, en los siguientes términos:

⁴⁰ Se significa además el mayor grado de exigencia del requisito de proporcionalidad en el caso particular de medidas limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas. Con carácter general, estas medidas se adoptarán con “la urgencia” que el caso requiera y “con independencia de las medidas provisionales que pudieran adoptarse de acuerdo con la legislación vigente en el seno de un procedimiento administrativo o con anterioridad a su iniciación”, ya que estas últimas, las medidas provisionales, se conectan a un procedimiento administrativo.

⁴¹ Solo si la ley es definida y clara aquellos sometidos a ella pueden respetar sus mandatos. PAPIER, H.-J., “Umgang mit der Corona-Pandemie: Verfassungsrechtliche Perspektiven”, *Bundeszentrale für politische Bildung*, 21/08/2020. Acceso web: <https://www.bpb.de/apuz/314341/verfassungsrechtliche-perspektiven> (julio de 2021).

- 1) Que las medidas sean adecuadas, en el sentido de útiles, para conseguir el fin propuesto de protección de la salud pública.
- 2) Que las medidas sean necesarias, en el sentido de que no exista otra medida alternativa menos gravosa para la consecución de dicho fin con igual eficacia.
- 3) Que las medidas sean ponderadas o equilibradas por derivarse de ellas más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en atención a la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales y libertades públicas y las circunstancias personales de quienes la sufren.

Por último, y no menos importante, añade que “la adopción de estas medidas requerirá la necesaria garantía judicial con arreglo a lo dispuesto en la legislación procesal aplicable”, que obviamente, como he tenido ocasión de estudiar en otro lugar, será competencia exclusiva de las Cortes Generales⁴².

La constitucionalidad de la Ley gallega se ve respaldada por el principio de conservación de la norma y, por ende, de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución. Es doctrina constante del Tribunal Constitucional que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución (STC 108/1986), de manera que será preciso explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, “ya que, si hubiese alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución, (...) resultaría procedente un pronunciamiento interpretativo de acuerdo con la exigencia del principio de conservación de la Ley” (STC 202/2003, FJ 6).

Resulta digno de ponderar el hecho de que un legislativo autonómico haya legislado para garantizar los derechos de los ciudadanos y limitar el ejercicio de las potestades administrativas, pues como ha señalado la doctrina es un aspecto que está en la esencia del parlamentarismo y que favorece la efectividad de los derechos fundamentales por las virtudes que aporta a la regulación su tramitación parlamentaria⁴³. En su día he afirmado que el carácter esencialmente normativo antes citado que tiene nuestra constitución pone particular interés en remarcar el control del poder político⁴⁴. Se ha dicho que una suerte de desconfianza hacia el poder político subyace en la redacción que los constituyentes quisieron dar a ciertos preceptos de la carta magna. Quizá ideas semejantes son las que ha tenido en cuenta el legislador

⁴² SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “La casación civil autonómica. Nuevos criterios para su pleno desarrollo”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 2, 2004, pp. 1.307-1.320.

⁴³ Así, NIEMBRO ORTEGA: “La legitimidad de las reglas emitidas por el Parlamento atiende a su producción en un procedimiento legislativo que se pueda considerar racional, es decir, en el que se asegure que todas las cuestiones, temas y contribuciones relevantes puedan hacerse oír, se aborden y elaboren en discursos y negociaciones sobre la base de las mejores informaciones y razones posibles” (NIEMBRO ORTEGA, R., *La argumentación constitucional de la Suprema Corte. A diez años de la reforma de derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2021, p. 34).

⁴⁴ SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “El Debate Constituyente”, *Revista Digital de la Asamblea Legislativa*, n. 4, 2003, p. 15. Aspecto, por otro lado, que ya apuntó con buen criterio el Estatuto de Galicia de 1936 cuando afirmó la superioridad parlamentaria sobre el poder ejecutivo, como incluyo en: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “A Arquitectura Xurídica do Estatuto do 1936 á vista da Hermenéutica do século XXI”, *1936. O estatuto esquecido*, Editorial Guiverny, Santiago de Compostela, 2016.

gallego cuando ha sido el primero en establecer un marco legal de aseguramiento de sus ciudadanos que impida la arbitrariedad del Ejecutivo al establecer unos límites de actuación en garantía de la efectividad del derecho fundamental a la salud.

Bibliografía

- AGENCIA EUROPA PRESS, “Los juzgados deniegan los *habeas corpus* solicitados por padres de alumnos aislados en el hotel COVID de Palma”, *Diario La Ley*, 29/6/2021.
- ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., “Reivindicación de la ley y exigencias consecuentes para el legislador de nuestro tiempo”, *Revista de las Cortes Generales*, n. 110, 2021.
- BELLIDO ASPAS, M., “La pandemia Covid-19 como elemento acelerador de la modernización de la justicia española”, *elderecho.com Noticias jurídicas y actualidad*, 21/06/2021.
- CORTESE, F., “Stato e Regioni alla prova del coronavirus”, *Le Regioni*, n. 48(1), 2020.
- COTINO HUESO, L. “La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid”, Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0004>.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “Estado autonómico y lucha contra la pandemia”, Biglino Campos, M.P. y Durán Alba, J.F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.
- DELGADO DEL RINCÓN, L.E., “Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia”, Biglino Campos, M.P. y Durán Alba, J.F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.
- GÓMEZ CORONA, E., “La desparlamentarización del sistema político español. De parlamentarismo excesivamente racionalizado a un Parlamento diluido”, *Revista de Derecho Político*, n. 111, 2021. <https://doi.org/10.5944/rdp.111.2021.31058>.
- LEPSIUS, O., “Protección de los derechos fundamentales en la pandemia del coronavirus”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 47, 2021.
- MATÍA PORTILLA, F.J., “Covid e intimidad”, Biglino Campos, M.P. y Durán Alba, J.F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.
- MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.
- NEKIT, K., “Restrictions of Private Property Right in Terms of the Covid-19 Pandemic: The Experience of the US, UK and Ukraine”, *The Age of Human Rights Journal*, n. 16, 2021. <https://doi.org/10.17561/tahrj.v16.6275>.

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

- NIEMBRO ORTEGA, R., *La argumentación constitucional de la Suprema Corte. A diez años de la reforma de derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2021.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A., “Vacunación generalizada y estado autonómico”, *El cronista del estado social y democrático de derecho*, n. 93-94, 2021.
- PAPIER, H.-J., “Umgang mit der Corona-Pandemie: Verfassungsrechtliche Perspektiven”, *Bundeszentrale für politische Bildung*, 21/08/2020.
- PENDÁS GARCÍA, B. (ed. lit.), *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI. Ciencias Políticas y Jurídicas (con especial referencia a la sociedad poscovid 19)*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.
- PRESNO LINERA, M., <https://twitter.com/PresnoLinera/status/1409759851014729728>.
- RUBIO NÚÑEZ, R., MARAÑÓN MARTÍN, L. y GONZALO ROZAS, M.A., “¿Existe el lobby ciudadano? Una experiencia de participación en el congreso de los diputados”, *Revista de las Cortes Generales*, n. 110, 2021. <https://doi.org/10.33426/rcg/2021/110/1573>.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “El debate constituyente”, *Revista Digital de la Asamblea Legislativa*, n. 4, 2003.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., *O Estatuto de Galicia: 20 anos de parlamento e xustiza constitucionais*, Edicións Xerais de Galicia, Vigo, 2003.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “La ordenación farmacéutica a la luz de la STC 152/2003 de 17 de Julio”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 3, 2003.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “La casación civil autonómica. Nuevos criterios para su pleno desarrollo”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 2, 2004.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “Las decisiones constituyentes y su revisión tras XXV años de jurisprudencia y vida constitucional”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 2, 2004.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “O estado social e democrático de dereito e as súas proxeccións parlamentarias no caso galego”, *REGAP: Revista Galega de Administración Pública*, vol. 1, n. 39, 2005.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “Significado y alcance de la técnica normativa”, *Revista Debate. Revista de la Asamblea Nacional de Panamá*, n. 15, 2008.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., *Manual de Dereito Constitucional. Prácticas para un estudo comprensivo da materia*, Universidade de Vigo. Servizo de Publicacións, Vigo, 2010.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “Administración pública, Constitución e protección Medio Ambiental en España”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, n. 1, 2011.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., *Cuestións de dereito estatutario de Galicia*, Guiverny Editorial, Santiago de Compostela, 2016.

- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “A Arquitectura Xurídica do Estatuto do 1936 á vista da Hermenéutica do século XXI”, 1936. *O estatuto esquecido*, Editorial Guiverny, Santiago de Compostela, 2016.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “COVID-19. Una visión desde el Parlamento de Galicia y su administración electoral”, *Corts. Anuari de dret parlamentari*, n. 34, mayo 2021.
- SOLDEVILA FRAGOSO, S., “El confinamiento general no supone un arresto domiciliario. Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Cristian-Vasile Terhes”, *Actualidad Administrativa*, n. 7-8, 2021.
- TOLOSA TRIBIÑO, C., “Problemas legales de la vacunación en España”, *Diario La Ley*, n. 9784, Sección Tribuna, 2021.
- UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D., “Spain: Compulsory vaccination possibly constitutional, probably not this way”, *Lex-Atlas: Covid-19. Blog Symposium on Mandatory Vaccination*, 3/05/2021.

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_julio-diciembre 2021 | pp. 457-467
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4823>
© Alice de Nuccio
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 06/08/2021 | Aceptado: 16/12/2021

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Políticas de impulso
demográfico na Comunidade
Autónoma de Galicia: a Lei
5/2021, do 2 de febreiro

Políticas de impulso demográfico en la Comunidad Autónoma de Galicia: la Ley 5/2021, de 2 de febrero¹

Policies of demographic
impulse in the Autonomous
Community of Galicia: Law
of 2 February 2021, n. 5

62 Regap

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

ALICE DE NUCCIO

Contratada predoctoral² en el Área de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

alice.denuccio@usc.es

Resumo: As políticas de impulso demográfico atópanse, nos últimos anos, entre as prioridades de actuación dos poderes públicos galegos. Co fin de dar resposta ás necesidades específicas da comunidade autónoma, o Parlamento de Galicia aprobou a Lei 5/2021, do 5 de febreiro, de impulso demográfico, cuxa estrutura e contido serán obxecto de análise neste traballo.

Palabras clave: Cambio demográfico, políticas de impulso demográfico, despoboación rural, organización administrativa.

¹ Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación: "Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación en el ámbito rural" (DESPORU), Ref.: RTI2018-099804-A-100. Financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Agencia Estatal de Investigación. Gobierno de España.

² Contrato predoctoral para la formación de doctores. Subprograma estatal de formación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidad. PRE2019-087874.

Resumen: Las políticas de impulso demográfico se encuentran, en los últimos años, entre las prioridades de actuación de los poderes públicos gallegos. Con el fin de dar respuesta a las necesidades específicas de la comunidad autónoma, el Parlamento de Galicia ha aprobado la Ley 5/2021, de 5 de febrero, de impulso demográfico, cuya estructura y contenido serán objeto de análisis en el presente trabajo.

Palabras clave: Cambio demográfico, políticas de impulso demográfico, despoblación rural, organización administrativa.

Abstract: In the last years, the policies of demographic impulse have become one of the Galician Public Powers' priorities of action. With the aim of giving answers to its specific needs the Galician Parliament has approved the Law of 2 February 2021, n. 5, about the demographic impulse, whose structure and contents will be object of analysis in this paper.

Key words: Demographic change, policies of demographic impulse, rural depopulation, administrative organization.

SUMARIO: 1 Marco competencial. 2 Ámbito de aplicación. 3 Políticas públicas para el impulso demográfico. 3.1 Tipología. 3.2 Líneas de actuación orientadas a lograr una mayor cohesión social. 3.2.1 Conciliación de la vida personal y familiar. 3.2.1.1 Medidas generales. 3.2.1.2 Medidas específicas para el sector público. 3.2.1.3 Medidas relativas al sector privado. 3.2.2 Apoyo a la juventud. 3.2.2.1 Educación. 3.2.2.2 Acceso al empleo. 3.2.3 Promoción del envejecimiento activo y saludable. 3.2.4 Retorno de emigrantes y atracción de nueva población. 3.3 Líneas de actuación orientadas a lograr una mayor cohesión territorial. 3.3.1 Servicios públicos. 3.3.2 Fomento de las iniciativas privadas. 3.3.3 La responsabilidad social territorial (RST). 4 La organización administrativa en materia de impulso demográfico.

1 Marco competencial

El tratamiento del problema demográfico que afecta a España y, en particular, a Galicia requiere de la adopción de medidas en ámbitos muy diversos. Así, en el marco de las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia, se ha aprobado recientemente la Ley 5/2021, de 2 de febrero, de impulso demográfico de Galicia (en adelante LIDG), que, a pesar de ser impulsada por la Consellería de Política Social, tiene por objeto diseñar las líneas principales de la política demográfica gallega de modo transversal.

En concreto, la LIDG, intervención legislativa necesaria y especialmente oportuna, estructurada en un título preliminar, dos títulos, divididos en tres y siete capítulos, ciento nueve artículos, dos disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y ocho disposiciones finales, contiene, por una parte, la regulación de una serie de instrumentos de planificación estratégica³, y, por otra parte, la disciplina de diversas medidas orientadas a resolver la cuestión demográfica de modo transversal. Así, su

³ Véase: "Estrategia para la prevención y detección precoz de la dependencia, horizonte 2020", "Plan de dinamización demográfica de Galicia 2013-2016, Horizonte 2016" y "Estrategia de inclusión social de Galicia 2014-2020", cuyos textos se pueden consultar en: <https://politicassocial.xunta.gal/es/recursos/planes-y-programas>; "Plan estratégico de Galicia 2015-2020", cuyo texto se puede consultar en: http://www.planestratexico.gal/es_ES/presentacion; "Programa de apoyo a la natalidad (PAN Galicia)", cuyo texto se puede consultar en: http://www.pan.gal/portada_tarxeta_cas.html; "Estrategia gallega de envejecimiento activo desde la innovación 2016-2020", cuyo texto se puede consultar en: <https://politicassocial.xunta.gal/es/recursos/publicaciones/esgaen-estrategia-galega-de-envejecimiento-activo-desde-innovacion-2016-2020>; "VII Plan estratégico de Galicia para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres 2017-2020" y "Plan gallego de conciliación y corresponsabilidad 2018-2021", cuyos textos se pueden consultar en: <http://igualdade.xunta.gal/es/programas>; y "Estrategia Retorna 2020", cuyo texto se puede consultar en: <https://emigracion.xunta.gal/es/estrategia-retorna-2020>.

finalidad última, tal y como se señala en el artículo 3.1, es «el impulso y la dinamización demográfica de Galicia mediante la ordenación y coordinación de las políticas públicas autonómicas y el fomento de la actuación conjunta de las administraciones públicas y de los distintos interlocutores sociales y económicos de Galicia», actuaciones todas ellas de crucial importancia en el contexto de una crisis demográfica que se extiende mucho más allá del ámbito autonómico y estatal, siendo hoy un fenómeno general de los países desarrollados.

Las previsiones de esta ley encuentran su fundamento, según se dispone en su exposición de motivos, en la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de fomento y planificación de la actividad económica (art. 30.I.1 del Estatuto de autonomía), así como en otros títulos competenciales más específicos, como el de régimen local, ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda, obras públicas, carreteras y transporte, puertos, montes, pesca, turismo, asistencia social y medioambiente (art. 27, números 2, 3, 7, 8, 9, 10, 15, 21, 23 y 30, del Estatuto de autonomía); régimen jurídico de la Administración pública de Galicia y régimen estatutario de su funcionariado y contratos (art. 28, números 1 y 2, del Estatuto de autonomía); industria, agricultura, ganadería y comercio (art. 30.I.2, 3 y 4 del Estatuto de autonomía); y educación y sanidad (arts. 31 y 33 del Estatuto de autonomía).

2 Ámbito de aplicación

La LIDG busca implicar en la compleja tarea de abordar el reto demográfico a todo el sector público autonómico y a las administraciones locales. Así se desprende de su artículo 2, donde se incluye en su ámbito subjetivo de aplicación tanto a la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y a las entidades públicas instrumentales del sector público autonómico como a las administraciones locales y a las entidades públicas vinculadas o dependientes de las mismas, sin perjuicio del necesario respeto a su autonomía constitucionalmente garantizada.

Asimismo, se extiende la aplicación de los principios generales de esta ley a las entidades instrumentales que no tengan naturaleza jurídico-pública pertenecientes al sector público autonómico, a las que, en todo caso, serán directamente aplicables los preceptos relativos al conjunto del sector público autonómico.

3 Políticas públicas para el impulso demográfico

3.1 Tipología

Tras enunciar los principios generales orientadores de las políticas de impulso demográfico, la LIDG fija, en su artículo 11, las políticas prioritarias para el impulso demográfico: a) políticas que faciliten la emancipación de la juventud con programas específicos que promuevan su acceso a empleos estables y de calidad y para el acceso a la vivienda; b) políticas de conciliación y corresponsabilidad que actúen

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

como palanca de participación de las mujeres en el mercado laboral, favoreciendo el incremento de los índices de fecundidad y evitando desequilibrios en la composición de las cohortes de edades susceptibles de formar una familia; c) políticas que apuesten decididamente por la diversificación económica en el medio rural, la reducción de las trabas burocráticas para el establecimiento de iniciativas empresariales y la garantía de acceso adecuado a los servicios para la población y las empresas que se establezcan en él; y d) políticas específicas de capacitación digital de toda la población del medio rural que le permitan estudiar, trabajar, comunicarse, atender a sus necesidades básicas y superar el aislamiento.

Asimismo, en el título II de la LIDG se identifican siete macroámbitos de intervención, abordados en sendos capítulos: criterios de actuación en materia de vivienda; apoyo a las familias; conciliación de la vida familiar, laboral y personal; apoyo a la juventud; retorno y atracción de nueva población; equilibrio territorial; promoción del envejecimiento activo y saludable.

Por lo tanto, son dos las líneas de intervención que parecen orientar las previsiones de la LIDG: la primera, la “perspectiva social”, centrada en las personas, con la que se pretenden alcanzar estándares altos de calidad de vida en cada una de sus fases (juventud, madurez y vejez); la otra, la “perspectiva territorial”, centrada en el territorio, con la intención de asentar y emplear a la población de manera equilibrada a lo largo de toda su extensión, es decir, de contribuir a la lucha contra la despoblación rural.

3.2 Líneas de actuación orientadas a lograr una mayor cohesión social

3.2.1 Conciliación de la vida personal y familiar

3.2.1.1 Medidas generales

La familia, de conformidad con el artículo 3 f) de la LIDG, se define como un núcleo estable de convivencia formado por una persona o una pareja unida por un vínculo conyugal o de afectividad análoga a la conyugal, de carácter jurídico o no, y las personas ascendientes, las que dependan de ellas por filiación, adopción, tutela o acogimiento y aquellas que tengan a su cargo.

El artículo 32 de la LIDG prevé un régimen de ayudas económicas para las familias con hijos, hasta que los niños cumplan 3 años —con una especial atención a aquellas que habitan en el medio rural y costero no urbano—, que se amplían en función de la situación económica familiar y del número de hijos⁴.

Junto a las anteriores, se prevén diferentes actuaciones en materia de mejora de las viviendas (art. 35), acceso a la red de transporte (art. 36) y a la educación infantil

⁴ De hecho, la Administración autonómica debe aprobar planes específicos de apoyo a las familias numerosas (art. 39) y monoparentales (art. 40).

0-3 (art. 37), pero no está claro si estas constituyen la materialización del régimen de ayudas económicas antes mencionado o si se añaden junto a las mismas.

Asimismo, partiendo de la premisa de que el cuidado de los hijos y de las personas dependientes es una responsabilidad tanto de los poderes públicos como de la sociedad civil⁵, la LIDG establece medidas destinadas a favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral, tanto en el sector público como en el privado.

3.2.1.2 Medidas específicas para el sector público

En el sector público, la normativa obliga a la Administración autonómica a intervenir en las condiciones en materia de promoción profesional, provisión, selección y contratación de personal y en las convocatorias con incidencia en esta materia para que la maternidad, la paternidad o el cuidado de personas dependientes no sean motivo de discriminación, ni el tiempo de inactividad profesional por razones determinadas suponga penalización, perjuicio o demérito. En relación con este último aspecto, se prevé la posibilidad de aplicar dicha previsión de forma retroactiva⁶.

En situaciones familiares específicas, de mayor duración que las anteriores, la LIDG fomenta la flexibilidad horaria y espacial del trabajo, promoviendo, por ejemplo, la fórmula del teletrabajo⁷.

3.2.1.3 Medidas relativas al sector privado

Los artículos 55 y siguientes contienen diversas medidas dirigidas al sector privado que coinciden, en esencia, con las que acaban de describirse. Estas medidas forman parte de los programas que la Administración está obligada a desarrollar en el ámbito de la responsabilidad social de las empresas, incluyendo ayudas destinadas a facilitar la conciliación de la vida familiar y profesional⁸.

Asimismo, se prevé el empleo de la contratación en el sector público autonómico para la consecución de estos fines, mediante la inclusión, en aquellos casos en que se utilicen una pluralidad de criterios para la adjudicación de un contrato y siempre que exista vinculación con su objeto, de un criterio referido a las políticas empresariales en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y corresponsabilidad que se apliquen en la ejecución del contrato, entendiendo por tales, entre otras, las que incorporen medidas de flexibilidad espacial, tales como

⁵ Véase el artículo 45.I de la LIDG.

⁶ Véase el artículo 51 de la LIDG.

⁷ Se trata, en particular, de las situaciones descritas en el artículo 52 LIDG: a) Tener hijos o hijas o personas acogidas menores de edad o hijos o hijas mayores de edad incapacitados judicialmente a su cargo; b) Convivir con familiares que, por enfermedad o avanzada edad, necesiten de asistencia o tener a su cargo a personas con discapacidad hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad; c) Ser víctimas de violencia de género las empleadas públicas. En las situaciones a), c) y de personal empleado público que se encuentre en un proceso de nulidad, separación o divorcio desde la solicitud de medidas provisionales previas, hasta transcurridos tres meses desde la citada demanda o, en su caso, desde la citada solicitud, el artículo 53 prevé que la Administración autonómica establezca una bolsa de horas de libre disposición para el cuidado de hijos o hijas menores de edad, personas mayores a cargo y personas con discapacidad hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad que necesiten la asistencia.

⁸ Véanse los artículos 55 y 56 de la LIDG.

el teletrabajo, o de flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo, mejoras de los permisos legalmente establecidos o beneficios sociales para la atención de las responsabilidades familiares⁹.

3.2.2 Apoyo a la juventud

Mucho más exiguo es el capítulo de la LIDG dedicado al apoyo a la juventud. Las medidas se centran, fundamentalmente, en dos objetivos: la educación y el acceso al empleo¹⁰.

3.2.2.1 Educación

En relación con la educación formal o reglada, como instrumento de desarrollo del proyecto de vida de los jóvenes gallegos, el artículo 62.1 de la LIDG atribuye a la Administración autonómica el deber de desarrollar una política educativa que tenga en cuenta las necesidades del mercado laboral y las potencialidades del territorio.

Menos genérico es el segundo párrafo del mismo artículo, en el que se facilita la salida del territorio de la comunidad autónoma para la mejora de las capacidades y la adquisición de nuevas competencias. No obstante, las medidas vinculadas a esta finalidad deben formar parte de un “plan de retorno” en Galicia, específico para la juventud, donde aprovechar las mismas capacidades y competencias.

Paralelamente, la educación no formal debe incluir programas de desarrollo personal que refuercen las capacidades transversales y programas de voluntariado destinados, entre otros, a la prestación de cuidados en el ámbito familiar¹¹.

3.2.2.2 Acceso al empleo

En el marco de las políticas de promoción de empresas, la Administración pública se encarga de la preparación de un plan específico, fruto de la colaboración con el «tejido asociativo» y los «agentes sociales», en el que se preverán incentivos y ayudas a la juventud para la creación de empresas o el autoempleo¹².

Para impulsar un «ecosistema de empleo» que atraiga a los jóvenes, se necesita desarrollar acciones específicas para promover las oportunidades de empleo en los sectores relacionados con la innovación, el desarrollo tecnológico, la creatividad y las tecnologías de la información y la comunicación¹³.

⁹ Artículo 57 de la LIDG: «este criterio habrá de valorarse como mínimo con el 10% de la puntuación máxima que pueda atribuirse a las ofertas, debiendo motivarse en el expediente la atribución de un porcentaje menor, que no habrá de ser inferior al 5% de la puntuación máxima».

¹⁰ Artículo 61 de la LIDG.

¹¹ Artículo 63 de la LIDG. A juicio de quien escribe, esta especificación no tiene nada que ver con la ayuda al desarrollo del proyecto de vida, incluido el aspecto familiar, de los jóvenes gallegos. Todavía sigue siendo, sin duda, una medida importante para el fortalecimiento de su sentido de solidaridad.

¹² Artículo 64 de la LIDG.

¹³ Artículo 65 de la LIDG. Hubiese sido interesante establecer cómo conjugar esta sección con las potencialidades del territorio sobre las cuales debe desarrollarse la política educativa, considerando la predominancia del territorio rural en Galicia.

3.2.3 Promoción del envejecimiento activo y saludable

En el capítulo dedicado al envejecimiento activo y saludable, tras la experiencia vivida con la epidemia de la COVID-19, cabe destacar la previsión de actuaciones especiales para «situaciones epidemiológicas de carácter extraordinario»: en estas circunstancias, la Administración autonómica promoverá la especial protección de las personas mayores a través de la aprobación de protocolos específicos de actuación en los centros de servicios sociales¹⁴.

Asimismo, en este ámbito cabe destacar las previsiones relativas a la «economía del envejecimiento», es decir, el conjunto de las actividades económicas destinadas a satisfacer las necesidades y demandas de las personas mayores. La Administración autonómica, en particular, está obligada a garantizar su cobertura, «a la vez que se aprovecha la oportunidad y potencialidad que aquellas suponen para la economía gallega»¹⁵. Esta previsión se ajusta al reciente *Libro verde sobre el envejecimiento. Fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones*, de 27 de enero de 2021, cuyo objetivo es «iniciar un amplio debate político sobre el envejecimiento con el fin de discutir opciones sobre cómo anticiparse y responder a los desafíos que plantea y las oportunidades que brinda»¹⁶. El aspecto más innovador de la mencionada Comunicación de la Comisión es, precisamente, la llamada «economía plateada»: «un cambio general de la demanda de productos y servicios que refleja las necesidades y preferencias específicas de las personas mayores»¹⁷. La economía plateada, por lo tanto, se convierte en una estrategia de revitalización de los territorios de la Unión para luchar contra el doble desafío de la despoblación y el envejecimiento demográfico.

Por último, el artículo 109 de la LIDG constituye un elemento de conexión entre jóvenes y mayores, que pretende reforzar las relaciones entre las generaciones, tanto en la lógica social de la solidaridad y responsabilidad recíproca como en la lógica identitaria/cultural de la transmisión de los conocimientos, de las tradiciones y de la lengua gallega.

3.2.4 Retorno de emigrantes y atracción de nueva población

El capítulo IV de la LIDG cuenta con una sección dedicada al fomento del retorno de la población gallega residente en el exterior y con otra relativa a la atracción de nueva población.

¹⁴ Artículo 102.3 de la LIDG. En este sentido, la teleasistencia avanzada, prevista en el artículo 103.3 de la LIDG, se ha demostrado esencial durante la epidemia de COVID-19.

¹⁵ Artículo 104 de la LIDG.

¹⁶ COM(2021) 50 final, cuyo texto se puede consultar en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/com_2021_50_f1_green_paper_es.pdf, p. 2.

¹⁷ COM(2021) 50 final, p. 9. La Comisión enuncia las posibilidades que presenta la economía plateada: empleo (turismo, los hogares inteligentes que contribuyen a una vida independiente, las tecnologías de asistencia, los productos y servicios accesibles, la robótica de servicios, el bienestar, la cosmética y la moda, la seguridad, la cultura, la movilidad personal y automatizada, y la banca), innovación científica y médica (más oportunidades para quienes desarrollan tecnologías y para los profesionales sanitarios y los cuidadores altamente cualificados, avances para responder al envejecimiento de la sociedad).

La primera prevé dos instrumentos: de un lado, programas de carácter cultural, lingüístico, educativo, sociosanitario y de refuerzo de los vínculos dirigidos a la población gallega residente en el exterior¹⁸; y, de otro lado, acciones de información, orientación y seguimiento de la persona y de su familia, tanto antes del regreso (en el país de procedencia) como después (tras su llegada a Galicia)¹⁹.

En la sección sobre la atracción de nueva población se prevé que la Administración autonómica determine los perfiles profesionales de los que la Comunidad y, en particular, el medio rural y costero no urbano²⁰ carece. Estos serán los puestos de trabajo ofrecidos a la hipotética nueva población²¹.

3.3 Líneas de actuación orientadas a lograr una mayor cohesión territorial

La regulación contenida en el capítulo VI de la LIDG está orientada por el principio del equilibrio territorial. Las medidas en él previstas tienen por objeto lograr una «ordenación equilibrada del territorio que garantice el acceso equitativo a las oportunidades y los servicios públicos y corrija las desigualdades entre los diferentes territorios de Galicia y las zonas de interior y de costa y, particularmente, la polarización entre el medio rural y urbano»²², y, con este fin, se disciplinan medidas jurídicas específicas para la lucha contra la despoblación rural que la Administración autonómica está obligada a desarrollar en el contexto de la ordenación del territorio²³.

Sustancialmente, para el equilibrio territorial, la LIDG encomienda a la Administración autonómica el desarrollo de actividades de servicio público y de fomento de las iniciativas privadas en el medio rural y costero no urbano. La planificación de estas actividades debe realizarse de una forma sostenible en términos sociales, económicos y ambientales, en coordinación con la Estrategia gallega de infraestructura verde y de la conectividad y restauración ecológicas, en el marco estatal y europeo sobre la economía azul y la economía circular.

3.3.1 Servicios públicos

Considerando que los desequilibrios demográficos se deben, en gran medida, a la distribución y la calidad de los servicios públicos en el espacio, las administraciones públicas de Galicia deben garantizar la accesibilidad por parte de toda la ciudadanía,

¹⁸ Artículo 70.1 de la LIDG.

¹⁹ Artículo 73 de la LIDG.

²⁰ Artículo 76 de la LIDG, denominado «Zonas de actuación prioritaria en el impulso demográfico».

²¹ Véase el artículo 73 de la LIDG.

²² Artículo 4.e) de la LIDG. El medio rural y costero no urbano está definido por el artículo 3.j) como las «zonas intermedias (ZIP) y zonas poco pobladas de Galicia (ZPP)», según la clasificación del grado y subgrado de urbanización de las parroquias gallegas realizada por el Instituto Gallego de Estadística.

²³ Sobre este tema, véase MIGUEZ MACHO, L., «La ordenación territorial y urbanística como instrumentos en la lucha contra la despoblación del medio rural. El caso de Galicia», *Práctica Urbanística*, n. 164, mayo-junio 2020.

con independencia de su lugar de residencia, a los servicios básicos de carácter educativo, sanitario, social y de justicia²⁴.

Con el fin de conseguir una mayor cohesión territorial y social, se contienen disposiciones relativas a los servicios de transporte (establecimiento de líneas de transporte regular o a demanda entre el medio rural y costero no urbano y el urbano) y telecomunicaciones (extensión de redes de acceso a Internet) en el medio rural y costero no urbano²⁵. Por lo tanto, parece que para el legislador autonómico estos representan, probablemente, los servicios sobre los que apostar para colmar el *gap* entre las zonas rurales y las zonas urbanas. Por último, cabe destacar la atención particular que se presta al servicio de educación infantil en los ayuntamientos con menos de cinco mil habitantes, donde la *consellería* competente en materia de política social deberá impulsar fórmulas de prestación de servicios que permitan dotarlos de recursos para la atención de los niños menores de 3 años.

3.3.2 Fomento de las iniciativas privadas

En el ámbito de las actividades de fomento, la Administración autonómica debe impulsar las actividades e industrias creativas y culturales vinculadas al territorio de Galicia, el turismo rural y las actividades agroforestales y marítimo-pesqueras²⁶.

Sobre este último aspecto, la actividad de fomento debe realizarse en el marco regulador de la Unión Europea y del Estado, plausiblemente a partir del pilar del desarrollo rural de la política agrícola común (PAC) y de los programas de desarrollo rural a nivel estatal y regional. Para asegurar el desarrollo sostenible de estas actividades productivas, su capacidad de asentamiento de la población y de redistribución económica debe aprovecharse mediante la recuperación de tierras abandonadas²⁷ o infrautilizadas y la gestión activa y multifuncional del monte y del campo gallegos²⁸. Precisamente a partir de la multifuncionalidad, como característica intrínseca de la agricultura campesina, es posible desarrollar la diversificación de la actividad

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

²⁴ Artículo 80 de la LIDG.

²⁵ Véanse, respectivamente, los artículos 81 y 82 de la LIDG.

²⁶ Véanse los artículos 88, 89, 91 y 92 de la LIDG.

²⁷ La recuperación de tierras abandonadas está relacionada con el tema de su acceso, para el cual la LIDG prevé su facilitación a través de los instrumentos previstos en la normativa autonómica sectorial (art. 90), y del impulso de las actividades agroforestales, a través del desarrollo de la figura de los «polígonos agroforestales» (art. 91.2). La Ley 11/2021, de 14 de mayo, de recuperación de la tierra agraria de Galicia, establece su regulación en el título V, capítulo I. De la letra de la ley se deduce que se trata de perímetros de tierra agroforestal en estado de abandono o infrautilización con capacidad productiva donde se persigue la puesta en producción o la mejora de la estructura territorial de explotaciones ya existentes. Como se lee en el artículo 68.1 de la ley, «el desarrollo de polígonos agroforestales podrá efectuarse mediante iniciativas públicas, a través de la Agencia Gallega de Desarrollo Rural, o de iniciativas privadas por medio de uno o varios agentes promotores productivos. En ambos casos será necesario disponer del acuerdo de las personas titulares de la superficie que represente, como mínimo, el 70 % de las tierras incluidas en el perímetro propuesto de polígono agroforestal».

²⁸ Sobre el tema de la agricultura multifuncional, *vid.* DE NUCCIO, A. y MONTEDURO, M., "Multifunzionalità dell'agricoltura per la rigenerazione delle aree rurali a rischio di desertificazione demografica, economica e socio-culturale", *Istituzioni del Federalismo*, n. 2, 2020, pp. 365-393.

económica y no es casual que la misma diversificación deba realizarse a través de estrategias que impulsen el respeto al medioambiente y al entorno e idiosincrasia del lugar²⁹.

3.3.3 La responsabilidad social territorial (RST)

Un incentivo no económico para la revitalización del medio rural y costero no urbano es la «responsabilidad social territorial» (RST). Se trata de un aspecto de la responsabilidad social corporativa de las empresas u organizaciones que tiene su reflejo en el conjunto de «las acciones [...] que supongan un incremento del empleo local, una valorización del patrimonio natural y cultural de la zona y/o una mejora de las condiciones de vida de la población residente en la zona de influencia»³⁰.

La ventaja para las empresas u organizaciones que obtienen el reconocimiento por parte de la Administración de la titularidad de la RST reside en la posibilidad de tener una ponderación específica en las convocatorias públicas o en el caso de otorgamiento de títulos habilitantes para actividades económicas³¹.

4 La organización administrativa en materia de impulso demográfico

En materia organizativa, la LIDG prevé la creación de diversos órganos con la finalidad de coadyuvar al cumplimiento de sus fines.

En primer lugar, se procede a la creación de la Comisión para el Impulso Demográfico, que el artículo 20.1 de la LIDG configura como «órgano de colaboración y cooperación de la Administración autonómica, los municipios y las diputaciones provinciales de Galicia en materia de impulso demográfico». A través de este órgano, se pretende reforzar y mejorar la coordinación inter e intraadministrativa, considerando que tiene las funciones de promover la colaboración y el intercambio de información en materia demográfica entre las antes mencionadas administraciones, facilitar el consenso en torno a las políticas de impulso demográfico y promover sistemas de cooperación y coordinación para la gestión integrada de las políticas públicas de impulso demográfico entre estas, y elaborar y aprobar la estrategia demográfica para el conjunto de las administraciones públicas de Galicia³².

En segundo lugar, se crea la Comisión Técnica para el Impulso Demográfico, que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21.1 de la LIDG, se configura como «órgano de la Administración general de la comunidad autónoma para la coordinación

²⁹ Véase el artículo 93 de la LIDG. Un ejemplo de actividad que puede desarrollarse a partir de la agricultura multifuncional es el comercio de proximidad, contemplado en el artículo 99 de la LIDG, es decir, cadenas de distribución cortas y de mercados locales.

³⁰ Artículo 101.3 de la LIDG.

³¹ Artículo 101.5 de la LIDG. A pesar de que el legislador gallego hace referencia a la "responsabilidad social territorial" como si fuera parte de la "responsabilidad social corporativa", la primera, en el plano sociológico, se considera una evolución de la segunda. Véase a este respecto el ensayo de DE LA PIERRE, S., "Dalla responsabilità sociale alla responsabilità socio-territoriale d'impresa", *Scienze del Territorio*, n. 6, 2018, pp. 94-108.

³² Artículo 20.3 de la LIDG.

de las políticas autonómicas de impulso demográfico y para asegurar la aplicación transversal y la incorporación efectiva de la perspectiva demográfica».

En tercer lugar, el Observatorio Gallego de Dinamización Demográfica, que, creado por el Decreto 104/2016, de 28 de julio, y disciplinado en el artículo 22 de la LIDG, se define como «el órgano colegiado de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia para el asesoramiento, la colaboración institucional y la participación social en materia de demografía en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia».

Bibliografía

- DE LA PIERRE, S., “Dalla responsabilità sociale alla responsabilità socio-territoriale d’impresa”, *Scienze del Territorio*, n. 6, 2018.
- DE NUCCIO, A. y MONTEDURO, M., “Multifunzionalità dell’agricoltura per la rigenerazione delle aree rurali a rischio di desertificazione demografica, economica e socio-culturale”, *Istituzioni del Federalismo*, n. 2, 2020.
- MIGUEZ MACHO, L., “La ordenación territorial y urbanística como instrumentos en la lucha contra la despoblación del medio rural. El caso de Galicia”, *Práctica Urbanística*, n. 164, mayo-junio 2020.

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_julio-diciembre 2021 | pp. 469-498
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4901>
© Francisco de Cominges Cáceres
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 17/01/2022 | Aceptado: 17/01/2022

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence

62 Regap

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES
Magistrado (Galicia, España)

f.cominges@poderjudicial.es

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Los ayuntamientos pueden cobrar por vía ejecutiva (apremio) créditos de derecho público frente a la Administración del Estado. 1.2 Convocatoria urgente de un pleno extraordinario. Límites. 1.3 Bonificaciones de Sogama a las administraciones locales en el servicio de tratamiento de residuos sólidos. Requieren de la rebaja efectiva de la tasa que se les cobra a los ciudadanos. Autotutela declarativa de Sogama para exigir su reintegro. 1.4 Potestad de recuperación de oficio del dominio público municipal. No cabe frente al incumplimiento de deberes urbanísticos (cesiones para ampliación de viario). Prescripción. 2 Contratos. 2.1 Prestaciones realizadas por encargo verbal sin procedimiento de contratación. Enriquecimiento injusto. Mala fe del contratista. 2.2 Revisión del régimen económico de la concesión municipal del transporte colectivo de viajeros. 2.3 Reclamación de intereses de demora en el contrato de gestión del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos. Peculiaridades del procedimiento extraordinario de pago a proveedores. Cómputo del plazo de prescripción en la reclamación de intereses. 3 Crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19). 3.1 Exigencia de pasaporte COVID. 3.2 Restricciones de circulación y reunión durante las fiestas navideñas. 4 Expropiación forzosa. 4.1 No

procede descontar del justiprecio del expropiado (propietario) las indemnizaciones correspondientes a los arrendatarios. 5 Medio ambiente y urbanismo. 5.1 Minoración de la servidumbre de protección de costas de 100 a 20 metros en los núcleos rurales. 5.2 Plazo de prescripción de las reclamaciones indemnizatorias (responsabilidad patrimonial) por la anulación de licencias urbanísticas. 5.3 Silencio administrativo en las solicitudes de licencia para obras mayores de nueva planta. 5.4 Recurso dirigido frente a resolución municipal desestimatoria de licencia por la previa denegación de la autorización sectorial autonómica preceptiva. No basta con impugnar la resolución final (municipal), debe recurrirse también la autonómica. 5.5 Falta de competencia profesional de los ingenieros técnicos industriales para suscribir proyectos de minigasolineras en régimen de autoservicio. 6 Personal. 6.1 Personal temporal. Consecuencias del abuso en la situación de temporalidad. 7 Procedimiento administrativo. 7.1 Acreditación de la representación de una entidad mercantil en la fase de interposición de recurso administrativo (alzada/reposición). Basta el certificado de firma electrónica habilitante para actuar electrónicamente. 8 Proceso contencioso-administrativo. 8.1 Legitimación pasiva de quien se persona en el proceso como codemandado. No cabe para un concejal de la oposición que únicamente pretenda defender los intereses de la corporación municipal. 8.2 Determinación de la cuantía en recursos frente a sanciones disciplinarias a funcionarios. 8.3 Responsabilidad patrimonial de las mutuas de enfermedades profesionales por asistencia sanitaria deficiente. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. 9 Responsabilidad patrimonial. 9.1 Por la anulación judicial de la prórroga de concesiones de transporte de viajeros por carreteras. Actuación administrativa razonada y razonable. Inexistencia de antijuricidad y de relación de causalidad. 10 Tributos. 10.1 Ordenanza fiscal municipal reguladora de la tasa sobre el ciclo integral del agua. Informe técnico-económico sobre el coste del servicio. 11 Universidades.

1 Administración local

1.1 Los ayuntamientos pueden cobrar por vía ejecutiva (apremio) créditos de derecho público frente a la Administración del Estado

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en su Sentencia de 19 de octubre de 2021 (rec. 2471/2019, ponente: Olea Godoy), resuelve en fase de casación un conflicto entre el Ayuntamiento de Nigrán y el Consorcio de la Zona Franca de Vigo (Administración del Estado), confirmando el derecho del primero (por medio del ORAL de la Diputación Provincial) a cobrar en vía ejecutiva (apremio) una deuda de naturaleza urbanística (líquida y firme). El alto tribunal en esta sentencia establece, como doctrina jurisprudencial, que:

«cuando en el desarrollo de un convenio interadministrativo, una de las Administraciones contratantes (acreedora) dicta un acto estableciendo una determinada deuda a satisfacer por la otra Administración contratante (deudora), y dicha declaración adquiere firmeza, no pudiendo ser impugnada en vía administrativa ni jurisdiccional, la Administración acreedora puede acudir al procedimiento de apremio, caso de que por parte de la Administración deudora no se atiende el requerimiento de pago de la deuda declarada por resolución definitiva; siempre que se reúna todos los presupuestos formales del mencionado procedimiento de ejecución y con los límites que comporta la salvaguarda de los bienes de dominio público que pudieran verse afectados en su tramitación».

Alcanza dicha conclusión tras considerar que:

«puede acudir al procedimiento de apremio una Administración pública para la afectividad de las deudas firmes, aun cuando el deudor sea otra Administración pública. Y ello por cuanto, como se razona en todas las sentencias citadas, no puede ser obstáculo a dicha autotutela el hecho de inembargabilidad de los bienes públicos, habida cuenta de los reiterados argumentos de que esa condición no excluye los bienes patrimoniales, como es sabido. Tampoco constituye una objeción el sugestivo argumento, complementario del anterior, de que se vería afectada la potestad presupuestaria, en el sentido de que, si para dicho apremio debe la Administración apremiada incluir créditos extraordinarios para el pago, comporta alterar dicha potestad, porque esa misma relevancia tendría excluir el cobro de la deuda por la Administración ejecutante, que sin tales ingresos ve alterada esa misma potestad presupuestaria.

(...) El hecho de que nuestra Ley procesal establezca una especial determinación de la competencia para cuando el objeto del recurso sea un convenio entre Administraciones públicas en nada afecta al debate de autos. En efecto, cuando el artículo 10.1º.g) y 11.1º.c) de la Ley Jurisdiccional atribuyen al conocimiento de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional el conocimiento de tales cuestiones, o incluso cuando se establece el peculiar régimen de admisión del recurso de casación que respecto de tales procesos se establece en el artículo 88.2º.h) de dicha Ley, en modo alguno afecta a la posibilidad de que se pueda ejercitar esa potestad de autotutela que el procedimiento de apremio comporta, sino una cuestión de política legislativa de sustraer esa materia al conocimiento de los Tribunales del Orden Contencioso que, conforme a las reglas generales de determinación de la competencia por la jerarquía de la Administración, constituye la regla primaria en dicha materia competencia. Es decir, con incidencia exclusivamente procesal y no con efectos materiales, como se pretende con el argumento que se expone en el escrito de interposición de este recurso.

Con todo, no está de más que dejemos constancia de que no es intrascendente el hecho de que la deuda apremiada traiga causa de un convenio interadministrativo y es esta una cuestión que debe quedar aclarada a los efectos de las peculiaridades que en presente proceso comporta.

Una primera cuestión es que si bien el procedimiento de apremio aparece regulado en la normativa tributaria y con relación a las deudas de esa naturaleza (artículos 163 y siguientes de la Ley General Tributaria, entre otras normas), es lo cierto que ese mismo procedimiento, en dicha regulación, es al que se acude en el artículo 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para la ejecución de cualquier otro acto administrativo cuyo contenido comporte. Esa circunstancia comporta que el procedimiento de apremio se independiza de la naturaleza de la deuda, de su origen (...). Lo que resulta relevante para la procedencia del procedimiento de apremio es, como manifestación de

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

la potestad de autotutela, que una Administración pública haya declarado, con carácter firme, la existencia de una deuda en favor de otro sujeto. Por tanto, es independiente que la deuda reclamada tenga una naturaleza tributaria o cualquier otra naturaleza para resultar procedente el procedimiento de apremio».

1.2 Convocatoria urgente de un pleno extraordinario. Límites

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) de 3 de noviembre de 2021 (rec. 4127/2021, ponente: Díaz Casales) confirma en apelación la de instancia anulatoria del pleno extraordinario y urgente celebrado en un ayuntamiento para aprobar su cuenta general. En primer lugar: «en atención a que la premura de su convocatoria, de tan solo 3 horas entre su convocatoria y su celebración, habría impedido el ejercicio de participación política del recurrente». Y, en segundo lugar, al no haberse acreditado en el proceso judicial la necesidad imperiosa de adoptar el acuerdo sin dejar transcurrir un plazo razonable entre la convocatoria y la celebración del pleno. Incide el tribunal en que:

«las administraciones públicas en sus actuaciones deben velar por no vulnerar los derechos ni de los ciudadanos ni de los miembros de sus órganos colegiados aunque éstos jueguen al límite con los plazos en el ejercicio de los mismos, por lo que solo una causa muy justificada y debidamente acreditada en el expediente podría permitir la celebración de un pleno de urgencia con tan solo 3 horas de antelación cuando, como advierte el apelado entre su informe por la Comisión Informativa (20 de enero de 2020) y la reunión de la Comisión para un nuevo informe previo a su sometimiento al Pleno (celebrado el 27 de febrero de 2020 a las 12:00) medió un tiempo más que sobrado cuyo ajuste hubiese permitido respetar el plazo general de antelación de 2 días entre la convocatoria y la celebración del Pleno».

1.3 Bonificaciones de Sogama a las administraciones locales en el servicio de tratamiento de residuos sólidos. Requieren de la rebaja efectiva de la tasa que se les cobra a los ciudadanos. Autotutela declarativa de Sogama para exigir su reintegro

Un ayuntamiento contrató en el año 2001 el servicio de gestión de residuos sólidos con la entidad mercantil de capital mayoritario público Sociedad Galega de Medio Ambiente (Sogama). Posteriormente se incrementó el precio (canon) de manera directa y unilateral por la disposición adicional 21 de la Ley gallega 11/2013, de 26 de diciembre. Más adelante, la Ley 3/2018, de 26 de diciembre, estableció la posibilidad de que los ayuntamientos obtengan una rebaja del 10 % del canon siempre y cuando rebajen de manera correlativa la tasa que les cobran a los beneficiarios del servicio. Este ayuntamiento se acogió a la bonificación. Pasado el tiempo, Sogama comprobó que no se había cumplido la obligación de rebaja de la tasa y obligó a pagarle el importe bonificado.

El TSJG, en su Sentencia de 3 de diciembre de 2021 (rec. 7076/2021, ponente: Villares Naveira), ratifica la actuación de Sogama. Considera, en primer lugar, que dicha mercantil ostenta la potestad para reclamar directamente el reintegro de la bonificación, sin necesidad de que intervengan funcionarios de carrera, al ampararse en:

«normativa habilitante con rango de lei que lle atribúe esta facultade, na Lei 11/2013, cuxa Disposición adicional vixésimo primeira, titulada “Garantía de viabilidade do sistema promovido pola Administración autonómica para a xestión institucional dos residuos domésticos” dispón que: “Catro. A xestión, a liquidación e o cobramento do canon unitario corresponderán á Sociedade Galega de Medio Ambiente, S.A., que deberá expedir mensualmente as facturas correspondentes ás entidades locais, e estas deberán aboalas nos termos previstos na Lei 3/2004, do 29 de decembro, pola que se establecen medidas de loita contra a morosidade nas operacións comerciais”. Esta lei complétase para o caso específico que nos ocupa coa Lei 3/2018, de medidas fiscais e administrativas, que modificando a norma anterior engade un apartado tres bis onde, no que agora interesa, establece que: “No suposto de que, no prazo sinalado no parágrafo anterior, non se achegase o dito certificado ou se constatase o incumprimento das condicións requiridas para o gozo da bonificación, será aplicable o canon ordinario sen bonificación, polo que a Sociedade Galega de Medio Ambiente, S. A. procederá a facturar antes do 30 de marzo o importe da bonificación aplicada o ano anterior”».

Y, en segundo lugar, concluye que la mera circunstancia de que ese ayuntamiento no hubiese incrementado la tasa de la basura a los usuarios cuando Sogama subió el precio no cumple la condición necesaria para la obtención de la bonificación:

«Os esforzos que o Concello fixese os anos anteriores á entrada en vigor da norma non poderán ser considerados ao non estaren contemplados como presuposto de cómputo nin proxectarse sobre o pasado, senón sobre o futuro, na seguinte anualidade á entrada en vigor da norma, tal como recolle o seu teor literal. Pero é que ademais, e non é un argumento menos, senón se cadra o máis importante, hai un aspecto teleolóxico ben glosado pola sentenza de instancia, que é o estímulo económico na rebaixa do recibo que para a cidadanía debe supor o esforzo derivado dunha conduta polo demais cívica como é a redución de volume de residuos xerados, así como o fomento da recollida selectiva. Esta finalidade aparece explicitamente recollida no parágrafo terceiro transcrito, polo que malamente pode haber nexos causal entre esforzo cidadán e redución do recibo se automaticamente se comprende o que o concello deducise en anos anteriores. Non se lle escapa á Sala o esforzo que para o Concello puido supoñer tal decisión nos anos 2013 e seguintes, sen dúbida guiada pola intención de aliviar a carga que para moitas economías familiares tiña o pago de determinados recibos polos servizos públicos nun contexto de crise económica, pero esa decisión é allea ás condicións en que o lexislador estableceu o réxime de bonificación descrito na norma litixiosa».

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

1.4 Potestad de recuperación de oficio del dominio público municipal. No cabe frente al incumplimiento de deberes urbanísticos (cesiones para ampliación de viario). Prescripción

La Sentencia de 3 de enero de 2022 (rec. 4221/2021, ponente: Recio González) clarifica que los ayuntamientos no se pueden valer de su potestad, imprescriptible, de recuperación de oficio de bienes de dominio público frente al incumplimiento por promotores urbanísticos del deber de cesión de suelo afecto a la ampliación de viario o zonas verdes públicas. Consecuentemente, la exigibilidad de ese deber se halla sometida a prescripción:

«De lo que aquí se trata es de determinar si realmente existe un bien de dominio público municipal cuya posesión haya de ser recuperada a través del ejercicio de la potestad administrativa conferida al Ayuntamiento de Fisterra en virtud de lo dispuesto en los arts. 82.a) LBRL y 7o RBEL. Y habrá de llegarse a la conclusión contraria puesto que del examen de las actuaciones lo que resulta es que no se ha acreditado que se haya usurpado la posesión de un bien de titularidad municipal –supuesto en que la acción de recuperación sería imprescriptible–, y sí una ejecución de unas obras de construcción de un edificio sin cumplir íntegramente con la obligación de cesión, que a su vez lleva a la conclusión de que nos hallamos ante una acción urbanística y a que la potestad de reposición de la legalidad urbanística está sujeta a un plazo que ha transcurrido».

2 Contratos

2.1 Prestaciones realizadas por encargo verbal sin procedimiento de contratación. Enriquecimiento injusto. Mala fe del contratista

El TSJG, en su interesante Sentencia de 12 de noviembre de 2021 (rec. 7071/2021, ponente: Villares Naveira), pone coto a la práctica irregular –extendida en las entidades locales– consistente en la contratación verbal “a dedo” de obras o servicios, con omisión total del procedimiento establecido, en la idea preconcebida de que se remunerarán en último término bien mediante un reconocimiento extrajudicial de créditos, bien mediante sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa de compensación de un “enriquecimiento injusto”.

La actora es una entidad mercantil habituada a contratar con la Administración. Solicitó en su demanda la condena al Ayuntamiento de O Porriño al pago de 352.000 euros por servicios de limpieza viaria ejecutados durante un año sin contrato alguno, por mero encargo verbal. La sentencia de instancia la desestimó, al apreciar culpa en la recurrente, así como falta de justificación del precio y de la encomienda supuestamente recibidos. Ahondó también en que este tipo de prácticas son:

«(...) muy graves, intolerables para una Administración pública, porque suponen:

– Una actuación administrativa consciente y groseramente ilegal. A estas alturas ninguna autoridad pública, ni funcionario puede ignorar que las contrataciones públicas precisan de una previa consignación presupuestaria y autorización del gasto. Y que las de importe relevante (como estos servicios) deben someterse a licitación.

– Un perjuicio notorio al interés público. La omisión de estos trámites vulnera los principios de control del gasto público establecidos en la normativa presupuestaria, así como los límites de endeudamiento municipal impuestos por el Estado. A mayor abundamiento, la falta de concreción de las calidades y características del servicio (en los correspondientes pliegos, omitidos) afecta a la eficiencia del servicio. La falta de licitación obliga a la Administración a aceptar un precio más caro que el que probablemente resultaría de una concurrencia competitiva, etc.

– Afecta también a los principios de libre competencia en la actividad económica, así como de interdicción de la arbitrariedad, igualdad y objetividad conforme a los que deben actuar las Administraciones públicas, consagrados respectivamente en los artículos 38, 9.3 y 103.1 de nuestra Constitución. La adjudicación directa y privilegiada del servicio a una determinada empresa, de manera clandestina (ni siquiera se formalizó por escrito), ha perjudicado a todas sus competidoras que podrían haber concurrido a su licitación. Por otra parte, esa práctica, de trato de favor o privilegio arbitrario a una empresa determinada, genera fácilmente supuestos de corrupción (contraprestaciones o favores personales a quien adjudica el servicio, o a su partido político)».

La posterior sentencia del TSJG citada confirma en apelación la de instancia, ahondando en los siguientes extremos:

«(...) a aplicación da doutrina do enriquecemento inxusto ao ámbito da prestación de servizos ou realización de obras fóra da Lei de contratos do sector público require cumulativamente os seguintes elementos:

a) O enriquecemento ou aumento do patrimonio do enriquecido, constituído por calquera vantaxe ou atribución patrimonial abocada a producir efectos definitivos.

b) O empobrecemento de quen reclama ou daquel en cuxo nome se reclame, pecuniariamente apreciable, aínda que entendido no seu máis amplo sentido, sempre que non proveña directamente do comportamento de quen o sofre.

c) A relación causal entre o empobrecemento e o enriquecemento, de forma que este sexa o efecto daquel. Ou, dito noutros termos que ao enriquecemento siga un correlativo empobrecemento.

d) A falta de causa ou de xustificación do enriquecemento e do correlativo empobrecemento.

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

e) a existencia de encargo por parte da administración ao particular, fóra do ámbito da Lei de contratos do sector público.

f) a concorrencia de boa fe na realización da prestación do servizo ou a realización da obra de que se trate, no sentido de entender que existía un deber de cooperar coa administración derivado de actos inequívocos desta».

Sobre la “mala fe” del empresario, concluye que:

«(...) Certamente no tráfico empresarial e da contratación pública é dificilmente imaxinable que nin unha soa empresa que actúe no mercado e moito menos quen nalgunha ocasión tivese contratado algunha vez coa administración poidan ignorar, aplicando a máis mínima dilixencia, que actúa á marxe do procedemento legal, salvando o caso moi excepcional de particulares que non tivesen hábito de contratación coa administración e fosen requiridos por esta, ou que existise erro sobre o carácter excepcionalmente urxente do contrato ou que fose por cantidades tan nimias que fose razoable a dúbida da necesidade de procedemento formalizado. Pero dende logo, nunca con cantidades do estilo das que estamos estudando, de máis de 40 mil euros mensuais, sostidas no tempo ao longo de oito meses, ou se temos en conta a referencia que consta en autos, mesmo de anos.

En consecuencia, debemos de coincidir co xuíz de instancia en que concorre culpa da vítima, sen ningunha dúbida.

A seguinte cuestión a desentrañar é se resulta relevante a concorrencia de culpas que alega a parte apelante, para recoñecer a viabilidade da institución e a resposta ha de ser negativa. En opinión da Sala a concorrencia de culpas o que é realmente é a proba da coautoría no ilícito administrativo, pero a mala fe coordinada de ambas partes non pode ter como efecto eximir na necesaria boa fe da parte que pretende valerse da institución, que lembremos ten por razón de ser indemnizar un dano que o empobrecido pola disposición patrimonial non ten o deber xurídico de soportar. Quen obra sabendo que fai o que non debe facer non pode pretender ser indemnizado por iso co argumento de que a contraparte tamén sabía que facía o que a lei non lle permite.

En consecuencia, non se pode apreciar a concorrencia da necesaria boa fe como presuposto de aplicación da institución».

2.2 Revisión del régimen económico de la concesión municipal del transporte colectivo de viajeros

El TSJG, en su Sentencia de 1 de octubre de 2021 (rec. 7093/2021, ponente: Paz Eiroa), anula en fase de apelación la resolución del Ayuntamiento de A Coruña de diciembre de 2018 que revisó el régimen económico de la concesión de transporte colectivo, establecido en el reglamento del servicio del año 2007, reduciendo la tarifa vigente

de 1,30 a 1,20 euros, imponiendo el transbordo universal gratuito, la gratuidad para menores de 13 años y otras medidas de ajuste económico, con el objetivo de alcanzar el equilibrio económico de la concesión.

La sentencia se motiva, en primer lugar, en la imposibilidad de aplicar retroactivamente el Reglamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera (que entró en vigor el 3 de diciembre de 2009). Y, en segundo lugar, en que:

«Se acordó revisar las tarifas “á vista” de un informe sobre el beneficio razonable del contrato elaborado por investigadores de la Universidad de La Coruña, una nota interna de la Asesoría Jurídica concluyendo que la evidencia de beneficios excesivos hace imprescindible adaptar las compensaciones por el servicio público al Derecho comunitario, un informe de la CNMC a solicitud del Ayuntamiento sobre las tarifas actuales y sobre la propuesta de revisión de tarifas, y un estudio de coste en aplicación de un beneficio razonable encargado por el Ayuntamiento a la vista del informe de la CNMC. El acuerdo reproduce al principio el contenido íntegro de los arts. 11 y 12 del Convenio sin explicar su aplicación (antes bien, ya lo hemos dicho, inicialmente se proponía dejarlos sin efecto); el acuerdo no aplica el régimen económico de la concesión. Se decide a la vista de informes sobre beneficio razonable solicitados, cuyo contenido se reproduce como razón única de la decisión. El acuerdo no viene motivado por el interés social, buscando el conseguir un Transporte urbano mejor y más eficaz y que sirva a la totalidad de los ciudadanos de La Coruña; ni por las circunstancias económicas y sociales relevantes en el servicio de transporte; tampoco por la garantía de un servicio público de transporte de viajeros seguro, eficaz y de calidad, en términos de la normativa comunitaria que aplica».

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

2.3 Reclamación de intereses de demora en el contrato de gestión del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos. Peculiaridades del procedimiento extraordinario de pago a proveedores. Cómputo del plazo de prescripción en la reclamación de intereses

La Sentencia del TS de 28 de junio de 2021 (rec. 867/2020, ponente: Díez-Picazo Giménez) desestima el recurso de casación interpuesto por la concesionaria del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos de un ayuntamiento gallego sobre liquidación de intereses de demora por retrasos en el pago de las facturas periódicas.

Analiza, en primer término, el requisito de “voluntariedad” sobre la renuncia al derecho de percibir intereses moratorios establecida en el Real decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, de pago a los proveedores de las entidades locales. Considera que la invocación de un vicio del consentimiento por la mercantil actora al acogerse a dicho mecanismo excepcional de pago requiere de su cumplida acreditación. Concluye asimismo que *«la sugerencia de que la grave crisis financiera de esos años es razón suficiente*

para demostrar la ausencia de consentimiento libre no es sostenible: ciertamente muchas entidades locales y muchos contratistas de las mismas padecieron serias dificultades económicas. Pero ésa fue precisamente la causa determinante de la creación del mecanismo extraordinario de pago a proveedores: paliar las dificultades que a todos afectaban. Así, lo requerido para acreditar la falta de consentimiento libre debe ser algo más, a saber: que el concreto contratista, por alguna circunstancia específica, no fue libre al adherirse a esa vía de cobro. De lo contrario, habría que concluir que todos los que se acogieron a esa posibilidad tuvieron –esta vez sí automáticamente– una voluntad viciada».

En segundo término, determina que en este tipo de contratos el plazo de prescripción de cuatro años para reclamar el pago de intereses de mora no se inicia en la fecha de finalización y liquidación del contrato, sino separadamente tomando como referencia la fecha de presentación de cada factura: *«en una obligación continuada, como es la de ocuparse de la recogida de los residuos urbanos, cada prestación es autónoma, en el sentido de que su realización correcta satisface el interés de la Administración titular del servicio público. Por consiguiente, los pagos periódicos al contratista se refieren –salvo prueba en contrario– a prestaciones ya íntegramente realizadas; no a partes de una única prestación que aún no se ha completado. Como corolario de ello, forzoso es concluir que el plazo para reclamar intereses de demora comienza a correr en el momento en que la Administración debió hacer cada pago parcial y no lo hizo».*

3 Crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19)

3.1 Exigencia de pasaporte COVID

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en su Sentencia de 14 de septiembre de 2021 (rec. 5909/2021, ponente: Teso Gamella, contiene voto particular), estima el recurso de casación interpuesto por la Xunta de Galicia contra el Auto del TSJG de 20 de agosto de 2021 que había denegado la ratificación de una orden del conselleiro de Sanidade en la que se impuso la obligación general, para poder acceder a determinados establecimientos abiertos al público, de disponer del certificado de vacunación del coronavirus o, en su defecto, del de haber superado una prueba diagnóstica de infección activa.

El alto tribunal concluye en dicha sentencia, en primer lugar, que este tipo de medidas precisan de ratificación judicial para poder llevarse a la práctica:

«(...) Teniendo en cuenta que los derechos fundamentales que, a tenor del auto que ahora se impugna, se ven afectados, por la medida sanitaria adoptada, son el derecho a la igualdad (artículo 14 de la CE), el derecho a la intimidad (artículo 18.1 de la CE) y el derecho a la protección de datos de la persona (artículo 18.4 de la CE). (...) Recordemos que el procedimiento previsto en los artículos 10.8, 87 ter y 122 quater, en fin, se refiere la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias que sean urgentes y necesarias para la salud pública y que “impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales”.

Pues bien, la interpretación sobre la limitación o restricción de tales derechos no puede realizarse en los términos que propone la Administración, pues supondría desnaturalizar la finalidad de dicho procedimiento que se introdujo en nuestra Ley Jurisdiccional tras la reforma por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre. La ratificación o autorización judicial únicamente puede obviarse cuando la falta de restricción o limitación de los derechos fundamentales es manifiesta, evidente, ostensible, indiscutible y palmaria».

No obstante, sobre la cuestión de fondo concluye también que las referidas medidas de la Xunta de Galicia son proporcionadas, hallándose suficientemente motivadas y procediendo su ratificación, por las siguientes razones:

«(...) A pesar del escueto contenido del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, en coherencia con las demás leyes antes citadas, hemos declarado su suficiencia como norma de cobertura de las medidas sanitarias que comporten alguna restricción de derechos fundamentales, por más que dicha restricción revista un carácter liviano, como en este caso. En concreto, cuando dispone que “con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

Téngase en cuenta, en fin, que lo que se pretende con la medida adoptada es evitar, o limitar, la transmisión de la infección, truncar la propagación de la Covid-19, interrumpir la cadena de contagios, mediante la simple exhibición de la documentación señalada al entrar en el interior de determinados establecimientos, según el nivel de restricción de la zona, según los términos municipales, que se fija en la propia Orden, a las personas que no padecen la infección por el SARS-CoV-2. (...).

La medida de exhibición de determinada documentación (...) resulta adecuada y acorde con las exigencias derivadas de protección de la salud, porque se refiere a locales donde la entrada es voluntaria y donde no se realizan actividades esenciales, a los que se tenga la obligación de acudir. No. Las personas pueden emplear su ocio de muy diversa forma, y naturalmente pueden acudir a dichos locales, o no, pueden preferir la terraza, o no, pero si se pretende ir al interior del establecimiento que es un espacio cerrado y normalmente poco ventilado, donde el riesgo de contagio se incrementa, ha de exhibirse la indicada documentación, que proporciona garantía, desde luego no absoluta, de no padecer en ese momento la infección SARS-CoV-2, según los informes que constan en las actuaciones y que más adelante veremos.

La exhibición de la documentación señalada no vulnera el derecho a la igualdad pues no se produce discriminación entre aquellos que están vacunados y los que

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

no lo están. Recordemos que la documentación reviste una triple modalidad, que resulta asequible a todos, de modo que quien no quiere mostrar si ha sido o no vacunado, teniendo en cuenta el carácter voluntario de la misma, puede presentar el resultado de la prueba PDIA o el test de antígenos, y desde luego el certificado de recuperación de la Covid-19 si ha pasado la infección.

En todo caso, concurre una justificación objetiva y razonable para permitir o no el acceso al correspondiente establecimiento, según se haya cumplido tal exigencia, pues se trata de la protección de la salud y la vida de las personas, mediante una medida de evita o restringe la propagación de la pandemia. Teniendo en cuenta, que tales diferencias de trato para ser discriminatorias deben carecer de esa justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios jurídicos atendibles, al basarse en razones que resulten jurídicamente relevantes, como es el caso cuando las situaciones comparables no resultan homogéneas por sus graves efectos respecto de la salvaguarda del derecho a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud.

Por su parte, el derecho a la intimidad, que protege ese reducto más reservado de las personas, esa esfera que se pretende mantener ajena a los demás, aparece condicionado a la propia actitud de la persona y el contenido y alcance de la información que se califica de íntima. Ahora bien, no parece que pueda esgrimirse la prevalencia de este derecho frente al derecho a la vida y a la protección de la salud pública, toda vez que la información sobre si se ha recibido la vacuna o no, en momentos en los que se atraviesa una pandemia, es una pieza básica y esencial para impedir la propagación de la infección por el SARS-CoV-2 y, por tanto, de la preservación de la vida y la salud de todos. Es cierto que se trata de una información médica, pero las connotaciones que impone la situación de pandemia, el carácter masivo de la vacunación y la solidaridad que comporta la protección y ayuda entre todos, devalúa la preeminencia de la intimidad en este caso. Además, no parece coherente que el derecho a la intimidad deba ceder frente a bienes jurídicamente protegidos como las investigaciones de la inspección tributaria (STC 110/1984, de 26 de noviembre), o la investigación de la paternidad (STC 7/1994, 17 de enero), y sin embargo haya de resultar preferente y prevalente frente a circunstancias tan graves y desoladoras para la vida y la salud pública como las que acarrea la Covid-19. Conviene tener en cuenta que la única información que se proporciona, según el tipo de documentación que se presente, es si ha recibido la vacuna o no, si tiene en ese momento la infección que provoca la pandemia, y si ya se ha recuperado de la enfermedad (...). En todo caso, el artículo 16.3 de la citada Ley 41/2002, establece una facultad desconocida en otros ámbitos, precisamente cuando se necesita prevenir un riesgo grave para la población, pues señala, respecto del contenido de la historia clínica, que cuando ello sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes

por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública, si bien el acceso ha de sujetarse a ciertas cautelas. Sin embargo, ahora de lo que se trata es de exhibir voluntariamente una documentación cuando se pretende entrar en el interior de determinados establecimientos de ocio, no se obliga, por tanto, a proporcionar datos médicos que se contienen sólo en las historias clínicas de los pacientes.

(...) Pues bien, respecto de este derecho fundamental a la protección de datos no se aprecia limitación alguna, cuando lo que se establece, para entrar en el interior de un determinado establecimiento, es la mera exhibición, es decir, enseñar o mostrar la documentación en cualquiera de las tres modalidades exigida. Sin que, desde luego, puedan recogerse los datos de los asistentes a tales locales, ni pueda elaborarse un fichero, ni hacer un tratamiento informático al respecto. Pues nada de esto se permite en la citada Orden que impone la medida. Al contrario, en la misma se advierte que se trata de “la exhibición” de dichos certificados en “el momento de acceso” al local, y expresamente establece una prohibición, pues “no se conservarán esos datos ni se crearán ficheros con ellos”. De modo que no concurre limitación alguna de este derecho fundamental.

Quizá mayor incidencia podría tener la medida sobre el derecho fundamental a la libre circulación de las personas, y sin embargo tal exigencia de exhibición de documentación ha sido implantada, en el seno de la Unión Europea, con carácter general en el Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado Covid digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia Covid-19. En el citado Reglamento se indica que resulta conforme con el Derecho de la Unión que los Estados miembros puedan limitar el derecho fundamental a la libre circulación por motivos de salud pública.

Del mismo modo que medidas similares se han autorizado, incluso con mayor amplitud, en otros países de la UE, como el caso de Francia, tras la Decisión n. 2021-824 DC de 5 de agosto de 2021, del Consejo Constitucional.

En concreto, el expresado Reglamento de la UE citado establece, en el considerando 13, que si bien el presente Reglamento se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de los Estados miembros para imponer restricciones a la libre circulación, de conformidad con el Derecho de la Unión, a fin de limitar la propagación del SARS-CoV-2, debe ayudar a facilitar la supresión gradual de dichas restricciones de modo coordinado siempre que sea posible, de conformidad con la Recomendación (UE) 2020/1475. Dichas restricciones podrían no aplicarse, en particular, a las personas vacunadas, según el principio de cautela, en la medida en que los datos científicos sobre los efectos de la vacunación son cada vez más accesibles y sistemáticamente concluyentes en relación con la interrupción de la cadena de transmisión (...).

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

El contenido de los detallados informes pone de manifiesto, con abundancia de datos científicos al respecto y mediante la identificación de las fuentes de sus aseveraciones, que la única medida eficaz posible, para proceder a la apertura de los locales de ocio, que proporcione un alto nivel de protección para la salud pública, es la implantación del denominado pasaporte covid, pues solo ella puede disminuir considerablemente el riesgo de contagio en dichos establecimientos. No es preciso, desde luego, que la medida que se postula, impida de modo absoluto cualquier tipo de contagio, es decir, que resulte infalible, pues no existe en el estado actual de la ciencia ese riesgo cero. Pero para la determinación de la idoneidad y necesidad de la medida es bastante que la misma resulte eficaz, apropiada y proporcionada, para alcanzar la finalidad de protección de la vida y la salud que resulte compatible con la realización de la actividad. El beneficio que proporciona la medida, respecto de la reducción significativa de los contagios, es muy superior al sacrificio que comporta la exigencia de presentar la documentación para el acceso al local. En definitiva, no se atisba ninguna medida que resulte más adecuada para salvaguardar la vida y la salud de los ciudadanos, en ese tipo de locales».

3.2 Restricciones de circulación y reunión durante las fiestas navideñas

El Auto del TSJG de 30 de diciembre de 2021 (rec. 7824/2021, ponente: Villares Naveira) ratifica las medidas especiales establecidas en la Orden de 29 de diciembre de 2021 de la Xunta de Galicia consistentes en la prohibición, hasta el día 18 de enero de 2022, de la reunión de personas en espacios de uso público entre las tres y las seis de la madrugada, así como la prórroga del “pasaporte COVID”, con las siguientes consideraciones:

«(...) As medidas que se propoñen nesta orde teñen o seu fundamento normativo na Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública; no artigo 26 da Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade; nos artigos 27.2 e 54 da Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública, e nos artigos 34 e 38 da Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia.

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. Así o declaramos xa no FX 3º do Auto n. 57/2021, de 12 de maio (DDFF n. 7224/2021), con reiteración da doutrina da Sala, postura que foi posteriormente ratificada na STS n. 719/2021, de 24 de maio (Recurso de Casación n. 3375/2021) no seu FX 4.D. (...).

Continuamos nunha situación epidemiolóxica, á vista do contido do Informe, que determina un risco de transmisión do virus neste momento crecente, acentuada

polo avance na prevalencia da variante Ómicron do virus e que ademais do dano intrínseco que causa á poboación afectada, ocupa progresivamente maiores recursos do sistema público de saúde de Galicia.

Así pois, considérase concorrente a existencia relevante do risco dentro do territorio de Galicia a día de hoxe que xustifica xenericamente a adopción de medidas que podan reputarse idóneas para conter a transmisión do virus (...).

Estamos ante a limitación do dereito constitucional de reunión previsto no art. 21.1. CE. Trátase dunha restrición modulada por dúas características: non é absoluta, porque en todo caso está vixente o dereito para persoas conviventes e acompáñase dun importante número de excepcións que a manteñen por razóns laborais, sanitarias ou doutra índole; e é limitada no seu horario, restrinxida a tres horas durante a madrugada, tempo que habitualmente se emprega de forma maioritaria para o descanso nocturno.

Así caracterizada, pódese falar dunha limitación tenue do dereito (por recoller a expresión empregada pola STS n. 1112/2021, de 14 de setembro, á que logo nos referiremos máis amplamente), tanto a nivel cuantitativo como cualitativo, o que non obsta para falarmos da existencia de pretensión de restrición do dereito fundamental, que se aborda na súa tensión con outro dereito fundamental: o dereito á vida e integridade física (art. 15 CE) e a maiores o dereito á protección da saúde (art. 43.1.CE) como principio reitor da política social. (...).

En consecuencia, da evidencia científica desprendida dos informes que foron analizados pola Sala e que constan nas anteriores resolucións, podemos inferir a eficacia da medida proposta arestora de limitación da permanencia de persoas entre as 3 e as 6 horas da madrugada. (...).

Con relación á situación anterior, a actual pretende a extensión da esixencia [do pasaporte COVID] a todo o horario de apertura e non restrinxilo só a partir das 21h. A Sala entende que esta extensión non muta a natureza e contornos do dereito afectado, e máis ao contrario, dende o punto de vista da eficacia, a medida amosarase máis eficaz na medida en que a situación de risco que se evidencia á hora de quitar a máscara para comer ou beber non é distinta en función da hora do día en que se produce, polo que a ampliación á totalidade do horario de apertura dotaraa de máis eficacia ao impedir que xente sen vacinar (ou nas súas situacións alternativas) entre ao local respirando aire potencialmente infectado ou infectar potencialmente a outros cidadáns que compartan o espazo pechado. (...).

Non existe forma non farmacolóxica menos invasiva de conter a expansión do virus que limitando o número de persoas reunidas, circunscritas, no caso de autos, a un período horario que atenúa moito o sacrificio do dereito de reunión, polo que se entende concorrente, por inferencia dos datos que constaron noutros

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

procedementos, a necesidade da medida. (...) A ampliación da medida a todo o horario de apertura non modifica os parámetros do xuízo de necesidade, que baseado nos estudos que constan en anteriores informes que xustificaron a autorización xudicial, enténdese por inferencia do alí razoado, que concorren tamén no suposto de autos. (...).

No caso de autos, a Sala considera que concorre a proporcionalidade entre ben a protexer e sacrificio do dereito por dúas consideracións adicionais: dunha banda, a situación epidemiolóxica é notoriamente peor no conxunto do país; doutra, a tendencia é alza e non á baixa; o elenco de excepcións á restrición é superior ás concurrentes no mes de maio e o carácter altamente transmisivo da previsiblemente prevalente xa nestes momentos variante ómicron.

En consecuencia, e neste caso, non só por inferencia de situacións anteriores senón tamén polos datos que achega o Informe da Consellería de Sanidade, cabe concluír a proporcionalidade da medida proposta, que polo demais se predica dunha hora menos da franxa xa acordada no mes de maio. (...).

No caso de autos, a Sala considera que a extensión do control de acceso a todo o horario de apertura non supón un sacrificio adicional substancial de dereitos que mereza unha ponderación diferente, non só porque o aumento de horas de control non cambie a natureza da restrición, senón porque tamén no último mes autorizamos en horarios diúrnos a restrición de accesos mediante este mesmo tipo de control a outros establecementos pechados onde nin sequera existe a dispensa de retirar a máscara (concretamente, centros hospitalarios, hospitais de día, hoteis de pacientes e centros sociosanitarios residenciais de maiores e de persoas con discapacidade, albergues turísticos, práctica de actividade física e deportiva non federada en centros ou instalacións deportivas pechadas e piscinas cubertas, eventos multitudinarios ou aqueles que teñan autorizada a venda de alimentos ou bebidas para o seu consumo durante os mesmos. Vid. neste sentido o ATXG de 15/12/2021 ditado no procedemento DDF n. 7725/2021) e anteriormente no ATXSG de 3/12/2021 ditado no DDF n. 7772/2021 referido a acceso aos centros hospitalarios das visitas e acompañantes dos pacientes hospitalizados). Por este motivo, con maior razón neste caso debemos ratificar a proporcionalidade entre dereitos en tensión».

4 Expropiación forzosa

4.1 No procede descontar del justiprecio del expropiado (propietario) las indemnizaciones correspondientes a los arrendatarios

La Sentencia del TS de 22 de septiembre de 2021 (rec. 293/2020, ponente: Olea Godoy) estima la casación y revoca la del TSJG impugnada, concluyendo que: «*no es admisible, en ningún caso, que con ocasión de la expropiación de una finca que se encuentre arrendada por el propietario, la indemnización por la extinción del arrendamiento en favor del arrendatario como consecuencia de la expropiación, pueda reducir el justiprecio fijado a la propiedad, debiendo abonar dicha indemnización al arrendatario la Administración expropiante o, en su caso, el beneficiario de la expropiación*». Consecuentemente, en su fundamento de derecho “tercero”, declara la nulidad del artículo 6.2º.b) del Reglamento de valoraciones de la Ley del suelo, aprobado por Real decreto 1492/2011, de 24 de octubre (RVSL), en el que se establecía la regla contraria.

5 Medio ambiente y urbanismo

Regap

5.1 Minoración de la servidumbre de protección de costas de 100 a 20 metros en los núcleos rurales

La disposición transitoria primera de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral, permitió que, durante un determinado período tras su entrada en vigor, los ayuntamientos costeros instasen la reducción de la servidumbre de protección de costas de 100 a 20 metros en perpendicular a la ribera del mar en los núcleos que no se hallaban clasificados como suelo urbano en 1988, cumpliendo ciertas condiciones.

El TS, en su Sentencia de 2 de diciembre de 2021 (rec. 4501/2020, ponente: Román García), interpreta dichas condiciones respecto de una solicitud formulada por el Ayuntamiento de Sanxenxo, concluyendo su incumplimiento. La sentencia fija la siguiente “doctrina jurisprudencial”:

«(...) la expresión “núcleos o áreas delimitados por el planeamiento”, contenida en la D.T.1ª apartado 2 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, debe interpretarse en el sentido siguiente:

(i) Es válida la delimitación realizada con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley de 1988 respecto de los terrenos que, en ese momento, reunían alguno de los requisitos indicados en los apartados a) y b) de la DT 1ª.1 de la Ley de 2013.

(ii) También cabría admitir la delimitación realizada después de esa fecha, en el periodo comprendido entre la entrada en vigor de 1988 y la entrada en vigor de la Ley de 2013, pero en este caso la delimitación solo será válida respecto de aquellos terrenos que, a la entrada en vigor de la Ley 22/1988 reunieran alguno de los requisitos indicados en los mencionados apartados a) y b) de la DT1^a.1 de la Ley 2/2013, y ello siempre y cuando, además, se justifique el cumplimiento de los requisitos indispensables exigidos en la DT 3^a.3.2^a de la Ley 22/1988 para el otorgamiento excepcional de las autorizaciones allí mencionada».

5.2 Plazo de prescripción de las reclamaciones indemnizatorias (responsabilidad patrimonial) por la anulación de licencias urbanísticas

El TS, en su Sentencia de 10 de julio de 2018 (rec. 1548/2017, ponente: Fernández Valverde), acuñó una nueva línea jurisprudencial sobre este particular, precisando que: *«como regla general, debe ser la fecha de la firmeza de la sentencia anulatoria del acto o disposición impugnados la que determina el inicio del plazo anual previsto para la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de tal anulación, sin que pueda ser considerada como tal la fecha de la demolición del inmueble construido al amparo del acto o disposición impugnado»*.

En su posterior Sentencia de 17 de octubre de 2019 (rec. 5924/2017, ponente: Tolosa Tribeño) matizó su criterio, en el sentido de considerar que, si tras la sentencia anulatoria de la licencia se produce la legalización de la actuación urbanística y esta vuelve a anularse por otra sentencia firme posterior, será la fecha de esta última la que se tomará como referencia de inicio del cómputo del referido plazo de prescripción.

Finalmente, en su reciente Sentencia de 22 de septiembre de 2021 (rec. 1913/2020, ponente: Román García), referida a Galicia, el alto tribunal añadió la siguiente precisión:

«(...) para la fijación del momento inicial del plazo de prescripción para exigir la responsabilidad patrimonial derivada de la declaración de nulidad de una licencia que conlleva la demolición de lo ilegalmente construido deberá atenderse, en cada caso, a las circunstancias concurrentes en el concreto supuesto contemplado, de manera que si el interesado estuviera personado en el procedimiento, habrá que estar a la fecha en que le fuera notificada la sentencia firme anulatoria que le afectaba y, en caso de que no estuviera personado en aquél, a la fecha en que conoció o razonablemente pudo conocer el contenido de dicha sentencia».

Es de suponer que la jurisprudencia del Tribunal Supremo continuará evolucionando, dados los problemas prácticos y de justicia material que genera este criterio de no aplicar como *dies a quo* del plazo prescriptivo la fecha de la efectiva demolición del edificio construido al amparo de la licencia anulada.

5.3 Silencio administrativo en las solicitudes de licencia para obras mayores de nueva planta

La Sentencia del TSJG de 29 de octubre de 2021 (rec. 4183/2021, ponente: Martínez Quintanar) concluye que en las peticiones de licencia de obras mayores para la legalización de una construcción de nueva planta (vivienda erigida clandestinamente y luego reconvertida en instalación agrícola) el silencio administrativo producido es en todo caso negativo, se ajuste o no el proyecto a la normativa urbanística aplicable:

«(...) El art. 11.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana estableció: “Con independencia de lo establecido en el apartado anterior, serán expresos, con silencio administrativo negativo, los actos que autoricen: (...) b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta”. La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) n. 143/2017, de 14 de diciembre confirma la constitucionalidad del silencio negativo en el caso de obras de edificación de nueva planta, y la matiza en relación con la construcción e implantación de instalaciones, indicando en su fundamento de derecho n. 23 que:

*“En el caso de la edificación, la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación, establece una serie de requisitos básicos de la edificación destinados a garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente (art. 3), al amparo del artículo 149.1.16, 21, 23 y 25 CE (disposición final primera), los mismos títulos que amparan al Estado para determinar, como especialidad *ratione materiae*, el carácter negativo del silencio de la autorización que exige para este tipo de uso del suelo. No cabe llegar, sin embargo, a la misma conclusión en lo que se refiere a otras construcciones e instalaciones que carecen del carácter de edificación, excluidas, en consecuencia, de la Ley de ordenación de la edificación. En estos casos, cuando la construcción o implantación tiene lugar en suelo urbano o urbanizable, la autorización se limitará a verificar la adecuación del proyecto al planeamiento urbanístico vigente. En el caso del suelo rural, además de la verificación de legalidad, concurre la finalidad prevista en la legislación de preservar sus valores medioambientales. Es, por ello, que la regulación del silencio negativo no será inconstitucional, con base en el título competencial del artículo 149.1.23 CE, en los supuestos de “construcción e implantación de instalaciones” contemplado en el apartado b) pero solamente cuando las actividades y usos urbanísticos cuya autorización se solicita se lleven a cabo en suelo rural cuya transformación urbanística no esté prevista o permitida. Esta interpretación de conformidad se llevará al fallo. Interpretación de conformidad que debe extenderse también al artículo 11.4 b) del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana”.*

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

La STC 75/2018, remitiéndose a lo declarado en la STC 143/2017, de 14 de diciembre, declara que es conforme con la Constitución la imposición del silencio administrativo negativo para la autorización de construcción e implantación de instalaciones que carecen del carácter de edificación, siempre que las actividades y usos urbanísticos cuyo permiso se solicita se lleven a cabo en suelo rural que no esté previsto transformar.

En el presente caso se pretenden legalizar unas obras que se subsumen de forma evidente y nítida en el concepto legal de edificación, a la vista del proyecto presentado, de las fotografías adjuntas al mismo, de su complejidad y su entidad constructiva –que nos sitúa en el ámbito de la licencia de obras mayores–. (...) Tanto por número de plantas (sótano y bajo), como por tipología de su apariencia externa (constatada por la APLU, como vivienda unifamiliar), por la finalidad pretendida con el proyecto de legalización (acondicionamiento de esa construcción de apariencia residencial para destinarla a una actividad apícola), como por superficies construidas, como por presupuesto de ejecución de las obras, como por la índole de las obras ejecutadas y las que se encuentran pendientes, es evidente e innegable que se trata de una edificación de nueva planta, una obra de nueva construcción, no siendo subsumible dentro del concepto de “construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta”, del inciso final del art. 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, previsto para la exclusión del concepto de edificación de determinadas obras, a los efectos de dicha Ley 38/1999, y que no puede ser utilizado para negarle a las obras para las que se solicitó licencia el carácter de edificación, como obra de construcción de nueva planta (...). Se trata de uno de los supuestos en los que la ley establece el carácter negativo del silencio, con independencia y al margen de que el proyecto cumpla o no lo dispuesto en la normativa urbanística aplicable. Así resulta de lo preceptuado en la normativa básica estatal. El art. 24.1 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas no altera esta conclusión, ya que conforme al mismo “En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, (...), el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario”; y en este caso una norma con rango de ley, aplicable al caso, establece el carácter negativo del silencio».

5.4 Recurso dirigido frente a resolución municipal desestimatoria de licencia por la previa denegación de la autorización sectorial autonómica preceptiva. No basta con impugnar la resolución final (municipal), debe recurrirse también la autonómica

Así lo ha concluido el TSJG en su Sentencia de 8 de octubre de 2021 (rec. 4133/2021, ponente: Martínez Quintanar), con el siguiente razonamiento:

«Si el solicitante de la licencia municipal pretende la obtención de esta, ha de asegurarse la obtención de la autorización sectorial preceptiva, en este caso de la Consellería de Cultura. Esa autorización sectorial, aunque sea un requisito de previa y preceptiva observancia para la obtención de la licencia, no es propiamente un acto de trámite del expediente municipal de licencia, sino que es la resolución de un procedimiento administrativo distinto, el conducente a obtener la autorización sectorial, con su sustantividad propia, competencia de otra Administración autonómica, distinta a la municipal que tramita y resuelve sobre la licencia, que termina con una resolución definitiva que pone fin a ese expediente autonómico, la cual tiene su propio régimen de recursos, de lo cual el aquí apelante era conocedor, porque de hecho la recurrió en alzada. Tras la desestimación del recurso de alzada le correspondía, si pretendía conseguir la licencia municipal, recurrir jurisdiccionalmente la denegación de la autorización sectorial de la Consellería de Cultura, y no consta que lo haya hecho, y esto es lo decisivo, porque resulta contrario a derecho que el Concello otorgue la licencia si previamente no se ha obtenido la autorización sectorial preceptiva que es requisito de validez para que la licencia municipal pueda ser otorgada, y con ocasión de este procedimiento solo se puede analizar la validez de la resolución municipal –única recurrida– y no la dictada por otra Administración en la resolución de otro expediente.»

Se trata de expedientes distintos, cada uno con un acto resolutorio dictado por una Administración distinta, siendo distintos los recursos que proceden contra los mismos, incluso desde el punto de vista de la competencia jurisdiccional. Aunque el procedimiento autonómico sectorial tenga la virtualidad de condicionar la posibilidad de resolver favorablemente el expediente municipal, la resolución de ese procedimiento autonómico no es propiamente un acto de trámite del expediente municipal de licencia, tiene una sustantividad propia, y con ocasión del recurso contra la licencia municipal no se puede entrar a analizar la validez de un acto distinto, dictado por una Administración distinta, en el ejercicio de sus competencias de protección del patrimonio cultural, ya que esa pretensión comportaría una desviación procesal (...)».

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

5.5 Falta de competencia profesional de los ingenieros técnicos industriales para suscribir proyectos de minigasolineras en régimen de autoservicio

La Sentencia del TS de 15 de noviembre de 2021 (rec. 6706/2020, ponente: Huet de Sande) confirma en casación la anulación de una licencia de obra concedida por un ayuntamiento gallego para la instalación de una gasolinera en régimen de autoservicio, por haber sido redactado su proyecto técnico por ingeniero técnico industrial, en lugar de por un ingeniero superior. Concluye así el tribunal que:

«(...) la concreta unidad de suministro de combustible para vehículos a motor proyectada es una obra compleja en la medida en que están concernidas muy diversas materias que no son abordadas por los estudios propios de la titulación de Ingeniería Técnica Industrial, pues no cabe entenderlas comprendidas ni en las enseñanzas básicas o comunes a cualquiera de las especialidades de la Ingeniería Técnica Industrial (...) ni, en su integridad, en ninguna de sus especialidades (...). [con esta conclusión] no podemos entender conculcado el principio de libertad de acceso y ejercicio de las actividades de servicios establecido en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre».

6 Personal

6.1 Personal temporal. Consecuencias del abuso en la situación de temporalidad

El TS, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2021 (rec. 3320/2019, ponente: Teso Gamella), constata que el Servicio Galego de Saúde de la Xunta de Galicia (Sergas) abusó de la demandante mediante vínculos concatenados de personal eventual temporal prolongados durante más de diez años, contraviniendo lo dispuesto en la cláusula 5.^a del Acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES) –*Diario Oficial de la Unión Europea* de 10/07/1999–. La sentencia especifica las consecuencias de dicha actuación fraudulenta en estos términos:

«(...) en presencia de una situación objetivamente abusiva a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, ni esta disposición ni la legislación española prevén que la persona que se halla en dicha situación tenga derecho a la transformación en fija de su relación estatutaria de servicio de carácter no fijo. Por lo que añadimos que a la vista de cuanto queda expuesto, la respuesta a las cuestiones de interés casacional objetivo es la siguiente:

1. Una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo que se prolonga ininterrumpidamente durante más de diez años sin que la Administración haya

mostrado que estuviera destinada a algo distinto que cubrir una necesidad permanente, constituye una utilización objetivamente abusiva del trabajo de duración determinada, a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

2. Las consecuencias jurídicas de una situación contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco son las expuestas en las sentencias de esta Sala n. 1425/2018 y n. 1426/2018, de 26 de septiembre de 2018, a saber: el derecho a la subsistencia de la relación de empleo –con los correspondientes derechos profesionales y económicos– hasta que la Administración cumpla debidamente lo dispuesto por el art. 10.1 del Estatuto Básico del Empleado Público y el derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración con arreglo a las normas generales de ésta.

3. Ni la cláusula 5 del Acuerdo Marco ni la legislación española prevén que la persona que se halla en una situación de utilización objetivamente abusiva del trabajo de duración determinada tenga derecho a la transformación en fija de su relación estatutaria de servicio de carácter no fijo».

7 Procedimiento administrativo

Regap

7.1 Acreditación de la representación de una entidad mercantil en la fase de interposición de recurso administrativo (alzada/reposición). Basta el certificado de firma electrónica habilitante para actuar electrónicamente

La Xunta de Galicia inadmitió numerosos recursos administrativos formulados por empresas de transporte contra resoluciones de la Consellería de Infraestructuras e Mobilidade por falta de acreditación de la representación de dichas entidades mercantiles por quien suscribía los recursos. El Tribunal Supremo, en sus sentencias de 28 de septiembre y 25 de octubre de 2021 (recs. 1379/2020 y 706/2020, ponentes: Córdoba Castroverde y Riego Valledor), censura el criterio formalista de la Administración autonómica, obligándole a aceptar la representación y fijando la siguiente doctrina jurisprudencial:

«1. El Consejero Delegado de una sociedad de capital en quien el Consejo de Administración haya delegado todas las funciones y facultades correspondientes al Consejo de Administración, excepto las indelegables por Ley, en los términos previstos por los artículos 233.2.d) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 149.1 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, ostenta el poder de representación de la sociedad, por lo que puede actuar como representante de la misma ante la Administración Pública sin necesidad de disponer de un poder específico para ello.

2. El Consejero Delegado de una sociedad de capital en los términos del apartado anterior, que ha obtenido del organismo certificador competente un certificado de firma electrónica que le habilita para actuar telemáticamente en representación de una persona jurídica no necesita aportar, mientras esté vigente dicho certificado, un poder de representación de la sociedad con motivo de cada actuación concreta ante la Administración».

8 Proceso contencioso-administrativo

8.1 Legitimación pasiva de quien se persona en el proceso como codemandado. No cabe para un concejal de la oposición que únicamente pretenda defender los intereses de la corporación municipal

La Sentencia del TSJG de 12 de noviembre de 2021 (rec. 7071/2021, ponente: Villares Naveira) realiza un interesante análisis sobre los requisitos de legitimación pasiva exigibles a quien se persona como parte codemandada en un proceso contencioso-administrativo. Se la deniega a un concejal de la oposición que pretende defender por esa vía los intereses de la corporación municipal demandada ante la eventualidad de que se allane o se defienda mal en el pleito. Por dos razones complementarias:

«En primeiro lugar, porque en tanto que concelleiro, o conxunto de facultades que lle asisten como representante público veñen recollidas na Lei 7/1985, reguladora das bases de réxime local, entre as que non se atopa a de ostentar a condición de coadxuvante do concello nin posición semellante nun procedemento xudicial. Cando o lexislador quixo apoderar a un membro da corporación con ocasión da impugnación da legalidade dun acto ou un acordo administrativo fíxoo, outorgando lexitimación activa a quen se opuxesen á resolución adoptada co seu voto (art. 63.1.b. LRBRL). Pero a lei vai máis alá e tamén regula especificamente a quen corresponde a defensa da legalidade dos actos adoptados pola corporación, que é con carácter xeral na persoa do seu alcalde, tal como establece o art. 21.k. LRBRL (...). Cando a competencia para a adopción do acordo corresponde ao pleno, a este corresponderá, en tanto que órgano colexiado esa mesma defensa (art. 22.2.j LRBRL), pero esta atribución é ao pleno, non a un concelleiro en particular.

En segundo lugar porque a xurisdición contencioso-administrativa non é o ámbito onde se ventilan responsabilidades políticas, senón de control de legalidade, de forma que mal pode exercer o concelleiro unha posición de fiscalización política alá onde o principio de oportunidade (que permite á corporación adoptar a decisión politicamente máis acorde coas propias conviccións da maioría de goberno dentro dos marxes que permite o ordenamento xurídico) resulta desprazado polo de legalidade.

Doutra banda, entende a sentenza que a posición procesual do codemandado lle permite unha posición de control eficaz fronte a actos de desistencia ou conformidade. Pero o concelleiro ten unha ferramenta de control fronte esta situación, dentro da propia corporación municipal. En efecto, o art. 75.1. LXCA indica que “Os demandados poderán achantar coa demanda cumprindo os requisitos exixidos no punto 2 do artigo anterior”, precepto que sinala que: “Se a Administración pública desistise, terase que presentar testemuño do acordo adoptado polo órgano competente consonte os requisitos exixidos polas leis ou regulamentos respectivos”. Como vimos de recordar, o concelleiro que votase en contra dese acordo pode impugnaloo xudicialmente de forma directa. Aínda neste caso, na vía xudicial corresponderíalle ao xuíz/a unha función de control de legalidade de oficio, cando manifesta o art. 75.2 LXCA que “Producido o achantamento coa demanda, o xuíz ou tribunal, sen máis trámites, ditará sentenza de conformidade coas pretensións do demandante, agás se iso supuxer unha infracción manifesta do ordenamento xurídico, caso en que o órgano xurisdiccional lles comunicará ás partes os motivos que se puideren opoñer á estimación das pretensións e oiraas por un prazo común de dez días, para ditar despois a sentenza que estime axustada a dereito”. En consecuencia, prevé o ordenamento unha posición eficaz para o concelleiro impugnar o acto que sirva de base á conformidade e a maiores encarga ao xuíz/a unha tutela de oficio de control da legalidade, como mínimo en casos de infracción manifesta do ordenamento xurídico, co marxe que a propia expresión deixa ao órgano xudicial.

Nesta mesma clave completa a sentenza de instancia que esta intervención coadjuvante tamén evita posicións da administración de falta de actividade procesual en defensa da legalidade do acto, pero este argumento debe ser obxectado con que tamén neste caso o órgano xudicial ten a facultade de practicar de oficio as probas que considere necesarias para a máis acertada decisión do asunto (art. 61.1. LXCA), polo que tampouco neste caso a intervención do concelleiro se antolla necesaria para evitar o decaemento da posición de defensa da legalidade da administración, quen polo demais non esquezamos que ocupa a máis desafogada posición de demandada, cos efectos que en sede de carga de proba comporta, amén da presunción de legalidade do acto coa que parte (...)».

8.2 Determinación de la cuantía en recursos frente a sanciones disciplinarias a funcionarios

El TSJG, en su Sentencia de 15 de octubre de 2021 (rec. 69/2020, ponente: Fernández Conde), conforme a la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, califica de “indeterminada” la cuantía del proceso promovido por un funcionario (secretario de un instituto de educación secundaria) frente a la sanción disciplinaria que le impuso la Consellería de Educación de la Xunta de Galicia de suspensión de empleo y sueldo por un mes y 15 días, al conllevar un perjuicio superior al meramente económico. Atendiendo a este criterio, las sentencias dictadas en primera instancia por los

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

juzgados de lo contencioso-administrativo con carácter general son susceptibles de recurso de apelación.

8.3 Responsabilidad patrimonial de las mutuas de enfermedades profesionales por asistencia sanitaria deficiente. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa

La Sentencia del TSJG de 15 de septiembre de 2021 (rec. 172/2021, ponente: Seoane Pesqueira) resuelve la controversia sobre si el conocimiento de las reclamaciones indemnizatorias por error sanitario frente a las mutuas de enfermedades profesionales le corresponde a la jurisdicción social o a la contencioso-administrativa, reconociendo finalmente la competencia de esta última:

«El conflicto entre la jurisdicción contenciosoadministrativa y la social en torno a la atribución de la competencia para el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial frente a las Mutuas ya se ha planteado previamente entre las dos Salas de este Tribunal Superior de Justicia de Galicia, y fue resuelto por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo en el auto de 26 de septiembre de 2017, que decidió el conflicto negativo de competencia n. 10/2017 en el sentido de que la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que a esa decisión hemos de atenernos».

9 Responsabilidad patrimonial

9.1 Por la anulación judicial de la prórroga de concesiones de transporte de viajeros por carreteras. Actuación administrativa razonada y razonable. Inexistencia de antijuridicidad y de relación de causalidad

El TSJG, en su Sentencia de 22 de septiembre de 2021 (rec. 27/2019, ponente: Seoane Pesqueira), desestima la reclamación indemnizatoria formulada contra la Xunta de Galicia por una empresa dedicada al transporte de viajeros por carretera por los perjuicios derivados de la imposibilidad de amortizar las inversiones realizadas al anularse por Sentencia del TS de 14 de marzo de 2016 (rec. 585/2016) la prórroga de su concesión.

El tribunal concluye, en primer lugar, que: *«la actuación de la Administración se mantuvo dentro de los márgenes de lo razonable y razonado, pues disponía del respaldo de la Ley 5/2009 e incluso la Comisión Europea avaló su actuación, y a ello cabe añadir que la propia Ley 5/2009, en su disposición final primera (...) excluía la responsabilidad de la Administración en los casos en que los contratos previstos en la propia Ley 5/2009 se resolviesen por normativa de rango superior o por decisión de los órganos jurisdiccionales (en este caso por la STS de 14/3/2016), estableciendo que las ampliaciones de plazos de*

prestación de servicios que resultasen de la aplicación de la propia Ley no serían tomados en consideración a efectos de eventuales indemnizaciones.

Puesto en relación con el artículo 32.3 de la Ley 40/2015, ello da lugar a que no habría derecho a indemnización, porque así lo establece la propia Ley. (...) existe una consolidada doctrina jurisprudencial que deja abierta la vía del margen de tolerancia o apreciación para denegar la indemnización solicitada por ausencia del presupuesto de la antijuridicidad del daño. (...) De la exposición de dicha jurisprudencia se deriva que la aplicación de la doctrina del margen de apreciación no se restringe a los casos de ejercicio de potestades discrecionales o regladas que contengan conceptos jurídicos indeterminados, sino que se amplía a los supuestos en que se trate del ejercicio de potestades absolutamente regladas, ya que en ese caso procederá el sacrificio individual, no obstante la anulación posterior de las decisiones administrativas, cuando éstas se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales. (...)».

En segundo lugar, que «tampoco podría prosperar la reclamación por el cauce del artículo 32.5 de la Ley 40/2015 (...) que prevé la responsabilidad de la Administración si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, porque el incumplimiento del Derecho Comunitario no puede considerarse suficientemente caracterizado, ya que, como hemos visto antes, la propia Comisión Europea concluyó que no hay motivos para considerar tajante su disconformidad con la normativa comunitaria, por lo que no se cumpliría el requisito del apartado b) de aquel artículo 42.5.b».

Y en tercer y último lugar, que «tampoco concurre el del apartado c), relativo a la relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares (...). Es cierto que la anulación judicial de la resolución de 26/2/2010 trajo consigo la invalidez de la prórroga de la concesión de transporte público regular de personas, y con ello inicialmente hizo ineficaces las inversiones realizadas, pero también lo es que, para dar respuesta a la mencionada STS e 14/3/2016, se aprobó por el Parlamento de Galicia la Ley 10/2016, que dio la oportunidad a la actora, en su artículo 3, para continuar con la concesión, lo que le hubiera permitido rentabilizar todas las inversiones que había realizado, y si no lo aprovechó fue porque renunció a acogerse a esa posibilidad».

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

10 Tributos

10.1 Ordenanza fiscal municipal reguladora de la tasa sobre el ciclo integral del agua. Informe técnico-económico sobre el coste del servicio

La Sentencia del TS de 24 de junio de 2021 (rec. 1076/2020, ponente: Merino Jara) confirma en casación la del TSJG que declaró la nulidad de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Carballo reguladora de las tasas por la prestación de servicios

públicos municipales correspondientes al ciclo integral del agua (suministro de agua potable, de red de alcantarillado y de saneamiento y depuración de aguas residuales).

El alto tribunal interpreta lo dispuesto en el artículo 25 del Texto refundido de la Ley de haciendas locales (TRLHL) sobre el informe técnico-económico exigible para la imposición de la tasa, concluyendo que: «no resulta posible considerar como informe técnico-económico –para la aprobación de la exacción que el Ayuntamiento de Carballo conceptúa como tasa–, el estudio de viabilidad económico-financiera del contrato de gestión del servicio público elaborado por la propia concesionaria, objeto de la propia exacción». Ahonda el TS en que:

«Los informes técnico-económicos no son simples requisitos formales sino requisitos esenciales que han de preceder siempre a los acuerdos de aprobación de las ordenanzas fiscales reguladoras de las tasas, determinando su omisión la nulidad de aquellos acuerdos al no permitir esa omisión el control del cumplimiento del límite global del coste del servicio o actividad y del principio de reserva de ley, la relación existente entre cuantía de la tasa y costes provocados al ente público y el respeto de la capacidad económica de los administrados, bien entendido que la omisión no viene determinada sólo por la total inexistencia de unos documentos calificados como tales informes, sino también por la falta de un mínimo rigor en el planteamiento y formulación de los mismos. El vicio procedimental denunciado es motivo de nulidad de pleno derecho, por aplicación del art. 62.2 de la Ley 30/1992. Y ello es lógico si se tiene en cuenta que el informe técnico económico es esencial en la formación de la voluntad de los órganos de la Administración en este tipo de procedimientos. Y es que no podemos perder de vista que no nos encontramos ante una impugnación de un acto administrativo, sino ante un recurso directo contra una Ordenanza, cuya categoría es la de disposición de carácter general».

11 Universidades

La Sentencia del TSJG de 1 de diciembre de 2021 (rec. 321/2021, ponente: Sánchez Romero) desestima el recurso interpuesto por una universidad gallega, por el cauce especial de protección de derechos fundamentales, contra la Orden de 26 de marzo de 2021, de la Xunta de Galicia, por la que se regula el procedimiento de aprobación de centros e institutos de investigación del Sistema Universitario de Galicia.

La sentencia analiza en profundidad el derecho fundamental a la autonomía universitaria. Concluye finalmente que la orden impugnada no lo vulnera, toda vez que:

«(...) como resulta de su articulado, y la remisión que se efectúa a la Ley 6/13 del Sistema Universitario de Galicia, no puede entenderse que en la misma se limite o deje vacía de contenido la potestad legalmente reconocida a las universidades para la creación de estructuras específicas que actúen como soporte de la investigación y de la docencia, o, como se recoge en el artículo 5 de la citada Ley autonómica, de “Cualquier otro centro o unidad diseñada a este fin por cada universidad en sus estatutos o normas de organización y funcionamiento interno”.

Y ello por cuanto se parte en la regulación que se hace del procedimiento de aprobación de esas estructuras ya creadas por las universidades, y sin que, al determinar un procedimiento de aprobación se esté innovando respecto a lo que ya se recoge en la Ley 6/13, pues no puede obviarse que en el artículo 17 de ésta se señala “En el caso de las universidades públicas, la creación, modificación y supresión de los centros docentes y unidades de I+D+I, contempladas en el art. 5 de la presente ley, incluidos, en su caso, aquellos centros o estructuras que organicen enseñanzas en la modalidad no presencial, serán aprobadas por la Xunta de Galicia”, y, en coherencia con ello el artículo 2 de la Orden determina su ámbito de aplicación refiriéndose a los centros e institutos de investigación del SUG como “aquellas estructuras de I+D+I mencionadas como tales en el artículo 5 de la Ley 6/2013”; en consecuencia, lo único que hace la Orden ahora recurrida es regular el procedimiento de aprobación, respetando en cualquier caso la iniciativa y las competencias propias de las universidades de acuerdo con el marco legal ya expuesto.

Por tanto, no habiéndose impugnado la Ley 6/13, a la que la Orden desarrolla, y sin que se haya percibido una distinción en ésta a los efectos de aprobación, como parece indicarse en la demanda, pues los centros de investigación que como estructuras propias pudieran ser creados por la universidad participan de la definición dada en el artículo 5 de la Ley 6/13, no cabe hablar de la vulneración del derecho fundamental de autonomía universitaria por la orden recurrida.

Por lo demás, se manifiesta por la actora que con la norma impugnada se deja vacía de contenido la posibilidad de crear centros de investigación, por ser artificiosa la diferencia entre creación y aprobación, ya que esta última constituiría un pronunciamiento último de la Administración autonómica para determinar lo que han de considerarse centros de investigación a los efectos de optar a financiación, subvenciones, ... Y, ante ello cabe indicar que, como se explica en conclusiones por el Letrado de la Xunta de Galicia, la finalidad de la regulación, pero no sólo la Orden sino también la de la Ley 6/13, que es la que señala la aprobación por la Xunta de Galicia en el artículo 17, es el ejercicio y control de la competencia de fomento de la investigación que se reconoce a la Comunidad Autónoma en el artículo 27.19 del Estatuto de Autonomía, de forma que se pueda financiar o subvencionar por la Comunidad aquellas estructuras de I+D+I que cumplan determinados criterios de excelencia científica e investigadora que se persigue, y de ahí que se configure un procedimiento que permita a la unidad o estructura adquirir la categoría que le hace acreedora de esas vías de financiación adicionales a las ordinarias de la Universidad. Por ello, si las universidades pretenden que las estructuras de I+D+I por ellas creadas accedan a determinados beneficios, han de acreditar que cumplen la finalidad perseguida por la Comunidad Autónoma con ellos, y la forma de acreditarlo es el procedimiento de aprobación que se regula en la Orden impugnada, y sin que ello suponga vulneración alguna de la autonomía universitaria. Así, se manifiesta en el artículo 6 de la Orden “a los efectos de la tramitación de su aprobación por parte de la Xunta de Galicia, los

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

centros e institutos de investigación del SUG que se acojan al proceso de aprobación regulado en esta orden tendrán que cumplir unos requisitos, tanto en su solicitud inicial como en sus modificaciones y a lo largo de su existencia, que acrediten una calidad investigadora de alto nivel, comprometida con el desarrollo de Galicia al tiempo que con unos altos niveles de autofinanciamiento y viabilidad científica”.

En consecuencia, en atención a lo expuesto, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Universidad de Santiago de Compostela ha de ser desestimado, al no considerarse que la Orden impugnada vulnera el derecho fundamental a la autonomía universitaria, pues la misma no es más que un desarrollo de la Ley 6/13 de Sistema Universitario de Galicia, articulando el procedimiento para la aprobación que se prevé en la citada norma legal para determinadas estructuras universitarias, entre los que están en general los centros o unidades diseñadas para el fin de la docencia o de la investigación por cada universidad en sus estatutos o normas de organización y funcionamiento interno; y sin que el trámite de aprobación prive a las universidades de la potestad de creación, modificación o supresión de tales centros, siendo por lo demás el procedimiento que se articula un procedimiento voluntario, que ha de partir de la iniciativa de la universidad, pudiendo existir centros de investigación creados por las universidades que no se sometan a este procedimiento de aprobación».

Regap

Recensiones

3



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62 julio-diciembre 2021 | pp. 501-504
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4847>
© María Victoria Álvarez Buján
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 24/10/2021 | Aceptado: 16/12/2021

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

La innovación pública en las Administraciones locales

62 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

MAIRAL MEDINA, P.: *La innovación pública en las Administraciones locales*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2021, 288 pp. ISBN: 978-84-7351-725-6.

La monografía objeto de comentario es de la autoría individual de D.^a Pilar Mairal Medina y fruto de su tesis doctoral, dirigida por el Prof. Dr. D. José Manuel Ruano de la Fuente y la Prof. Dra. D.^a Gema Pastor Albaladejo, en la Universidad Complutense de Madrid, donde fue defendida en 2019. La autora presenta, a la vista de su trayectoria y actividad profesional, un excelente perfil académico e investigador en el área de Ciencia Política (y Económica) y de la Administración.

La obra versa sobre la innovación pública, temática de sumo interés, especialmente en la última década. Se centra en el papel de las administraciones locales y trata de analizar diversas experiencias para verificar los procesos y sus resultados, tanto desde la vertiente organizativa como desde la vertiente del impacto económico, social e incluso medioambiental.

Se aborda así el rediseño organizativo, la integración tecnológica, la implantación de herramientas de coordinación transversal, los nuevos espacios conversacionales con agentes del territorio, la población usuaria, etc. En definitiva, se alude a los procesos de cambio y repolitización de las entidades locales. Pero, a diferencia de otros estudios ligados a esta temática, la obra que nos ocupa persigue como objetivo fundamental analizar los procesos de innovación pública en las administraciones locales, determinando cuáles son los factores condicionantes y cómo interactúan para impulsar o frenar la innovación.

La autora incluye una perspectiva empírica en su trabajo, al examinar de forma rigurosa y exhaustiva dos experiencias reales y prácticas: *Soria CO2Cero*, promovida por el Ayuntamiento de Soria, y el proyecto *Sustainable Safety Governance*, del Ayuntamiento de Arganda del Rey.

Los resultados de su estudio revelan, entre otros extremos, la importancia de factores como el liderazgo y la implicación de los responsables políticos y el personal técnico durante el proceso de innovación, el conocimiento y capacitación de la estructura municipal o los incentivos a la innovación.

Gracias a todos los elementos y factores estudiados, se puede colegir que el éxito de una innovación pública no solo va a depender de las cualidades del propio proyecto (innovador), sino también (y más aún) de la organización y del contexto que afectan al desarrollo de la innovación y que pueden ser gestionadas de modo más o menos adecuado y exitoso.

La obra se encuentra perfectamente estructurada en siete capítulos, a lo largo de los cuales la autora realiza un excelso manejo de fuentes bibliográficas y documentales. Demuestra, sin dejar lugar a dudas, ser una investigadora de primer orden y dominar el rigor científico y académico, incluso en lo que respecta al estudio de las mencionadas experiencias empíricas, por cuanto se parte de la elaboración de un cuestionario que ha sido proporcionado a profesionales de ambas administraciones examinadas. En dicho cuestionario se contemplan indicadores de los principales factores de partida, procesos y resultados, formulados en el marco conceptual inicial.

A fin de dar a conocer el contenido esencial de esta monografía, a continuación, procedemos a sintetizar el contenido de los siete capítulos en los que se divide la obra.

En el capítulo primero se realiza una introducción y, seguidamente, una propuesta conceptual, analítica y metodológica.

En el segundo capítulo se aborda la metodología de investigación, elemento clave para poder contextualizar el trabajo y comprender cómo se llega a las conclusiones que finalmente se reflejan.

En el tercer capítulo se analizan las tendencias actuales en materia de innovación pública y los factores que determinan su éxito o su fracaso.

En el capítulo cuarto, la autora concentra su atención en la innovación en la gestión de la sostenibilidad ambiental, tomando en cuenta la importancia de la preservación y protección del medioambiente como fin a perseguir por las administraciones públicas. En este capítulo es donde se detiene en el estudio en particular de la experiencia del Ayuntamiento de Soria.

En el capítulo quinto se lleva a cabo el examen de la innovación en la gestión de la seguridad ciudadana, en el cual se ahonda en el modelo de experiencia del Ayuntamiento de Arganda del Rey.

En el capítulo sexto, penúltimo, se diserta acerca de la percepción sobre los procesos de innovación en la Administración local y se muestran los resultados de la investigación cuantitativa.

Finalmente, en el capítulo séptimo se exponen los principales elementos de discusión y las conclusiones del trabajo.

Entre las principales conclusiones a las que llega la autora, cabe reseñar que se verifica que las administraciones locales han implementado cambios adaptativos en su visión y en las formas de interactuar con la población que no siempre se han catalogado como “innovaciones”. De hecho, las iniciativas o experiencias que en concreto examina la autora arrojan marcos referenciales que han promovido estos cambios, destacando sustancialmente la sostenibilidad local (como herramienta frente a retos como la crisis climática) y la seguridad ciudadana en un mundo abierto y global, además de la gobernanza local como recurso para coordinar, empoderar y corresponsabilizar a agentes externos a las organizaciones públicas.

Tomando en consideración el perfil investigador de la autora, como no podía ser de otra manera, en la obra se dejan anunciadas futuras líneas de investigación vinculadas a arquitecturas organizativas para la innovación, el salto desde el denominado codiseño a la implementación efectiva de soluciones, la definición de estrategias de transferencia y escalabilidad, el liderazgo técnico o, inclusive, la permeabilidad de la innovación y sus resultados en las organizaciones públicas.

En definitiva, este libro de un total de casi 300 páginas contiene un estudio pormenorizado y de sumo interés, por hacer referencia a un tema de máxima actualidad y relevancia para las administraciones públicas en general (no solamente las de ámbito local, aun cuando es en aquellas en las que específicamente se centra) y para la ciudadanía, que es la destinataria de las políticas y actuaciones públicas. Y precisamente en este contexto hemos de felicitar a la autora por aportar un enfoque diferente y original a su trabajo, que destaca por ello entre los restantes estudios que tocan directa o indirectamente la innovación pública.

Tras haber recogido sucintamente el contenido global de esta obra, como broche o cierre a esta reseña, no podemos hacer otra cosa más que recomendar su lectura, de contenido no solo académico e investigador, sino también práctico/empírico, por cuanto se presenta apta y de sumo interés no solamente para todos los operadores jurídicos (al tratar un tema que cada día se encuentra más en boga en el marco del derecho administrativo y en el funcionamiento práctico de la Administración pública), sino también para cualquier ciudadano/a interesado/a en profundizar en los desafíos

Regap

RECENSIONES

y cuestiones que en el ámbito público pueden entrañar polémica y controversia, al mismo tiempo que esconden oportunidades de cambio y mejora/progreso social.

Animamos, asimismo, a la autora (docente e investigadora) a continuar trabajando, con la misma profesionalidad, en esta temática sobre la que ha elaborado ya diversas publicaciones (artículos de revista y capítulos de libro) y que se halla ligada a distintas disciplinas de máximo interés práctico y actual, como son las ciencias económicas (en particular la economía del cambio tecnológico, la innovación tecnológica y la economía sectorial), las ciencias políticas y la Administración pública (desde la óptica del derecho administrativo, la política y regulación del medioambiente y la gestión administrativa).

Regap

PROCESO DE SELECCIÓN E AVALIACIÓN DOS ORIXINAIS NORMAS DE PUBLICACIÓN

PROCESO DE SELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ORIGINALES NORMAS DE PUBLICACIÓN

SELECTION AND EVALUATION PROCESS OF ORIGINALS PUBLICATION REQUIREMENTS

PROCESO DE SELECCIÓN E AVALIACIÓN DOS ORIXINAIS

A selección dos textos responderá a criterios de orixinalidade, novidade, relevancia e rigor. Os orixinais que non se atean estritamente ás normas de publicación que se indican a continuación serán devoltos aos autores para a súa corrección antes do seu envío aos avaliadores. Unha vez que a Secretaría comprobe o cumprimento das normas de publicación, os autores recibirán aviso do recibo dos orixinais remitidos coa indicación da duración aproximada do proceso de avaliación. Os textos serán sometidos á revisión de dous expertos alleos ao equipo editorial (doutores ou outras persoas de recoñecido prestixio) seguindo o sistema para o anonimato de dobre cego. O resultado da avaliación poderá ser positiva, positiva con modificacións ou negativa. En caso de que os avaliadores propoñan modificacións de forma motivada na redacción do orixinal, será responsabilidade do equipo editorial –unha vez informado o autor– o seguimento do proceso de reelaboración do traballo. No suposto de non ser aceptado para a súa edición, o orixinal será devolto ao seu autor xunto cos ditames emitidos polos avaliadores. Antes da súa publicación, os autores recibirán por correo electrónico a versión definitiva do artigo para facer as correccións oportunas das probas de imprenta no prazo de quince días.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. As propostas de colaboración coa *Revista Galega de Administración Pública* remitiranse a través da plataforma electrónica dispoñible na seguinte ligazón: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. Os traballos deberán ser remitidos antes do 15 de maio e do 15 de novembro, para os dous números ordinarios. As datas de remisión e aceptación figurarán nun lugar visible da revista.
3. Os traballos enviados deberán cumprir as seguintes condicións:
 - a) Ser inéditos e non estar incluídos en procesos de avaliación doutras publicacións.
 - b) Estar redactados en galego, español, portugués, francés, italiano, inglés e alemán.
 - c) Conter un número de entre 30.000 e 40.000 caracteres (40 páxinas como máximo) para os traballos redactados como “Estudos”; e dun máximo de 15.000 (non máis de 30 páxinas) para os editados como “Comentarios e Crónicas”.
4. Os traballos que se propoñen para a súa publicación como artigos deberán incluír, por esta orde:
 - a) Un título descritivo do contido. Xunto co nome, apelidos, profesión ou cargo do autor/a/es/as, o nome da institución de adscrición, o país da institución e o enderezo electrónico do autor/a/es/as.
 - b) Un resumo (dun máximo de 120 palabras) no idioma en que se presenta o texto principal e a súa tradución ao inglés, de non ser esta a lingua utilizada na súa redacción.
 - c) Unha relación dun mínimo de cinco palabras clave, e un máximo de dez, que identifiquen as materias sobre as que versa o texto principal, e a súa versión ao idioma inglés, de non ser esta a lingua empregada na súa redacción.



- d) Sumario seguindo a estrutura da CDU.
(Exemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).
 - e) O corpo principal do texto.
 - f) A bibliografía.
5. Os traballos deberán ser coidadosamente revisados pola(s) persoa(s) responsable(s) da súa autoría no tocante ao estilo, e respectarán ademais os seguintes requisitos:
- a) Todos os traballos deberán ser presentados a un espazo e medio, con formato de fonte *Times New Roman*, tamaño 12.
 - b) As notas figurarán a pé de páxina, gardarán unha numeración única e correlativa para todo o traballo, e axustaranse ao seguinte modelo:
 - LIBRO: AUTOR, *Título da publicación*, núm. Edición, lugar da publicación, editor, ano, páxina.
 - AUTOR, "Título do artigo", *Título da fonte* (revista ou outra colectiva), número, ano, páxinas.
- c) A bibliografía deberá conter con exactitude toda a información dos traballos consultados e citados (autoría, título completo, editor, cidade e ano de publicación; de se tratar dunha serie, serán indicados o título e o número do volume ou a parte correspondente).
 - d) Os documentos, fontes ou bases de datos publicados na Internet deberán indicar o URL respectivo, sinalando a data de consulta. Por exemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26 de setembro de 2013)
6. Dereitos de autoría. Unha vez que o Consello Editorial acepte publicar calquera material (artigo ou recensión) recibido, os dereitos exclusivos e ilimitados para reproducir e distribuír os traballos en calquera forma de reprodución, idioma e país serán transferidos á Escola Galega de Administración Pública (EGAP).

PROCESO DE SELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ORIGINALES

La selección de los textos responderá a criterios de originalidad, novedad, relevancia y rigor. Los originales que no se atengan estrictamente a las normas de publicación que se indican a continuación serán devueltos a los autores para su corrección antes de su envío a los evaluadores. Una vez que la Secretaría compruebe el cumplimiento de las normas de publicación, los autores recibirán aviso del recibo de los originales remitidos con la indicación de la duración aproximada del proceso de evaluación. Los textos serán sometidos a la revisión de dos expertos ajenos al equipo editorial (doctores u otras personas de reconocido prestigio) siguiendo el sistema para el anonimato de doble ciego. El resultado de la evaluación podrá ser positiva, positiva con modificaciones o negativa. En caso de que los evaluadores propongan modificaciones de forma motivada en la redacción del original, será responsabilidad del equipo editorial –una vez informado el autor– el seguimiento del proceso de reelaboración del trabajo. En el supuesto de no ser aceptado para su edición, el original será devuelto a su autor junto con los dictámenes emitidos por los evaluadores. Antes de su publicación, los autores recibirán por correo electrónico la versión definitiva del artículo para hacer las correcciones oportunas de las pruebas de imprenta en el plazo de quince días.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. Las propuestas de colaboración con la *Revista Galega de Administración Pública* se remitirán a través de la plataforma electrónica disponible en el siguiente enlace: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. Los trabajos deberán ser remitidos antes del 15 de mayo y del 15 de noviembre, para los dos números ordinarios. Las fechas de remisión y aceptación figurarán en un lugar visible de la revista.
3. Los trabajos enviados deberán cumplir las siguientes condiciones:
 - a) Ser inéditos y no estar incluidos en procesos de evaluación de otras publicaciones.
 - b) Estar redactados en gallego, español, portugués, francés, italiano, inglés y alemán.
 - c) Contener un número de entre 30.000 y 40.000 caracteres (40 páginas como máximo) para los trabajos redactados como "Estudios"; y de un máximo de 15.000 (no más de 30 páginas) para los editados como "Comentarios y Crónicas".
4. Los trabajos que se proponen para su publicación como artículos deberán incluir, por este orden:
 - a) Un título descriptivo del contenido. Junto con el nombre, apellidos, profesión o cargo del autor/a/es/as, el nombre de la institución de adscripción, el país de la institución y la dirección electrónica del autor/a/es/as.
 - b) Un resumen (de un máximo de 120 palabras) en el idioma en que se presenta el texto principal y su traducción al inglés, si no es ésta la lengua utilizada en su redacción.
 - c) Una relación de un mínimo de cinco palabras clave, y un máximo de diez, que identifiquen las materias sobre las que versa el texto principal, y su versión al idioma

inglés, si no es ésta la lengua usada en su redacción.

d) Sumario siguiendo la estructura de la CDU. (Ejemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).

e) El cuerpo principal del texto.

f) La bibliografía.

5. Los trabajos deberán ser cuidadosamente revisados por la(s) persona(s) responsable(s) de su autoría en lo tocante al estilo, y respetarán además los siguientes requisitos:

a) Todos los trabajos deberán ser presentados a un espacio y medio, con formato de fuente *Times New Roman*, tamaño 12.

b) Las notas figurarán a pie de página, guardarán una numeración única y correlativa para todo el trabajo, y se ajustarán al siguiente modelo:

- LIBRO: AUTOR, *Título de la publicación*, núm. Edición, lugar de la publicación, editor, año, página.

- AUTOR, "Título del artículo", *Título de la fuente* (revista u otra colectiva), número, año, páginas.

c) La bibliografía deberá contener con exactitud toda la información de los trabajos consultados y citados (autoría, título completo, editor, ciudad y año de publicación; si se trata de una serie, serán indicados el título y el número del volumen o la parte correspondiente).

d) Los documentos, fuentes o bases de datos publicados en Internet deberán indicar el URL respectivo, indicando la fecha de consulta. Por ejemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26 de septiembre de 2013)

6. Derechos de autoría. Una vez que el Consejo Editorial acepte publicar cualquier material (artículo o reseña) recibido, los derechos exclusivos e ilimitados para reproducir y distribuir los trabajos en cualquier forma de reproducción, idioma y país serán transferidos a la *Escola Galega de Administración Pública* (EGAP).

SELECTION AND EVALUATION PROCESS OF ORIGINALS

The selection of texts that will be included in the *Galician Magazine of Public Administration* is based on the following criteria; originality, novelty, relevance and accuracy. Original texts that do not meet requirements listed below will be returned to the authors to be corrected before being submitted for evaluation. Once originals have been received and checked that comply with publication requirements, the Secretary will confirm that the original texts have been received and give an estimated date to be accepted. Texts will be reviewed by two (Phd or equivalent) experts from out of the editorial board. Evaluation process will be anonymous to ensure the independence in the selection. The texts will be evaluated as accepted, accepted with modifications or rejected. In the case the text is accepted with modifications, the publishing team will be in charge of following up the resubmission of the text (author will be informed). In the case of the text being rejected, the original will be returned to the author together with the evaluation assessment. Before the text is published the author will receive by email a final copy to make any changes on the final edition if needed in the next fifteen days.

PUBLICATION REQUIREMENTS

1. Proposals of collaboration with the *Galician Magazine of Public Administration* will be through the electronic platform available at the following link: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. The original texts will be received before 15th of May and of May and before 15th of November for the two annual issues. Dates of reception and acceptance will appear in a visible place of the magazine.
3. The texts should meet the following requirements:
 - a) Be original and not being included in any other evaluation process.
 - b) Be written in Galician, Spanish, English, German, Portuguese, Italian or French.
 - c) Constraining a number between 30.000 and 40.000 characters (40 pages at the most) for the works written out as "Studies"; and of a maximum of 15.000 (in the more than 30 pages) for the ones edited as "Comments and Chronicles".
4. The works proposed as articles will include in the following order:
 - a) A title describing contents together with name, surnames, profession, position, name and country of the institution, and email address of the author(s).
 - b) A summary (maximum of 120 words) in the language in which the main text is submitted and translation to English language if this wasn't the language of choice.
 - c) A minimum of five key words, and a maximum of ten, stressing the contents of the main text. They will be translated to the English language if this wasn't the language of choice.
 - d) Index would follow a CDU structure. (Example: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).



- e) Text's main body.
 - f) Bibliography.
5. The works should be checked carefully by the author(s) in regards with style. In addition, the originals should comply with the following requirements:
- a) All the works will have to be presented to a space and to a half, with format of source *Times New Roman*, size 12.
 - b) Notes will appear as footnotes and keeping a correlative numeration in all the work. Notes should be adjusted to the next model:
 - BOOK: AUTHOR, *Title of the publication*, number. Publish, place of publication, editor, year, page.
 - AUTHOR, "Title of the article", *Title of the source* (magazine or review), number, year, pages.
 - c) Bibliography must include all information sources consulted and mentioned in the work (authorship, completed title, editor, city and year of publication; should the source belong to a serie, the number of the volume will be also included).
 - d) Documents, online sources and/or databases will contain its URL and date of last. For example: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26th September 2013)
6. Author's copyright. Once the Editorial Team decides to publish any text (article or review), the exclusive and unlimited rights to reproduce and distribute these pieces works in any form of reproduction, language and country will be transferred to the Galician School of Public Administration (EGAP).

