

# 63 Regap

## Revista Galega de Administración Pública

Núm. 63 (xaneiro-xuño 2022)

**\_ESTUDIOS [01]** JIMENA QUESADA, Luis. Democracia de calidade e exixencias de bo goberno tras a crise pandémica **[02]** GODOY VÁZQUEZ, María Olaya. Impacto do COVID-19 na transparencia **[03]** GARCÍA GARCÍA, Sara. A protección cuantitativa da auga: un breve repaso ao máis esencial ante o reto da escaseza e a seca en España **\_COMENTARIOS E CRÓNICAS [04]** BARBEITO POSE, Víctor José e BUSTELO ABUÍN, Julián. Algunhas consideracións sobre o tratamento xurídico do patrimonio arqueolóxico na Lei 5/2016, do patrimonio cultural de Galicia **[05]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Xurisprudencia contencioso-administrativa **\_RECENSIÓNS [06]** FERNÁNDEZ UCEDA, María Dolores. Todo sobre el contrato menor **[07]** VILLANUEVA CUEVAS, Antonio. Los contratos administrativos y su aplicación: Obras, suministros, servicios y concesiones de obra y servicios **[08]** FERRARO CIBELLI, Agustín Enrique. Crisis, reacción y evolución: el teletrabajo en el sector público **[09]** RUIZ OLMO, Irene. Los entes locales ante la transición y sostenibilidad energética: Nuevos desafíos jurídico-administrativos

**\_ESTUDIOS [01]** JIMENA QUESADA, Luis. Democracia de calidad y exigencias de buen gobierno tras la crisis pandémica **[02]** GODOY VÁZQUEZ, María Olaya. Impacto del COVID-19 en la transparencia **[03]** GARCÍA GARCÍA, Sara. La protección cuantitativa del agua: un breve repaso a lo más esencial ante el reto de la escasez y la sequía en España **\_COMENTARIOS Y CRÓNICAS [04]** BARBEITO POSE, Víctor José y BUSTELO ABUÍN, Julián. Algunas consideraciones sobre el tratamiento jurídico del patrimonio arqueológico en la Ley 5/2016, del patrimonio cultural de Galicia **[05]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Jurisprudencia contencioso-administrativa **\_RECENSIONES [06]** FERNÁNDEZ UCEDA, María Dolores. Todo sobre el contrato menor **[07]** VILLANUEVA CUEVAS, Antonio. Los contratos administrativos y su aplicación: Obras, suministros, servicios y concesiones de obra y servicios. **[08]** FERRARO CIBELLI, Agustín Enrique. Crisis, reacción y evolución: el teletrabajo en el sector público **[09]** RUIZ OLMO, Irene. Los entes locales ante la transición y sostenibilidad energética: Nuevos desafíos jurídico-administrativos



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 Cerredra**, 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](mailto:regap@xunta.gal)

**Periodicidade:** semestral (xuño e decembro)

**Formato:** en liña | papel

**ISSN-L:** 1132-8371

**DOI:** <https://doi.org/10.36402/regap.v0i63>

**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. 63, xaneiro-xuño 2022 \ Number 63, January-June 2022

## Sumario/Summary

### 1 ESTUDOS / STUDIES

**Luis Jimena Quesada**

Democracia de calidade e exigencias de bo goberno tras a crise pandémica. . . . 5  
*Quality democracy and demands for good government in the aftermath of the pandemic crisis*

**María Olaya Godoy Vázquez**

Impacto do COVID-19 na transparencia . . . . . 33  
*Impact of COVID-19 on transparency*

**Sara García García**

A protección cuantitativa da auga: un breve repaso ao máis esencial ante o reto da escaseza e a seca en España . . . . . 59  
*Quantitative water protection: a brief overview of the essentials in the face of the challenge of scarcity and drought in Spain*

### 2 COMENTARIOS E CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

**Víctor José Barbeito Pose e Julián Bustelo Abuín**

Algunhas consideracións sobre o tratamento xurídico do patrimonio arqueolóxico na Lei 5/2016, do patrimonio cultural de Galicia. . . . . 83  
*Some considerations on the legal treatment of archaeological heritage in Law 5/2016, on the cultural heritage of Galicia*

**Francisco de Cominges Cáceres**

Xurisprudencia contencioso-administrativa . . . . . 103  
*Contentious-administrative jurisprudence*

### 3 RECENSIONES / REVIEWS

<b>María Dolores Fernández Uceda</b> Todo sobre el contrato menor .....	133
<b>Antonio Villanueva Cuevas</b> Los contratos administrativos y su aplicación: Obras, suministros, servicios y concesiones de obra y servicios .....	137
<b>Agustín Enrique Ferraro Cibelli</b> Crisis, reacción y evolución: el teletrabajo en el sector público .....	141
<b>Irene Ruiz Olmo</b> Los entes locales ante la transición y sostenibilidad energética: Nuevos desafíos jurídico-administrativos .....	147

# Regap

Estudios

1





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 63\_xaneiro-xuño 2022 | pp. 5-31  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i63.4940>  
© Luis Jimena Quesada  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 30/05/2022 | Aceptado: 14/07/2022  
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Democracia de calidade e exixencias de bo goberno tras a crise pandémica

Democracia de calidad y  
exigencias de buen gobierno  
tras la crisis pandémica

63 Regap

Quality democracy and demands  
for good government in the  
aftermath of the pandemic crisis

Regap



ESTUDIOS

LUIS JIMENA QUESADA  
Catedrático de Dereito Constitucional  
Universidade de Valencia

<https://orcid.org/0000-0003-4041-0576>

[luis.jimena@uv.es](mailto:luis.jimena@uv.es)

**Resumo:** Este artigo analiza a noción de democracia de calidade en conxunción coas exixencias de bo goberno no contexto da pandemia de COVID-19. En efecto, desde unha perspectiva de constitucionalismo multinivel, sométense a escrutinio diversos perfís do *bo goberno* (incluídas *boa gobernanza* e *boa gobernabilidade*) no escenario da era tecnolóxica. As conclusións son críticas en canto á inflación de novas nocións e lexislacións (especialmente nas comunidades autónomas españolas) relacionadas coa transparencia, o bo goberno e a participación cidadá, pois ponse de manifesto que as novidades terminolóxicas e normativas non deben ser meramente cosméticas, senón auténticos indicadores dunha democracia de calidade.

**Palabras clave:** Calidade democrática, goberno aberto, era tecnolóxica, técnica lexislativa, participación cidadá, COVID-19.

**Resumen:** El presente artículo analiza la noción de democracia de calidad en conjunción con las exigencias de buen gobierno en el contexto de la pandemia de COVID-19. En efecto, desde una perspectiva de constitucionalismo multinivel, se someten a escrutinio diversos perfiles del *buen goberno* (incluidas

*buena gobernanza y buena gobernabilidad*) en el escenario de la era tecnológica. Las conclusiones son críticas en cuanto a la inflación de nuevas nociones y legislaciones (especialmente en las comunidades autónomas españolas) relacionadas con la transparencia, el buen gobierno y la participación ciudadana, pues se pone de manifiesto que las novedades terminológicas y normativas no deben ser meramente cosméticas, sino auténticos indicadores de una democracia de calidad.

**Palabras clave:** Calidad democrática, gobierno abierto, era tecnológica, técnica legislativa, participación ciudadana, COVID-19.

**Abstract:** This essay analyses the notion of quality democracy in conjunction with the demands of good government in the context of the COVID-19 pandemic. Indeed, from a multilevel constitutionalism perspective, various profiles of *good government* (*good governance* and *good governability* as well) in the technological age are scrutinised. The conclusions are critical in terms of the inflation of new notions and legislation (especially in the Spanish autonomous communities) related to transparency, good government and citizen participation, as it becomes clear that new terminological and regulatory developments should not be merely cosmetic, but rather authentic indicators of a quality democracy.

**Key words:** Democratic quality, open government, technological era, legislative technique, citizen participation, COVID-19.

**SUMARIO:** 1 Consideracións preliminares sobre as nocións de democracia de calidade e bo goberno. 1.1 Democracia de calidade e de cantidade. 1.2 Delimitación do Goberno como parte do sistema de órganos e constitucionalismo multinivel. 2 Calidade democrática da acción do bo goberno "orgánico". 2.1 A acción ética e rexeneradora como consubstancial ao *bo goberno*. 2.2 A acción eficiente e eficaz como expoñente de *boa gobernanza*. 2.3 A acción aberta e transparente como elemento de *boa gobernabilidade*. 3 Calidade democrática da proxección do bo goberno "dogmático". 3.1 O bo goberno como instrumento de confianza lexítima. 3.2 O bo goberno como vector de participación cidadá. 4 Reflexións finais sobre bondades e novidades da democracia de calidade e do bo goberno tras a crise pandémica.

# 1 Consideracións preliminares sobre as nocións de democracia de calidade e bo goberno

## 1.1 Democracia de calidade e de cantidade

De entrada, convén aclarar que, obviamente, non constitúe o obxecto deste traballo teorizar sobre a democracia. Nin se trata agora de pór en dúbida se, parafraseando a Churchill, a democracia é a menos mala ou imperfecta das formas de goberno<sup>1</sup>. A discusión terminolóxica foi unha constante na historia das ideas políticas (con uso "alternativo" do termo, mesmo, na sospeitosa denominación oficial dalgúns países non precisamente democráticos), entre democracia liberal e verdadeira, democracia formal e real, democracia política e social (á conta da maior ou menor énfase e tensión entre a liberdade e a igualdade, e a confluencia evolutiva de valores e dereitos arredor da solidariedade<sup>2</sup>), directa e representativa, ou democracia procedemental e

<sup>1</sup> Unha interesante aproximación evolutiva á vella pregunta sobre a mellor forma de goberno, a democracia, en COTARELO GARCÍA, R., "La universalización de la democracia", *Sistema*, n. 4, 1991, pp. 9-10.

<sup>2</sup> JIMENA QUESADA, L., "El tríptico liberal en el constitucionalista social", *Revista General de Derecho Público Comparado* (Monográfico sobre *Liberté, Égalité, Fraternité*), n. 20, 2017, pp. 1-33.

substantiva (con maior acento no dereito de sufraxio e a puntual participación electoral ou, así mesmo, facendo fincapé no exercicio cotián de todos os demais dereitos como contrapunto ao relativismo kelseniano)<sup>3</sup>.

En todo caso, ese elenco diverso de tipos e definicións de democracia pon de manifesto a dificultade para achar un consenso acerca da súa conceptualización e, conseguintemente, para aprehender os seus atributos cualitativos e cuantitativos. Talvez porque, como perspicazmente se argüíu, “parte do talante democrático reside en admitir a pluralidade de definicións da democracia e mesmo a posibilidade de que sexa imposible pórse de acordo á hora de especificar unha en concreto. Ata se pode afirmar que a democracia empeza alí onde compiten pacificamente distintas ideas da democracia”<sup>4</sup>, polo que seguramente o máis realista sexa consensuar uns parámetros mínimos e irrefutables sobre a noción e caracterización da democracia<sup>5</sup>.

É máis, algunhas definicións clásicas e famosas, finalmente plasmadas en textos constitucionais vixentes, non resistiron á crítica. Así sucedeu coa pronunciada por Abraham Lincoln na inauguración do cemiterio nacional de Gettysburg o 19 de novembro de 1863 cando ao aproximarse á democracia sinalou que “o goberno do pobo, polo pobo e para o pobo non desaparecerá da terra” (“*the government of the people, by the people, and for the people shall not perish from the earth*”). Como é sabido, a UNESCO abordou en 1949 unha análise crítica desta fórmula, concluíndose que o inciso “polo pobo” se aproximaba máis ao espírito esencialmente democrático, mentres que “do pobo” e “para o pobo” suscitaban certas reservas, dado que en nome do pobo e para o seu teórico beneficio se pretenderon xustificar intervencións supostamente sociais que realmente escondían prácticas antidemocráticas<sup>6</sup>.

Sexa como for, o debate sobre a consciente e provocada confusión terminolóxica, ou quizais polo peso da inercia histórica<sup>7</sup>, mantense na actualidade, tanto en clave de calidade como de cantidade democráticas. O caso é que resulta verdadeiramente complexo verificar cando contamos cunha democracia de calidade, tanto polos parámetros de medición utilizados (método multidimensional, clasificación das Constitucións de Loewenstein, decisións mediante referendo e decisións de representantes máis inclusivas, toma en consideración dos obxectivos de desenvolvemento sustentable tendo en conta o imperativo de universalizar a democracia, etc.), como pola mesma credibilidade e fiabilidade dos “medidores” máis reputados da

<sup>3</sup> Véxase DE MIGUEL BÁRCENA, J. e TAJADURA TEJADA, J., *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, 3.ª ed., Ed. Guillermo Escolar, Madrid, 2022, p. 177.

<sup>4</sup> COTARELO GARCÍA, R., “La universalización de la democracia”, cit., p. 10.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 11: “Entendo por democracia aquela forma de organizar o Estado de Dereito no cal *as decisións se adoptan por maioría co debido respecto aos dereitos das minorías*, sendo o primeiro destes a posibilidade de converterse en maiorías nun proceso electoral periódico, libre e igual. Dentro da definición atópanse algunhas determinacións que son condicións imprescindibles daquela: o imperio da lei, os dereitos fundamentais da persoa, e a limitación do poder ou estrutura de freos e contrapesos”.

<sup>6</sup> JIMENA QUESADA, L., *La Europa social y democrática de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 140.

<sup>7</sup> SARTORI, G., *Teoría de la democracia. Tomo II: Los problemas clásicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pp. 357-358. Como é coñecido, a Constitución francesa vixente de 1958 faise eco da famosa definición de Lincoln, no parágrafo quinto do seu artigo 1.º: “O seu principio –da República francesa– é: goberno do pobo, polo pobo e para o pobo” (“*Son principe est: gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple*”).

democracia (por exemplo, o Índice de Democracia segundo a clasificación da Unidade de Intelixencia da revista *The Economist*).

Neste sentido, para a teoría da calidade da democracia, o dereito ao voto é apenas o punto inicial. A construción dun réxime democrático non conclúe na urna; non obstante, é un salvoconduto fundamental para transportarse cara a un sistema efectivamente democrático e é peza básica para armar o crebacabezas dun réxime que se prece de selo. Ao respecto, apuntáronse cinco interesantes aspectos para verificar o desempeño efectivo das democracias, entre eles: respecto ao Estado de dereito; transparencia (goberno aberto e información pública) e rendición de contas; capacidade de resposta dos representantes lexítimos para satisfacer as demandas cidadás; resolución de problemas de desigualdade e de xustiza; afondamento e creación de novos dereitos<sup>8</sup>.

Ao fío disto último, a calidade e cantidade da democracia pondérase desde a perspectiva da máis recente noción de democracia participativa, isto é, das novas formas de democracia directa tendentes a incentivar a participación cidadá. Isto comporta que a cidadanía asuma un rol máis protagónico, activo, directo e propositivo (mediante consultas populares – “orxamentos participativos” –, revogatoria do mandato, maior implicación das organizacións da sociedade civil –ONG–, asembleas cidadás, etc.).

Agora ben, é difícil sopesar o impacto da posta en marcha deses institutos de participación cidadá, pois o feito de organizar ou celebrar un maior número en termos cuantitativos non asegura necesariamente (dependerá do peso e influxo de gobernos máis ou menos populistas ao alentar o uso e/ou abuso deses instrumentos) unha ecuación en termos de calidade democrática. Como se verá nos apartados seguintes, as nocións implicadas na calidade da democracia non deixan de multiplicarse, ao tempo que se amplía a lexislación na materia (ademais da europea, a estatal e, sobre todo, a autonómica), de tal sorte que, en ocasións, se suceden normas que xeran maior inseguridade xurídica e, polo tanto, menos confianza lexítima na cidadanía con respecto a unha acción de suposto bo goberno que, en verdade, parece reflectir máis preocupacións estéticas (sen que, paradoxalmente, satisfagan un mínimo a arte de lexislar) que éticas.

## 1.2 Delimitación do Goberno como parte do sistema de órganos e constitucionalismo multinivel

Exposto o anterior, convén aclarar que a noción de bo goberno se vai reconducir neste traballo non a todas as ramas do poder público ou ás diversas autoridades públicas (ao conxunto do sistema de goberno), senón máis estritamente ao goberno ou poder executivo. Neste sentido, para os gobernos estatais e rexionais (no caso de España, autonómicos), aludiremos tanto aos que teñan a titularidade de ministerios e equivalentes autonómicos (consellaría) como a altos cargos e os postos directivos

---

<sup>8</sup> MORLINO, L., *La calidad de las democracias en América Latina*, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), San José de Costa Rica, 2014, p. 26.

asimilados do sector público que levan a cabo as tarefas de deseño, dirección, estratexia e posta en práctica da súa acción política.

Tal enfoque subxectivo propicia así mesmo unha delimitación inicial en clave obxectiva, posto que o “bo goberno” se proxectaría sobre esas tarefas de dimensión política, discerníndoas das actividades de índole administrativa e de precisa execución material que leva a cabo o funcionariado en perspectiva de “boa administración”<sup>9</sup>. Noutras palabras, a nosa abordaxe comporta distinguir entre os que deben desenvolver un bo goberno no exercicio dos seus cargos públicos (libre designación) e os que se ven compelidos a realizar unha actividade de boa administración no exercicio das súas funcións públicas (concurso-oposición).

En efecto, non perseguimos agora teorizar sobre unha acepción máis ou menos restrinxida de goberno, senón abranguer todos os integrantes (membros do Executivo –presidente, vicepresidente(s) e ministros–, así como altos cargos e asimilados)<sup>10</sup>, cunha concepción ampla de “cargo público”<sup>11</sup>, o cal favorece o engarzamento e a retroalimentación entre bo goberno e boa administración<sup>12</sup>.

Cabalmente, podería observarse que ese ensanchamento das persoas sometidas aos principios de bo goberno (altos cargos e postos directivos) persegue unha maior operatividade do control sobre o bo facer e o rendemento institucional dos executivos na súa dimensión política, para que vaia á par dunha boa administración (derivada da acción do funcionariado) na súa dimensión profesional; deste xeito, producírase unha óptima combinación da lexitimidade democrática achegada polo político e da lexitimidade técnica achegada polo funcionario<sup>13</sup>.

A este respecto, a vantaxe da ampliación dos suxeitos afectados polo bo goberno reside en estender o seu réxime aos postos directivos asimilados *politicamente* aos altos cargos, para que ese “terceiro xénero”, coñecido como “politécnico” (que

<sup>9</sup> O preámbulo da actual lei estatal española, Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, aclara en tal sentido: “A Constitución recolle no seu título IV (Do Goberno e a Administración) os trazos propios que diferencian o Goberno da nación da Administración, definindo o primeiro como un órgano eminentemente político ao que se lle reserva a función de gobernar, o exercicio da potestade regulamentaria e a dirección da Administración, e establecendo a subordinación desta á dirección daquel”.

<sup>10</sup> Véxase art. 25 (ámbito de aplicación) da Lei estatal 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno.

<sup>11</sup> En tal dirección, no ámbito rexional español, o preámbulo da Lei 1/2014, do 18 de febreiro, de regulación do estatuto dos cargos públicos do Goberno e a Administración da Comunidade Autónoma de Estremadura aposta por unha “ampliación do concepto de «cargo público» [que] ten o seu fundamento externo na necesidade de que as medidas de bo goberno afecten a todas aquelas persoas de libre elección e designación política ou profesional que desempeñan funcións vinculadas á toma de decisións na acción de goberno”.

<sup>12</sup> Na lexislación autonómica comparada española cabe atopar preceptos equiparables ao art. 25 da Lei estatal 19/2013, tanto precedentes como posteriores: entre eles, o art. 14 (combinado co art. 1) da Lei 4/2006, do 30 de xuño, de transparencia e de boas prácticas na Administración pública galega; o art. 6 (conxuntamente co art. 1) da previa Lei de Cantabria 1/2008, do 2 de xullo, reguladora dos conflitos de intereses dos membros do Goberno e dos altos cargos; o art. 1 da Lei foral de Navarra 2/2011, do 17 de marzo, que establece un código de bo goberno; o art. 30 da Lei 4/2011, do 31 de marzo, da boa administración e do bo goberno das Illas Baleares; o art. 30 (en combinación co art. 2) da Lei 4/2013, do 21 de maio, de Goberno aberto de Estremadura; o art. 21 (en conxunción co art. 2) da Lei 3/2014, do 11 de setembro, de transparencia e bo goberno da Rioja; ou o art. 54 (en conexión co art. 3.1) da Lei catalá 19/2014, do 29 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno.

<sup>13</sup> RAMIÓ, C., *La extraña pareja. La procelosa relación entre políticos y funcionarios*, 2.ª ed., Catarata, Madrid, 2015, p. 75.

dalgunha forma aglutinaría as dúas lexitimidades, democrática e técnica)<sup>14</sup>, non quede exento de control democrático na súa acción. En síntese, pode sosterse que o sometemento dos altos cargos e da tecnoburocracia que executan a acción política implica unha redución do potencial déficit democrático ou, en clave positiva, comporta unha optimización da calidade democrática.

Cos ditos parámetros, a análise terá como foco de interese o escenario español (nas súas diversas manifestacións territoriais). Porén, non caberá descoidar a vertente transnacional europea da calidade democrática (pois a adhesión aos valores democráticos constitúe *conditio sine qua non* de integración europea<sup>15</sup> ou interamericana<sup>16</sup>), tanto pola imparabile corrente de constitucionalismo multinivel como polo crecente movemento de internacionalización do dereito constitucional e correlativa constitucionalización do dereito internacional.

Efectivamente, a crise económica e financeira mundial dos últimos anos (agudizada pola actual crise provocada pola pandemia de COVID-19) fixo aflorar non só unha globalización de tipo prevalentemente mercantilista, senón, igualmente, unha maior atención á mundialización do dereito constitucional<sup>17</sup>. Por desgraza, comprobamos que as medidas económicas (e, co coronavirus, outras de anormalidade ou excepcionalidade constitucional) presentan un gran déficit de lexitimación popular; en puridade, reflicten unha crise non unicamente de corte económico-financeiro, senón igualmente sanitaria e de valores, reveladora dunha crise de lexitimidade do propio sistema democrático. Na superación de semellante déficit democrático, dito sexa de paso, radica o verdadeiro desafío do constitucionalismo como teoría xurídica dos límites do poder<sup>18</sup>.

En calquera caso, esas crises recentes e presentes deben xerar unha máis forte concienciación cidadá nacional e unha maior sensibilidade na opinión pública internacional para acentuar os ata agora laxos controis fronte ás manobras que corrompen o bo goberno, lastran a boa gobernanza e condescenden coa mala gobernabilidade. Todo iso daranos pé para concluír unha configuración da calidade democrática e do bo goberno na súa esencia, aparencia e proxección no mundo actual.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 83-84; "existe un terceiro actor, ademais dos políticos e dos altos funcionarios. É o politécnico coñecido como o 'terceiro xénero'. O politécnico é o que aglutina as dúas lexitimidades, xa que ocupa un posto directivo tanto polas súas competencias e coñecementos profesionais como pola confianza política e persoal do político que o selecciona e o sitúa nun posto directivo. O caso máis claro de politécnicos son os xerentes, vixerentes ou similares da Administración local. Poden ser funcionarios do propio concello, doutro concello ou Administración ou mesmo proceder dunha empresa privada".

<sup>15</sup> Vid. BAR CENDÓN, A., "La Unión Europea como unión de valores y derechos: teoría y realidad", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 33, 2014, pp. 99-140.

<sup>16</sup> Vid. a *Carta Democrática Interamericana* adoptada pola Asemblea Xeral da OEA en 2001.

<sup>17</sup> DE VEGA GARCÍA, P., "Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", *Revista de Estudios Políticos*, n. 100, 1998, pp. 13-56. Seguindo o ronsel do mestre De Vega, alertouse sobre a necesidade de que a lóxica da globalización (e da denominada "aldea global") non acabe destruíndo os principios conformadores do constitucionalismo (entre eles, a división de poderes, a garantía dos dereitos, o principio de supremacía constitucional, o principio democrático –para que non sexa substituído polo tecnocrático–, ou a rixidez e estabilidade constitucionais –para que non se subvertan por unha falaz "Constitución aberta"–): RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado Constitucional democrático y social*, UNAM, Ciudad de México, 2005, p. 202.

<sup>18</sup> PACE, A., *I limiti del potere*, Jovene Editore, Napoli, 2008, p.p. 18-19.

## 2 Calidade democrática da acción do bo goberno “orgánico”

### 2.1 A acción ética e rexeneradora como consubstancial ao bo goberno

O primeiro perfil evolutivo do bo goberno vén dado polos ditados da ética e a rexeneración democrática<sup>19</sup>, que conta con impactantes ilustracións actuais, máis ou menos controvertidas, de procedementos xurídico-constitucionais de exixencia de responsabilidade política (con implicacións penais): recórdese o proceso de destitución por corrupción da daquela presidenta brasileira (Dilma Rousseff) activado durante o primeiro semestre de 2016, ou o argumento “anticorrupción” esgrimido polos propoñentes da moción de censura fronte ao presidente do goberno español naquel momento (Mariano Rajoy) en maio-xuño de 2018. A sombra da corrupción estivo así mesmo presente na formulación no Parlamento Europeo dunha moción de censura contra a Comisión Europea (liderada naquel momento por Jacques Santer) en xaneiro de 1999<sup>20</sup>.

A corrupción, ao alterar o modo democrático de funcionamento da sociedade e privar os Estados dos recursos necesarios para levar a cabo as súas tarefas esenciais en materia de produción de servizos básicos e estabilidade institucional, atópase na orixe directa ou indirecta da maior parte das violacións de dereitos humanos. Por tal motivo, resulta necesario a escala nacional e internacional fortalecer os mecanismos de promoción da rexeneración democrática e a loita contra a corrupción, de carácter xurisdiccional e non xurisdiccional, vinculantes e non (boas prácticas), así como a implicación das autoridades públicas e dos operadores do sector privado<sup>21</sup>, dos medios de comunicación e do conxunto da sociedade civil a través dunha boa educación para a cidadanía e os dereitos humanos<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Unha referencia clásica é a obra de RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Principios de ética pública. ¿Corrupción o servicio?*, Montecorvo, Madrid, 1993.

<sup>20</sup> Na Eurocámara tamén se debateu acerca da investigación das corruptelas no seo da FIFA (Federación Internacional de Football Association) á hora de atribuír a organización de mundiais de fútbol (mesmo no curso de sesións plenarias, por exemplo, en xuño de 2015, en relación con prácticas sospeitosas na organización dos Xogos Europeos de Bakú –celebrados en xuño de 2015– en conexión coa situación dos dereitos humanos en Acerbaixán). Por outra banda, resulta interesante a Decisión de inadmisibilidade do TEDH do 11 de febreiro de 2020 no caso *Platini c. Suíza* (demanda n. 526/18, ECLI:CE:ECHR:2020:0211DEC000052618), onde o grande ex-xogador francés de fútbol, daquela presidente da UEFA e vicepresidente da FIFA, fora obxecto dunha forte sanción disciplinaria (económica e de prohibición durante catro anos para exercer unha actividade profesional vinculada ao fútbol) polas instancias da FIFA (sanción confirmada en gran medida polo Tribunal Arbitral do Deporte) por ter percibido un salario desorbitante a través dun contrato oral suscrito co anterior presidente da FIFA; o TEDH baseou a inadmisión na falta de esgotamento dos recursos internos (con respecto ao art. 6 CEDH), en non entrar a sanción imposta no ámbito penal (á luz do art. 7 CEDH) e en estar manifestamente infundada (en canto á reputación e vida privada baixo o ángulo do art. 8 CEDH).

<sup>21</sup> De feito, na xurisprudencia do Tribunal de Luxemburgo utilizouse a noción de “bo goberno” do sector bancario para aludir á garantía da estabilidade do sistema financeiro: como ilustración, a Sentenza do TXUE do 16 de xullo de 2020 (asunto C-686/18, *Adusbef e outros*, ECLI:EU:C:2020:567), apdo. 91.

<sup>22</sup> Con tal espírito, por exemplo, a *Carta sobre a educación para a cidadanía democrática e a educación en dereitos humanos*, Recomendación CM/Rec(2010)7 adoptada polo Comité de Ministros do Consello de Europa o 11 de maio de 2010.

De todos os xeitos, a preocupación por asentar o bo goberno e atallar a corrupción non é allea ás inquietudes do constitucionalismo contemporáneo, xa desde as súas orixes. Exemplifícao a Declaración francesa de dereitos do home e do cidadán de 1789, que xa no seu preámbulo afirmaba que “a ignorancia, o esquecemento ou o menosprezo dos dereitos do home son as únicas causas das desgrazas públicas e da corrupción dos gobernos”. O preámbulo da paralela e correlativa Declaración francesa de dereitos da muller e da cidadá de 1791 promovida por Olympe de Gouges sostíña o mesmo por referencia aos “dereitos da muller”. De igual xeito, o coincidente artigo 15 das dúas declaracións propugnaba que “a sociedade”/“a masa de mulleres” ten o dereito de “pedir contas da súa administración a todo funcionario público”.

Naturalmente, a falta de transparencia e a existencia de corrupción comportan un déficit de democracia e unha violación de dereitos humanos e, polo tanto, unha imperfección do Estado social e democrático de dereito<sup>23</sup>. Así as cousas, dado que o dito Estado, e a integralidade dos seus tres cualificativos, se converteu nunha existencia axiolóxica de orde internacional, cómpre destacar a relevancia da asunción de estándares e compromisos internacionais (universais e rexionais) de transparencia e anticorrupción pola vía aplicativa (arts. 93 a 96 da Constitución española, CE) e interpretativa (art. 10.2 CE) imposta polos mandatos constitucionais.

No terreo universal, a Convención internacional contra a corrupción, adoptada o 31 de outubro de 2003<sup>24</sup>, subliña no seu preámbulo que a globalización da corrupción discorre paralela ao fenómeno da globalización económica, afirmándose que “a corrupción deixou de ser un problema local para converterse nun fenómeno transnacional que afecta a todas as sociedades e economías, o que fai esencial a cooperación internacional para previla e loitar contra ela”, salientándose que “o enriquecemento persoal ilícito pode ser particularmente nocivo para as institucións democráticas, as economías nacionais e o imperio da lei”, o que transcende as fronteiras estatais.

Por iso, incídese en que a prevención e a erradicación da corrupción son responsabilidade de todos os Estados e que “estes deben cooperar entre si, co apoio e a participación de persoas e grupos que non pertencen ao sector público, como a sociedade civil, as organizacións non gobernamentais e as organizacións de base comunitaria, para que os seus esforzos neste eido sexan eficaces”. Sobre esta cuestión, nos últimos anos, á marxe dos mecanismos públicos de exigencia de responsabilidade, véñse introducindo un concepto de *accountability* social que aposta polas iniciativas dos movementos sociais e dos medios de comunicación fronte ás prácticas corruptas<sup>25</sup>.

Neste punto, o artigo 7 refírese tanto a funcionarios como a cargos públicos, efectuando un chamamento aos Estados partes para que adopten medidas lexislativas e

<sup>23</sup> CABANAS VEIGA, M., “La raíz de la corrupción política en España”, *Política Hoy*, n. 1, 2020, p. 75: a corrupción provoca “que o Estado perda a súa esencia democrática”.

<sup>24</sup> A Asemblea Xeral da ONU, con motivo da súa adopción o 31 de outubro de 2003, declarou como Día Internacional contra a Corrupción o 9 de decembro (non por casualidade como véspera ao Día Internacional dos Dereitos Humanos), con obxecto de aumentar a sensibilización respecto de semellante praga para o conxunto da sociedade.

<sup>25</sup> Entre outros, PERUZZOTTI, E. e SMULOVITZ, C., “Accountability Social: la otra cara del control”, Peruzzotti, E. e Smulovitz, C. (eds.), *Controlando la política: ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas*, Temas, Buenos Aires, 2002, así como RAJAGOPAL, B., “International Law and Social Movements: Challenges of Theorizing Resistance”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41, n. 2, 2003, pp. 397-434.

administrativas axeitadas “co fin de establecer criterios para a candidatura e elección a cargos públicos”, agregándose a pertinencia de “adoptar sistemas destinados a promover a transparencia e a previr conflitos de intereses”. Niso incidiu, a finais de 2015, un dos informes sobre España, o elaborado pola ONG Transparencia Internacional (TI), propondo un conxunto de sesenta propostas de *Medidas de transparencia e prevención da corrupción en subvencións, licitacións e contratos públicos*, por considerar insuficiente o marco establecido mediante a Lei 19/2013, do 19 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno; entre esas medidas, resulta de interese a idea de protexer o informante, delator ou “soprón” de casos de corrupción (*whistleblower*) como estratexia de prevención, en lugar de resignarse con investigados ou condenados arrepentidos que, por desfeito, só “tiran da manta” a posteriori.

Polo demais, o preámbulo da Convención da ONU de 2003 acomete a loita multi-nivel contra a corrupción, apelando ás sinerxías cos sistemas rexionais de protección dos dereitos humanos<sup>26</sup>. Máis precisamente, no Consello de Europa, a xurisprudencia do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos (TEDH) ofrece pronunciamentos relativos a xustizables que foron vítimas dun sistema xudicial corrupto (*verbi gratia*, Sentenza do TEDH *Ramanauskas c. Lituania*, do 5 de febreiro de 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0205JUD007442001 –violación do artigo 6 CEDH–) ou que perseguiron facer valer a tutela xudicial efectiva fronte a posibles espazos de inmunidade da clase política (Sentenza do TEDH *Cordova c. Italia* n. 2, do 30 de xaneiro de 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0130JUD004564999). En todo caso, á marxe doutros tratados ou de instrumentos non vinculantes<sup>27</sup>, paga a pena mencionar mecanismos de monitoreo dirixidos directa ou indirectamente a combater a corrupción: concretamente, o Grupo de Estados contra a Corrupción (GRECO), o Comité de expertos para a avaliación de medidas contra o branqueo de diñeiro e financiamento do terrorismo (MONEYVAL), a Comisión Europea para a Democracia a través do Dereito (coñecida como “Comisión de Venecia”), o Comisario de Dereitos Humanos ou a propia Asemblea Parlamentaria do Consello de Europa<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Particularmente, exprésase “recoñecemento polos instrumentos multilaterais encamiñados a previr e combater a corrupción, incluídos, entre outros, a Convención Interamericana contra a Corrupción, aprobada pola Organización dos Estados Americanos o 29 de marzo de 1996, o Convenio relativo á loita contra os actos de corrupción nos que estean implicados funcionarios das Comunidades Europeas ou dos Estados Membros da Unión Europea, aprobado polo Consello da Unión Europea o 26 de maio de 1997, o Convenio sobre a loita contra o suborno dos funcionarios públicos estranxeiros nas transaccións comerciais internacionais, aprobado pola Organización de Cooperación e Desenvolvemento Económicos o 21 de novembro de 1997, o Convenio de dereito penal sobre a corrupción, aprobado polo Comité de Ministros do Consello de Europa o 27 de xaneiro de 1999, o Convenio de dereito civil sobre a corrupción, aprobado polo Comité de Ministros do Consello de Europa o 4 de novembro de 1999, e a Convención da Unión Africana para previr e combater a corrupción, aprobada polos xefes de Estado e de Goberno da Unión Africana o 12 de xullo de 2003”.

<sup>27</sup> No Consello de Europa, ademais dalgúns convenios (entre eles, os mencionados no preámbulo da Convención da ONU de 2003, *supra*), adoptáronse normas de *soft-law* na materia (como a Recomendación do Comité de Ministros aos Estados Membros sobre regras comúns contra a corrupción relativa a financiamento de partidos políticos e campañas electorais do 8 de abril de 2003, ou a previa Recomendación do mesmo órgano político do Consello de Europa sobre códigos de conduta para os funcionarios públicos do 11 de maio de 2000).

<sup>28</sup> Esta lanzou en abril de 2014 unha plataforma contra a corrupción para crear en Estrasburgo un novo espazo de diálogo fronte a esa ameaza dos valores europeos promovendo transparencia e honestidade na vida pública (a xeito de *guardiáns* nos seus respectivos parlamentos nacionais) e velando polas recomendacións do GRECO.

No seo da Unión Europea (UE), tanto o dereito primario como o dereito derivado ocupáronse desa rexeneración democrática<sup>29</sup>. Pola súa banda, na xurisprudencia comunitaria resolvéronse supostos nos que se pretendía evitar a interferencia de prácticas mafiosas na atribución de contratos públicos: así, a Sentenza do TXUE do 22 de outubro de 2015, *Edilux* (asunto C-425/14)<sup>30</sup>. Ademais, o Tribunal de Luxemburgo pronunciouse sobre asuntos relacionados coa acción da xustiza penal contra a corrupción, mesmo con manifestacións transnacionais que transcenden as fronteiras comúns europeas<sup>31</sup>: por exemplo, a Sentenza do TXUE do 5 de marzo de 2015 (*Ahmed Abdelaziz Ezz*, asunto C-220/14 P)<sup>32</sup>. Por outra banda, cómpre mencionar que o Parlamento Europeo modificou nos últimos anos a súa normativa interna para establecer procedementos máis rigorosos de control en materia de desprazamentos ou de axudas de custo dos eurodeputados, mentres que *ad extra* non evitou debates plenarios como o xa citado sobre as sospeitas de irregularidades na organización de eventos deportivos europeos; iso sen esquecer o papel da propia Comisión Europea no seu labor de “gardíá dos Tratados<sup>33</sup> ou a máis específica Oficina Europea de Loita contra a Fraude (OLAF)<sup>34</sup>.

En fin, a Organización sobre a Seguridade e a Cooperación en Europa (OSCE, con 57 Estados membros, non só europeos, senón así mesmo outros como Canadá, Estados Unidos de América ou a Federación de Rusia) non permaneceu allea á loita contra a corrupción. O documento máis significativo nese terreo vén constituído pola *Declaración sobre o fortalecemento da boa gobernanza e a loita contra a corrupción, o branqueo de capitais e o financiamento do terrorismo*, adoptada en Dublín polo Consello Ministerial da OSCE o 7 de decembro de 2012. En realidade, este documento acomete non unicamente esa primeira vertente do bo goberno en clave de rexeneración democrática contra a corrupción, senón igualmente a segunda dimensión relativa á boa gobernanza, realizando a importancia de “educar e formar os funcionarios

<sup>29</sup> No caso do dereito primario, o art. 83 TFUE. En desenvolvemento desa base habilitante, o dereito secundario produciu normas como a Directiva 2005/60/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de outubro de 2005, relativa á prevención da utilización do sistema financeiro para o branqueo de capitais; a Decisión marco 2003/568/XAI do Consello, do 22 de xullo de 2003, relativa á loita contra a corrupción no sector privado, e o Convenio do 26 de maio de 1997 establecido sobre a base do apartado 2.c) do artigo K.3 do TUE relativo á loita contra os actos de corrupción nos que estean implicados funcionarios das Comunidades Europeas ou dos Estados membros da UE.

<sup>30</sup> ECLI:EU:C:2015:721. Resólvese a petición de decisión prexudicial formulada polo Consello de Xustiza Administrativa da Rexión Siciliana (Italia) referente á interpretación do art. 45 da 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.

<sup>31</sup> BASSIOUNI, M.C. e VETERE, E., “Organized Crime and its Transnational Manifestations”, Bassiouni, M.C. (ed.), *International Criminal Law: Crimes*, vol. I, 2.ª ed., Transnational Publishers, New York, 1999.

<sup>32</sup> ECLI:EU:C:2015:147. Esa sentenza abordou medidas restritivas contra determinadas persoas tendo en conta a situación en Exipto en relación coa inmovilización de capitais de persoas imputadas en procedementos xudiciais por malversación de fondos públicos á luz da Convención das Nacións Unidas contra a corrupción de 2003.

<sup>33</sup> Como ilustración, no seu *Informe anticorrupción* presentado ao Consello e ao Parlamento Europeo en febreiro de 2014, a Comisión Europea puxo o seu foco de atención na loita contra a corrupción no seo dos sistemas nacionais de adjudicación pública, dada a importancia crucial que se lles atribúe a eses mercados públicos para o funcionamento do mercado interior. Con ese enfoque, a Comisión toma como premisa que a corrupción resulta gravemente nociva para a economía e para a sociedade no seu conxunto, alertando de que numerosos países no mundo sofren unha corrupción endémica que obstaculiza o desenvolvemento económico, ameaza a democracia e compromete a vixencia da xustiza social e do Estado de dereito.

<sup>34</sup> A OLAF creouse en 1999 e ten un labor relevante de supervisión tendente a evitar a corrupción e faltas graves nas institucións da UE e a asegurar a regular execución do orzamento comunitario, de cara á protección dos intereses financeiros da UE.

públicos en materia de conduta ética, elaborando e facendo obrigatorios códigos de conduta e normas lexislativas pertinentes en materia de conflito de intereses, así como adoptando e aplicando sistemas integrais de declaración de ingresos e de activos para os ditos funcionarios”, o que nos achanda o terreo para internarnos nesa segunda dimensión.

## 2.2 A acción eficiente e eficaz como expoñente de boa gobernanza

Enfocando a segunda vertente do bo goberno desde a normativa española, convén aclarar que a Lei estatal 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, evita unha definición de bo goberno nas súas diversas manifestacións; e, con tal enfoque, baixo o ángulo da técnica lexislativa, non inclúe unha disposición con definicións, xa sexa na primeira parte do texto articulado (nun título preliminar ou primeiro), xa sexa nun anexo na parte final. Ese mesmo proceder é secundado por algunhas leis rexionais<sup>35</sup>, mentres outras disposicións autonómicas si incorporan definicións de xeito asimétrico<sup>36</sup>. Sexa como for, aventúrense ou non a definir, o fundamental radica en extraer os principios xerais e específicos de bo goberno para satisfacer os ditados da eficiencia e eficacia democráticas.

Nesta liña, é unha lei rexional a que nos ofrece unhas primeiras pistas sobre esa boa gobernanza: particularmente, a Lei 4/2011, do 31 de marzo, da boa administración e do bo goberno das Illas Baleares, enténdea como “as normas, os procesos e os comportamentos que afectan á calidade do exercicio do poder ou inflúen nel, baseados nos principios de apertura, de participación, de responsabilidade, de eficacia e de coherencia. A gobernanza baséase nunha nova forma de entender a interacción das instancias públicas tradicionais, os ámbitos cívicos e económicos e a cidadanía. Perseguirase a coordinación e a cooperación entre as diferentes administracións públicas e no interior de cada unha, para facer posible o desenvolvemento dun goberno multinivel” (art. 3). Con ese entendemento, en paralelo á noción de boa administración, a exposición de motivos desa lei balear cita como fonte inspiradora a Carta dos Dereitos Fundamentais da UE (art. 41), agregando que “non se pode perder a ocasión para avanzar cara a un espazo complementario e imprescindible como é o da potenciación e a consolidación da calidade democrática naquilo que ten que ver co exercicio da acción de goberno, é dicir, o que se chama bo goberno, todo aquilo relacionado cun xeito de actuar dos líderes políticos das institucións públicas de conformidade con referencias xurídicas, morais ou éticas. Este xeito exixente de actuar valora, ademais dos mesmos protagonistas da acción de goberno, as organizacións públicas e os programas e proxectos que desenvolven”.

<sup>35</sup> Por exemplo, non se inclúe definición ningunha no conxunto do texto, nin no específico título II sobre o “Bo goberno”, da Lei 2/2015, do 2 de abril, de transparencia, bo goberno e participación cidadá da Comunidade Valenciana.

<sup>36</sup> Deste enfoque participa a Lei catalá 19/2014, do 29 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, no art. da cal 2 (incluído no título I, “Disposicións xerais”), titulado “definicións”, inclúe entre outras a de “transparencia” [letra a)], a de “bo goberno” [letra d)] ou a de “goberno aberto” [letra e)]. Polo seu lado, a Lei 3/2014, do 11 de setembro, de transparencia e bo goberno da Rioxa, conta así mesmo cunha disposición sobre “definicións” (art. 3, integrada no título I, “Disposicións xerais”), pero sorprendentemente define as nocións de “transparencia” e de “participación e colaboración cidadás” [letras a) e d) respectivamente] sen mención ningunha a “bo goberno”.

Pois ben, da lexislación estatal e rexional española (no ronsel do constitucionalismo multinivel nacional, en sinerxía co proceso de constitucionalización europeo) despréndense como principios xerais de actuación desa boa gobernanza a suxeición á Constitución e ao resto do ordenamento xurídico (que indubidablemente comprende as normas de produción nacional e internacional), así como á finalidade de satisfacer os dereitos fundamentais. Desde esta óptica, esa dobre proxección do bo goberno (respecto da legalidade nacional e internacional e dos dereitos fundamentais) non é expresión soamente da dimensión do Estado de dereito (respecto do sistema de normas e garantía de dereitos civís), senón igualmente da aposta pola sociedade do benestar á que atende a vertente social do Estado (garantía dos dereitos sociais) e pola calidade democrática do Estado (garantía dos dereitos de participación e da era tecnolóxica)<sup>37</sup>. Con relación a isto último, con razón se destacou que as novas TIC poden contribuír a un control do poder desde abaixo, a través do deseño de instrumentos para que os representantes políticos dean conta inmediata das súas actuacións á cidadanía; asemade, as TIC permiten facilitar a participación política da cidadanía nas decisións públicas na dirección dunha “tele-democracia” ou unha “ciber-democracia”, a condición dunha alfabetización dixital previa<sup>38</sup>.

Neste contexto, varias disposicións rexionais alúden ao transversal mandato interpretativo de conformidade cos estándares internacionais de dereitos humanos establecido no artigo 10.2 CE<sup>39</sup>. É máis, algunha lei autonómica na materia (por exemplo, a andaluza) chega mesmo a citar algún instrumento internacional (como o Convenio do Consello de Europa sobre acceso a documentos públicos do 18 de xuño de 2009) que curiosamente non fora ratificado por España<sup>40</sup>.

Ademais diso, o panorama normativo español presenta un minucioso elenco de principios específicos asociados á boa gobernanza, podendo mencionarse:

- a actitude de respecto coa igualdade no trato e sen discriminación nin trato arbitrario de ningún tipo;

<sup>37</sup> Cabería falar, de tal sorte, dun dereito ao bo goberno en sentido amplo, aplicando *mutatis mutandis* a reflexión efectuada por TOMÁS MALLÉN, B., “El derecho a una buena administración. Nuevos perfiles de una vieja aspiración ciudadana”, Peces-Barba Martínez, G. e outros (coords.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, tomo IV (Siglo XX), volume VI (*El derecho positivo de los derechos humanos*), libro III (*Los derechos económicos, sociales y culturales*), Madrid, Dykinson, 2013, p. 2227: “o dereito a unha boa administración abrangue outros subdereitos ou garantías fronte á Administración, afirmación que certamente non persegue en absoluto reconducir ese dereito a un terreo eminentemente liberal como clásico dereito fronte ao poder, senón enfocalo como un dereito que se exerce fronte e ante a Administración no marco do contemporáneo Estado social e democrático de dereito, é dicir, tanto fronte á Administración de modo directo como, indirectamente, ante ela con apoio na noción de acción positiva ou obriga positiva”. Da mesma autora, máis exhaustivamente a súa obra *El derecho fundamental a una buena administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004.

<sup>38</sup> TERUEL LOZANO, G.M., “Perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital”, *Fundamentos*, n. 9 (Monográfico sobre *La era de los derechos*), 2016, p. 234.

<sup>39</sup> Por exemplo, no preámbulo da Lei 4/2013, do 21 de maio, de Goberno aberto de Extremadura, sinalase: “O artigo 37 do Estatuto de autonomía, como plasmación a nivel autonómico dos principios consagrados nos artigos 1.1, 9.2, 10.2, 20 e 103 da Constitución española, imponse á Administración rexional, baixo a dependencia da Junta de Extremadura, servir con obxectividade os intereses xerais e procurar satisfacer, con eficacia e eficiencia, as necesidades públicas, de conformidade cos principios constitucionais e estatutarios, respectando os principios de boa fe, confianza lexítima, transparencia e calidade no servizo aos cidadáns”.

<sup>40</sup> *Vid.* preámbulo da Lei 1/2014, do 24 de xuño, de transparencia pública de Andalucía. En realidade, ese Convenio do Consello de Europa nin sequera fora asinado entón (a sinatura produciuse o 23 de novembro de 2021, estando avanzado o proceso de ratificación a finais de maio de 2022) por parte de España.

- a evitación e denuncia de calquera actuación irregular, acompañada da obriga de uso axeitado dos recursos que non se aparte das actividades ou fins permitidos pola normativa aplicable, servindo conseguintemente con obxectividade os intereses xerais<sup>41</sup>;
- a actuación transparente, rendendo contas de xeito responsable e fomentando a proximidade e accesibilidade cidadás (incluído o acceso aos rexistros, arquivos e documentos públicos);
- a publicidade dos compromisos gobernamentais, deseñando e avaliando de forma obxectiva periodicamente a implementación das políticas públicas;
- a audiencia da cidadanía en canto á elaboración das disposicións xerais e os actos administrativos, fortalecendo así o primado da participación da sociedade civil no deseño das políticas públicas; e
- a conduta acorde co primado da boa fe, a cal non é senón exigencia inexorable do estatuto dos suxeitos afectados (incluído o sistema de incompatibilidades)<sup>42</sup>, cuxo contido adoita reflectirse adicionalmente no xuramento, promesa ou fórmula solemne de asunción de funcións expresándose o compromiso de obrar con imparcialidade e gardando a debida reserva respecto aos feitos ou informacións coñecidos con motivo do exercicio das súas competencias.

Sobre este último aspecto, en fin, non resultará desdeñable acreditar a preparación e o perfil de cada cargo público aplicando o principio de transparencia, é dicir, facendo públicos os seus currículos e, con tal proceder, reforzando a credibilidade da súa idoneidade para actuar como bo gobernante<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> O cal ten diversas manifestacións na normativa estatal e rexional, como a obriga de obrar con imparcialidade respecto dos intereses privados afectados; de absterse de intervir nos asuntos en que conorra algunha causa que poida afectar a esa imparcialidade; ou de non se someter a ningún condicionamento aceptando regalos, favores e recoñecementos honoríficos ou conmemorativos susceptibles de facer sospeitar; de impedir que se poña en risco o interese público ou o patrimonio das administracións públicas, garantindo correlativamente unha xestión financeira xusta e equitativa dedicada á mellora do benestar da cidadanía; ou de actuar con austeridade e rigor non utilizando en beneficio propio tarxetas de crédito ou débito con cargo a contas do sector público.

<sup>42</sup> A compatibilidade e idoneidade para ocupar o posto público sen conflito de intereses adoita ir acompañada da obriga legal de presentar diversos tipos de acreditacións, como unha declaración de todas as actividades (de carácter público ou privado) anteriores á asunción do cargo público (e posteriores durante certo tempo tras o cesamento), unha declaración de bens e intereses e unha declaración sobre as rendas percibidas (con indicación do concepto e a súa procedencia).

<sup>43</sup> Semellante obriga de publicidade dos currículos do bo xestor establécese mesmo nalgúns normas rexionais con rango de lei: por exemplo, art. 38.3 da Lei 4/2011, do 31 de marzo, da boa administración e do bo goberno das Illas Baleares; art. 57 da Lei catalá 19/2014, do 29 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno; ou art. 9 da Lei 11/2017, do 22 de decembro, de bo goberno e profesionalización da xestión dos centros e organizacións sanitarias do Servizo Madrileño de Saúde.

## 2.3 A acción aberta e transparente como elemento de boa gobernabilidade

Se os dous perfís antes analizados teñen que ver, respectivamente, cunha acepción negativa (non incorrer en actividades de “mal goberno” que se aparten das exigencias de rexeneración democrática) ou cunha significación obxectiva (servir con imparcialidade de conformidade cos ditados da eficiencia e eficacia democráticas previstos pola lei en clave de boa gobernanza), o terceiro perfil adopta unha dimensión menos neutral (posto que implica apertura e militancia democráticas mediante unha conduta guiada por accións positivas a favor da boa gobernabilidade).

Sobre isto último, máis alá dos trazos polisémicos dos que participa o concepto de gobernabilidade, non cabe eludir a imbricación e vinculación entre gobernabilidade e democracia, e, consecuentemente, a boa gobernabilidade equivale a unha gobernabilidade democrática no marco da cal “a sociedade civil se despraza cara a modalidades de desenvolvemento expresadas en demandas que constitúen unha exigencia e ao mesmo tempo un reto para os que gobernan, establecendo condicións de gobernabilidade que sexan capaces de facerse cargo desas demandas”<sup>44</sup>. Desde este prisma, semellante apertura democrática reflíctese na noción de “goberno aberto”. En conexión con iso, destacou que a obriga de “políticas de cultura de transparencia e de goberno aberto” se integrou no “contido do dereito de acceso á información”<sup>45</sup>, o cal, lamentablemente, queda bastante esvaecido a causa do bombardeo de *fake news* que perturba actualmente o sistema de comunicación democrático<sup>46</sup>.

Esa proxección recóllese na lexislación española: a título de exemplo, a Lei 4/2013, do 21 de maio, de goberno aberto de Estremadura, conceptúa o “goberno aberto” [letra b) do art. 3] como “aquele que é capaz de establecer unha permanente conversación cos cidadáns co fin de escoitar o que din e solicitan; que toma as súas decisións centrándose nas necesidades e preferencias destes; que facilita a participación e a colaboración da cidadanía na definición das súas políticas e no exercicio das súas funcións; que proporciona información e comunica aquilo que decide e o fai de forma transparente; que se somete a criterios de calidade e de mellora continua; e que está preparado para render contas e asumir a súa responsabilidade ante os cidadáns aos que ha de servir”.

Esa capacidade de apertura e proxección cara á cidadanía exige, conseguintemente, reunir os dotes de bo gobernante como persoa exemplar, como servidor público profesional e como cargo político vocacional a prol da gobernabilidade democrática. Dalgún xeito, eses dotes (congruentes cos tres perfís referentes ao bo goberno, á boa gobernanza e á boa gobernabilidade) aglutináronse con maior ou menor detalle, nos últimos anos, nos chamados “Códigos de bo goberno” que se recollen en normas de

<sup>44</sup> BROWER BELTRAMIN, J., “En torno al sentido de gobernabilidad y gobernanza: delimitación y alcances”, *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, n. 67, 2016, p. 152.

<sup>45</sup> COTINO HUESO, L., “El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 40, 2017, p. 303.

<sup>46</sup> ABA CATOIRA, A., “Los desórdenes informativos en un sistema de comunicación democrático”, *Revista de Derecho Político*, n. 109, 2020, pp. 119-151.

diverso rango e natureza: no panorama normativo español van desde normas gobernamentais no eido estatal<sup>47</sup> ou autonómico<sup>48</sup> ata outras disposicións integradas en normas con rango de lei<sup>49</sup>, as cales, por outra parte, non descoñecen estándares análogos adoptados no ámbito da UE<sup>50</sup>.

Deses códigos, resulta interesante dedicar unhas liñas a un dos máis recentes, o aprobado polo Goberno da Comunidade Valenciana en 2016. En canto ao seu obxecto, segundo o artigo 1, persegue “o fin de favorecer o desenvolvemento dunhas institucións e administracións públicas íntegras, transparentes, eficaces e eficientes” (apartado 1), en vista da promoción da mellora da calidade democrática e a xeración de confianza nas institucións “mediante a exemplaridade, a integridade e a transparencia nas actuacións das persoas que ocupan cargos directivos” (apartado 2), así como o reforzamento do “respecto aos principios e valores da Constitución española e do Estatuto de autonomía da Comunidade Valenciana” (apartado 3)<sup>51</sup>.

Como pode apreciarse, neses apartados sintetízanse os tres niveis de bo goberno examinados. Agora interésanos o terceiro, que, ademais da mencionada faceta de goberno aberto, se completa cunha ambiciosa dose de militancia democrática, xa que no artigo 41 se prescribe “a adhesión previa e individualizada ao contido íntegro” do Código no momento da toma de posesión do cargo, implicando a dita adhesión “a asunción do deber de manter unha conduta e comportamento na súa vida pública acordos co contido expreso, a intención e o espírito dos principios e normas de conduta establecidas nel”. Trátase dunha apreciable obriga que viría reforzar a promesa ou xuramento de acatamento da orde constitucional, na medida en que o mandato de lealdade constitucional se vería aderezado polo plus de democraticidade derivado do expreso “compromiso cos valores democráticos” establecido na sección primeira do

Regap



ESTUDIOS

<sup>47</sup> Código de bo goberno dos membros do Goberno e dos altos cargos da Administración xeral do Estado, aprobado mediante Acordo do Consello de Ministros do 18 de febreiro de 2005 (a súa publicación dispúxose mediante Orde APU/516/2005, do 3 de marzo, BOE n. 56, do 7 de marzo de 2005).

<sup>48</sup> Por exemplo, o Código de bo goberno da Generalitat, aprobado polo Goberno valenciano mediante o Decreto 56/2016, do 6 de maio. Con anterioridade, pode mencionarse: a Resolución 3/2011, do 11 de maio, da Presidencia do Goberno Vasco mediante a que se dispón a publicación (no *Boletín Oficial do País Vasco* n. 102 do 31 de maio de 2011) do Acordo adoptado polo Consello de Goberno, polo que se aproba o Código de ética e bo goberno dos membros do Goberno, altos cargos, persoal eventual e demais cargos directivos ao servizo do sector público da Comunidade Autónoma de Euskadi. Unha solución similar alcanzárase antes en Extremadura: Resolución do 31 de marzo de 2009, do conselleiro, pola que se dá publicidade ao Acordo do Consello de Goberno polo que se aproba o Código ético de conduta dos membros do Consello de Goberno e Altos Cargos da Administración da Comunidade Autónoma de Extremadura e se adoptan medidas de transparencia, contención e austeridade na execución do gasto público (*Diario Oficial de Extremadura* n. 64 do 2 de abril de 2009). Para un encadramento do Código valenciano de bo goberno e a súa comparación con outras normas autonómicas similares, véxase JIMENA QUESADA, L., “Título II. Buen Gobierno”; Díez Sánchez, J.J. e García Macho, R. (eds.), *Comentarios a la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana*, Editorial Reus, Madrid, 2019, pp. 205-252.

<sup>49</sup> Tal é o caso de Navarra, coa súa Lei foral 2/2011, do 17 de marzo, pola que se establece un Código de bo goberno; ou, ao mesmo nivel normativo, a Lei 19/2014, do 29 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno de Cataluña, cuxo título V (“Do bo goberno”) inclúe un capítulo I titulado “Código de conduta dos altos cargos”.

<sup>50</sup> En particular, o Código europeo de boa conduta administrativa, aprobado en setembro de 2001 polo Parlamento Europeo. O Código foi actualizado en 2012 (véxase a versión actualizada no seguinte enlace: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/code\_2015\_ES.pdf, antepoñendo ao código cinco principios referentes aos servidores públicos na UE, a saber: 1. Compromiso coa UE e os seus cidadáns. 2. Integridade. 3. Obxectividade. 4. Respecto cara aos demais. 5. Transparencia.

<sup>51</sup> O Código regula ademais “o Rexistro de Actividades e de Bens e Dereitos Patrimoniais de Altos Cargos da Administración da Generalitat e do seu Sector Público Instrumental, así como as declaracións de actividades, de bens e intereses e de rendas percibidas que deben presentar os altos cargos da Administración da Generalitat e o persoal directivo do sector público instrumental da Generalitat” (apartado 4).

capítulo II do título II do Código<sup>52</sup>. Noutros termos, como se avanzaba, incorpórase unha especie de militancia democrática para os cargos públicos que, no marco da nosa carta magna, cabería entendela expresamente instaurada en materia educativa no artigo 27.2, o cal proxectaría unha especie de principio de enculturización democrática e universalismo cultural dos dereitos humanos<sup>53</sup>.

Resta por reflexionar acerca do valor dese compromiso, o que equivale a ponderar o propio peso dos códigos e, en xeral, das normas sobre bo goberno. De feito, ese compromiso de adhesión en termos de belixerancia democrática, no caso do Código valenciano, sitúase entre os mecanismos de implementación e de sanción previstos no capítulo III (“cumprimento do Código”, arts. 41 a 44) do título II do Código. Loxicamente, o grao de cumprimento, exibilidade e responsabilidade estará en función do tipo de normas de conduta<sup>54</sup>.

Polo de pronto, non cabe unha consideración homoxénea e *in toto* do alcance práctico destes códigos, dado que os principios incluídos neles son de índole diversa, máis ou menos xurídica, máis ou menos ética. Certamente, cada Código devirá tanto máis vinculante canto máis reflecta un estándar obrigatorio ou de *hard-law* que sexa concreción de normas constitucionais ou legais. Neste campo, a doutrina propuxo a distinción entre, por un lado, os códigos de conduta (administrativa e outros) éticos, cuxa natureza sería orientadora e persuasiva ao non estaren acompañados de sancións xurídicas, e, por outro lado, os códigos de conduta normativos, que si estarían provistos de tales sancións<sup>55</sup>. Á marxe da dita distinción, defendeuse así mesmo a tese segundo a cal, cando unha institución adopta unha norma interna dirixida á tutela dos cidadáns impoñéndose unhas regras de conduta, tampouco pode apartarse sen máis delas, pois tería convertido aqueles en titulares dunha situación xuridicamente relevante<sup>56</sup>.

Con carácter adicional, a praxe xudicial pode determinar que unha conduta rexida en principio por un estándar ético gañe así mesmo forza obrigatoria sobre a base dun precedente administrativo, como o demostra a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza comunitario xa na súa Sentenza do 10 de decembro de 1987 (caso *Sergio Del*

<sup>52</sup> Concretamente, a sección primeira (“compromiso cos valores democráticos e sociais”, arts. 5 a 14) desagra unha serie de obrigas que, ou ben encerran certa transversalidade, como a “suxeición aos principios constitucionais” (art. 5), o respecto aos dereitos humanos (art. 6), o compromiso contra a violencia (art. 7), a non discriminación e o respecto á diversidade (art. 8), ou a igualdade de mulleres e homes (art. 9); ou ben, cun enfoque máis concreto, aluden ao respecto á intimidade, á honra e á propia imaxe (art. 10), á aconfesionalidade (art. 11), ao compromiso coa lingua propia (art. 12), á sustentabilidade integral e á responsabilidade social (art. 13) ou á motivación e á capacidade científico-técnica (art. 14).

<sup>53</sup> Así o denominou PIETRO DE PEDRO, J., *Cultura, culturas y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 282-284.

<sup>54</sup> Esas normas terán unha consecuencia máis vinculante (ou, diversamente, menos prescritiva como *soft-law*) segundo se fagan eco ou non dos principios constitucionais caracterizadores do Estado de dereito e da actuación do Goberno e da Administración (arts. 9, 103, 105 e 106 da carta magna española), correspóndanse ou non coas normas xerais de actuación das administracións públicas establecidas no capítulo I (arts. 13 a 28) do título II, en conxunción cos requisitos dos actos administrativos (arts. 34-36) e as garantías dos dereitos no procedemento administrativo (art. 53) da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, ou garden máis ou menos analogía, en fin, con principios deontolóxicos.

<sup>55</sup> GARCÍA MEXÍA, P., “La ética pública. Perspectivas actuales”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 114, 2001, pp. 153 e ss.

<sup>56</sup> NIETO-GUERRERO LOZANO, A.M., “Luces y sombras del derecho de acceso a los documentos de las instituciones comunitarias”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n. 218, 2002, p. 85, nota ao pé 26.

*Plato e outros contra Comisión das Comunidades Europeas*, asuntos acumulados 181/86 a 184/86)<sup>57</sup>, o cal non é óbice para a eventual posta en práctica doutras garantías (cando resulten compatibles), como a intervención de órganos de supervisión instaurados nos mesmos códigos (Consellos de Bo Goberno ou denominacións similares), a fiscalización operada polas diversas Defensorías do Pobo (a nivel rexional, estatal ou europeo), ou os mecanismos de exigencia de responsabilidade política na correspondente sede parlamentaria (preguntas, interpelacións, comisións de investigación, mocións de censura, etc.).

Todo iso sen esquecer a dimensión instrumental da transparencia na súa dobre faceta de “técnica de control preventivo” e de “forma de exercicio dun poder cidadán” que non só se exerce esporadicamente a intervalos máis ou menos regulares mediante o dereito de voto, senón continuamente para controlar o poder<sup>58</sup>. En definitiva, neste ambiente de “lexitimación democrática procedemental da Administración” debe situarse “a publicidade e transparencia, que facilitarán unha comunicación entre o Estado e o cidadán máis alá da lexitimación democrática emanada das eleccións ao Parlamento”<sup>59</sup>.

### 3 Calidade democrática da proxección do bo goberno “dogmático”

#### 3.1 O bo goberno como instrumento de confianza lexítima

Desde un enfoque de Teoría Constitucional, é evidente que o concepto de Constitución se asentou como instrumento de limitación do poder co fin de asegurar confianza na cidadanía e espazos de liberdade. Con tal filosofía, Loewenstein postulou a idea de Constitución como técnica da liberdade, como un mecanismo xurdido da ideoloxía liberal cuxo *telos* é a creación de institucións para limitar e controlar o poder político. Máis concretamente, “cada Constitución presenta unha dobre significación ideolóxica: liberar os destinatarios do poder do control social absoluto dos seus dominadores, e asignarlles unha lexítima participación no proceso do poder”<sup>60</sup>. Con tales premisas, na “parte orgánica” distribúense e sepáranse os poderes para evitar que, tendendo ao abuso, os uns poidan imporse sobre os outros e, de xeito indirecto, abusar da liberdade das persoas; estas necesitan que se respecte a “parte dogmática”

<sup>57</sup> ECLI:EU:C:1987:543. Nese pronunciamento, a Corte de Luxemburgo declarou que as medidas internas adoptadas pola Administración comunitaria, “aínda que non poden cualificarse de norma xurídica a cuxa observancia está obrigada en calquera caso a Administración, establecen, con todo, unha regra de conduta indicativa da práctica que debe seguirse e da cal a Administración non pode apartarse, nun determinado caso, sen dar razóns que sexan compatibles co principio de igualdade de trato” (apartado 10).

<sup>58</sup> ROSANVALLON, P., *El buen gobierno* (trad. Horacio Pons), Manantial, Buenos Aires, 2015, especialmente pp. 321 a 343.

<sup>59</sup> GARCÍA MACHO, R., “El derecho a la información, la publicidad y transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el público”, García Macho, R. (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 32.

<sup>60</sup> LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución* (trad. de A. Gallego Anabitarte), 4.ª reimpr., Ariel, Barcelona, 1986, p. 151.

para conseguir que a liberdade se erixa nesa “tranquilidade de espírito” da que falara Montesquieu. Esta tranquilidade manifestarase, en última instancia, na confianza lexítima da cidadanía sabendo que a parte orgánica é un medio para prover á fin da realización democrática da parte dogmática.

Así pois, a calidade democrática, entendida como “calidade institucional”, debe ser proxección dun bo goberno “dogmático” que atenda as necesidades cidadás e asegure a efectividade dos dereitos e liberdades, e non un goberno “orgánico” en-simesmado na súa configuración institucional (con prurito e etiquetas de apertura, transparencia, etc.) que non conecte coa cidadanía. Con iso en mente, enténdese unha democracia de calidade como “unha estrutura institucional estable que permite que os cidadáns alcancen a liberdade e igualdade mediante o lexítimo e correcto funcionamento das súas institucións e mecanismos”. É dicir, “unha democracia de calidade prové tres dimensións de calidade: 1) é un réxime amplamente lexitimado que satisfai por completo os seus cidadáns (calidade en termos de resultados); 2) é un réxime en que os cidadáns, asociacións e comunidades que o compoñen gozan de liberdade e igualdade (calidade en termos de contidos), e 3) é un réxime en que os propios cidadáns teñen o poder de verificar e avaliar se o seu goberno persegue os obxectivos de liberdade e igualdade dentro das regras do Estado de dereito (calidade en termos de procedementos)<sup>61</sup>.

Con tales presupostos, os tres perfís ou arestas das exixencias de bo goberno que se intentaron delimitar no apartado anterior (2, *supra*) reflicten un modesto esforzo de sistematización que resulta tanto máis pertinente canto que o recente panorama normativo rexional (en clave de dereito autonómico comparado, do que se deu conta nas epígrafes precedentes), en lugar de apuntalar sobre bases sólidas as nocións implicadas na democracia de calidade e o bo goberno, sementan maior confusión terminolóxica e ostensibles doses de mala técnica legislativa coa conseguinte inseguridade xurídica. Ilustra esta afirmación a Lei 1/2022, do 13 de abril, de transparencia e bo goberno da Comunidade Valenciana.

Trátase, en efecto, dunha ilustración de desgoberno das leis, dun despropósito de técnica legislativa en sentido estrito e amplo<sup>62</sup>. A nova Lei valenciana 1/2022 insírese dificilmente no ordenamento autonómico na materia e, malia o seu título, non se

<sup>61</sup> MORLINO, L., *La calidad de las democracias en América Latina*, cit., pp. 25–26.

<sup>62</sup> O concepto restrinxido de técnica legislativa foi manexado polo Grupo de Estudos de Técnica Legislativa (GRETEL) referente ao estudo illado da composición e redacción das leis e disposicións xurídicas (GRETEL, *Curso de técnica legislativa*, Centro de Estudos Constitucionales, Madrid, 1989). Pola súa banda, un concepto máis amplo estuda as normas como parte integrante do ordenamento xurídico co fin de conseguir a maior coherencia do sistema normativo: *vid.* SAINZ MORENO, F., “La técnica normativa. Visión unitaria de una materia plural”, Corona, J.M., Pau, F. e Tudela, J. (coords.), *La técnica legislativa a debate*, Tecnos, Madrid, 1994. Esta segunda acepción conta con antecedentes ilustres onde a calidade da lei non se concibía illadamente, senón dentro do sistema: así, por exemplo, na exposición do vocábulo “Lexislador” da *Enciclopedia* francesa, Diderot e D’Alembert entendían que “na lexislación todo está interconectado, todo depende o un do outro, o efecto dunha boa lei expándese sobre mil obxectos alleos a esa lei: un ben procura outro ben, o efecto reincide sobre a causa, a orde xeral mantén todas as partes, e cada unha inflúe sobre a outra e sobre a orde xeral. O espírito de comunidade, estendido sobre o todo, fortifica, conecta e vivifica o todo” (DIDEROT, D. e LE ROND D’ALEMBERT, J., *Artículos políticos de la “Enciclopedia”* (selección, tradución e estudo preliminar de R. Soriano e A. Porras), Tecnos (Colección ‘Clásicos del pensamiento’), Madrid, 1986, p. 65. Esta percepción xa fora posta de manifesto así mesmo por John Stuart Mill ao sinalar que “cada cláusula da lei exige ser redactada coa percepción máis exacta e previsora da súa relación coas demais cláusulas, e que a lei, unha vez completa, debe fundirse e encadrarse co conxunto das preexistentes”: MILL, J.S., *Del Gobierno representativo* (trad. de M.C.C. de Iturbide), Tecnos (Colección ‘Clásicos del pensamiento’), Madrid, 1985, p. 61.

perfila como instrumento de confianza lexítima da cidadanía en termos de transparencia e bo goberno, con tan só reparar, de momento, nos seguintes catro aspectos:

- 1) con ela véñse substituír a Lei 2/2015, do 2 de abril, de transparencia, bo goberno e participación cidadá da Comunidade Valenciana, derogándoa na súa maior parte<sup>63</sup> (basicamente coa excepción do bloque relativo á participación cidadá, o cal comporta que se cambie o título da substituída Lei 2/2015)<sup>64</sup>;
- 2) co lóxico pretexto de non xerar un amplo baleiro normativo derivado dunha tramitación lexislativa precipitada e controvertida<sup>65</sup>, hai unha remisión explícita, en todo o que non se opoña á nova Lei 1/2022, aos decretos principais do Goberno autonómico que desenvolveron a Lei 2/2015<sup>66</sup>;
- 3) esa mesma precipitación motiva que as novas previsións da Lei 1/2022 sobre algunha materia crucial, como a publicación activa, posterguen a súa aplicación efectiva ata pasado un ano da súa publicación no diario oficial autonómico<sup>67</sup>, e
- 4) sobre todo, a Lei 1/2022 carece inusitadamente de preámbulo (aínda que, curiosamente, por erro se poña que hai preámbulo no índice do texto consolidado publicado no BOE<sup>68</sup>) ao non ter mediado sequera consenso parlamentario para integralo no texto aprobado, co cal non se expoñen os motivos que levaron á aprobación da nova lexislación, contradicíndose curiosa e flagrantemente o que proclama o seu artigo 59 como principio de boa regulación normativa<sup>69</sup>.

Regap



ESTUDIOS

## 3.2 O bo goberno como vector de participación cidadá

Á luz do sinalado, convén incidir en que os procedementos institucionais derivados do exercicio do bo goberno, xunto coa garantía da liberdade e a igualdade, foron considerados como “tres aspectos substanciais dunha democracia de calidade. E

<sup>63</sup> Véxase a disposición derogatoria única. *Derogación normativa*: “Coa entrada en vigor desta lei quedan derogados, da Lei 2/2015, do 2 de abril, da Generalitat, de transparencia, bo goberno e participación cidadá da Comunidade Valenciana, os artigos 2 a 6, os dous incluídos; os títulos I, II, III e IV na súa totalidade, e as disposicións adicionais. Tamén se derrogan os apartados 1 e 2 do artigo 1, cuxo contido pasa a ser parágrafo único. Así mesmo, quedan derogadas todas as disposicións do mesmo rango ou dun rango inferior que se opoñan ao establecido nesta lei”.

<sup>64</sup> Véxase a disposición derradeira primeira. *Modificación do título da Lei 2/2015, do 2 de abril, da Generalitat, de transparencia, bo goberno e participación cidadá da Comunidade Valenciana*: “Modifícase o título da Lei 2/2015, do 2 de abril, da Generalitat, de transparencia, bo goberno e participación cidadá da Comunidade Valenciana, que pasa a denominarse Lei de participación cidadá da Comunidade Valenciana”.

<sup>65</sup> Véxase o *Diario de Sesiones de Les Corts Valencianes* n. 102, do 30 de marzo de 2022, pp. 5459 e ss.

<sup>66</sup> Véxase a disposición derradeira segunda.

<sup>67</sup> Véxase a disposición derradeira terceira.

<sup>68</sup> BOE n. 119, do 19 de maio de 2022.

<sup>69</sup> Para unha aproximación aos aspectos positivos e negativos desta nova lexislación valenciana, incidíndose nesa ausencia de preámbulo, léase BLANES, M.A., “Principales novedades de la Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Generalitat Valenciana”, *Blog de Transparencia y Gobierno Abierto*. Acceso web: <https://miguelangelblanes.com/2022/04/25/principales-novedades-de-la-ley-1-2022-de-13-de-abril-de-transparencia-y-buen-gobierno-de-la-generalitat-valenciana/>.

son conceptos que se poden traducir empiricamente nun conxunto de dereitos políticos e civís medibles. Mentres tanto, os dous motores que impulsan a calidade democrática son, obviamente, a competencia política e a participación cidadá<sup>70</sup>. Se acaso, habería que perfilar esas coordenadas da participación cidadá insistindo en que a liberdade e a igualdade, por unha banda, deben ser reais e efectivas na liña da cláusula de progreso do artigo 9.2 da Constitución española e, por outra banda, teñen que estar completadas así mesmo pola indispensable solidariedade como valor constitucional aglutinante da procura existencial do Estado social e democrático de dereito proclamado no artigo 1.1 da propia carta magna<sup>71</sup>.

Desafortunadamente, enlazando coa ilustración anterior, a nova lexislación valenciana amputou dalgún xeito a visibilidade e, polo tanto, a efectividade, desa “participación cidadá”. Este importante bloque, de proxección dun bo goberno “dogmático”, atópase en conexión directa cos dereitos civís e políticos, pero tamén cos dereitos económicos sociais, culturas e ambientais, todos eles como reflexo indivisible e interdependente dos valores de liberdade, igualdade e solidariedade. Pola contra, no plano substancial, esa participación cidadá queda agora diluída na anterior e case derogada na súa totalidade Lei valenciana 2/2015, do título da cal se suprime a alusión á transparencia e ao bo goberno para darlle un novo título como “Lei de participación cidadá da Comunidade Valenciana” (segundo a mencionada disposición derradeira primeira da Lei 1/2022). Con tal proceder técnico, a “nova” Lei de participación cidadá (case un resto da vella Lei 2/2015) adquire menos visibilidade que a anterior e “autónoma” Lei 11/2008, do 3 de xullo, de participación cidadá da Comunidade Valenciana, derogada precisamente pola Lei 2/2015 xunto a outras leis valencianas relacionadas con esa participación da cidadanía<sup>72</sup>.

Semellante déficit democrático substancial vese acentuado se se repara, novamente, no feito de que a Lei valenciana 1/2022 omitiu o preámbulo, nunha clara contradición en termos de técnica lexislativa co mencionado artigo 59 da mesma lei<sup>73</sup>. Esa omisión non admite xustificación ningunha, e menos aínda na materia regulada, posto que, “se ten importancia e utilidade para nós coñecer os compoñentes do elemento que respiramos, non será menos importante, sen dúbida, nin moito menos

<sup>70</sup> MORLINO, L., *La calidad de las democracias en América Latina*, cit., p. 26.

<sup>71</sup> Insigne teorizador constitucionalista da solidariedade foi o xurista francés DUGUIT, L., *Manual de Derecho Constitucional* (1921), Granada, Comares (edición preparada por J.L. Monereo Pérez e J. Calvo González), 2005, pp. 6-7.

<sup>72</sup> Disposición derogatoria única (*derrogación normativa*) da Lei 2/2015: “Á entrada en vigor desta lei quedan derogadas a Lei 11/2007, do 20 de marzo, da Generalitat, de Comunidades de Valencianos no Exterior; a Lei 11/2008, do 3 de xullo, da Generalitat, de participación cidadá da Comunidade Valenciana; a Lei 11/2009, do 20 de novembro, da Generalitat, de cidadanía corporativa, e o Decreto 206/2007, do 19 de outubro, do Consell, polo que se crea a Comisión Interdepartamental para a Participación Cidadá. Así mesmo, quedan derogadas cantas disposicións de igual ou inferior rango se opoñan ao disposto nesta lei”.

<sup>73</sup> A dita disposición (titulada Principios de boa regulación normativa) encabeza o capítulo II (do título IV) dedicado a “Calidade normativa” e ten a seguinte redacción: “1. O Consell debe exercer a iniciativa lexislativa e a potestade regulamentaria de forma que as normas cumpran os principios de necesidade, eficacia, proporcionalidade, seguridade xurídica, transparencia e eficiencia propios da boa regulación, e que o proceso da súa elaboración sexa transparente e participativo. 2. A iniciativa normativa debe dispor dun marco normativo estable, claro e doado de coñecer e comprender pola cidadanía. 3. As iniciativas normativas deben considerar en primeiro lugar e dar preferencia a aquelas medidas que sexan menos restritivas para os dereitos das persoas. 4. A adecuación a estes principios dos anteproxectos de lei e dos proxectos de regulamento debe estar suficientemente xustificada na exposición de motivos ou o preámbulo correspondentes”.

útil comprender os principios das leis (esforzándonos en facelas progresar) grazas ás cales vivimos con seguridade”<sup>74</sup>.

O déficit aínda é máis notorio baixo a lupa do bo goberno como vector de participación cidadá se se recorda que a Lei valenciana 1/2022 veu precedida por un anteproxecto lexislativo do Executivo valenciano (composto pola coalición tripartita Socialista-Compromís-Unidas Podemos) de “Goberno aberto da Comunidade Valenciana” (do 7 de xuño de 2019); ese anteproxecto estaba integrado por máis dun centenar de artigos e estruturado (tras a exposición de motivos e un título preliminar, ademais das disposicións da parte final) en dous grandes bloques, é dicir, un libro I titulado “Da transparencia e o bo goberno” (arts. 6 a 73) e un libro II titulado “Da participación cidadá e o fomento do asociacionismo” (arts. 74 a 113). O que chama a atención é que este proxecto lexislativo gobernamental (que procedía á abrogación ou derogación total da Lei valenciana 2/2015) quedou inexplicablemente frustrado (sen darlle oportunidade a mostrar que esa novidade lexislativa se perfilaba como unha oportunidade de cambio)<sup>75</sup> malia o seu custo en termos humanos e económicos (incluídas as memorias de impacto pertinentes, o ditame do Consell Jurídico Consultivo e, por suposto, comparecencias de persoal experto e contribucións derivadas da participación cidadá). Sen maior explicación, despois, preséntase e apróbase a criticada Lei valenciana 1/2022, que sorprendentemente ten a súa orixe nunha proposición de lei dos mesmos grupos parlamentarios que integran o Goberno autonómico<sup>76</sup> (...) coa *peculiaridade*, nada desdeñable, de prescindir de todos eses trámites que leva consigo un proxecto lexislativo gobernamental, incluída a maior participación cidadá.

## 4 Reflexións finais sobre bondades e novidades da democracia de calidade e do bo goberno tras a crise pandémica

Chegados a este punto, cabe constatar que os imperativos dunha democracia de calidade e as exixencias de bo goberno se viron menoscabados durante e tras a crise pandémica. Este menoscabo proxectouse forzosamente durante uns meses, en España e noutros lugares, como consecuencia do carácter global da pandemia, co peche dos parlamentos, das sedes xudiciais e das instalacións gobernamentais, convertendo case nunha quimera a teoría e a realidade dun parlamento aberto, dunha xustiza pública e dun goberno así mesmo aberto.

A problemática, entón, non residiu tanto na excepcional restrición a ese espírito de apertura que debe presidir o funcionamento de toda sociedade democrática, senón

<sup>74</sup> BENTHAM, J., *Fragmento sobre el Gobierno* (trad. de J. Larios Ramos), Sarpe, Madrid, 1984, p. 26.

<sup>75</sup> Na doutrina destacouuse que o goberno aberto debe responder á demanda dunha maior implicación cidadá nos asuntos públicos, así como á necesidade de implantar a transparencia como principio consubstancial ao concepto de democracia: MONTERO CARO, M.D., *Goberno aberto como oportunidade de cambio*, Dykinson, Madrid, 2020.

<sup>76</sup> Véxase *Proposición de llei de transparencia i bon govern de la Comunitat Valenciana, presentada pels grups parlamentaris Socialista, Compromís i Unides Podem* (RE n. 23.111, *Boletín Oficial de Les Corts Valencianes*, n. 110 do 21 de outubro de 2020; interesante así mesmo o n. 232 do 11 de marzo de 2022, Ditame da Comisión de Coordinación, Organización e Réxime das Institucións da Generalitat).

en controlar o abuso no peche e o recurso ás excepcións, con afectación ao disfrute dos dereitos e liberdades por parte da cidadanía. En ocasións, foi a nosa xurisdición constitucional a que exerceu o control e formulou o correspondente reproche de inconstitucionalidade (ao peche do Parlamento<sup>77</sup> ou ao uso inadecuado e desmedido polo Goberno do decreto-lei<sup>78</sup> ou dos instrumentos relativos aos estados excepcionais<sup>79</sup>), mentres outras veces foron as instancias europeas as que operaron un control para o que non estiveron á altura os órganos xurisdicións nacionais<sup>80</sup>.

Polo tanto, o relevante estriba en ser capaces de afrontar a crise pandémica para que as súas desgraciadas implicacións socioeconómicas, sanitarias e humanitarias non dexeren tamén nunha crise de valores constitucionais e europeos<sup>81</sup>. Neste traballo púxose o acento na democracia de calidade e no bo goberno como exigencias axiolóxicas de orde nacional e internacional, cun enfoque de constitucionalismo multinivel ilustrado especialmente a través do dereito autonómico comparado en España; e do exame efectuado despréndese unha imperiosa necesidade de desenvolver unha dinámica interrelación entre bo goberno, boa gobernanza e boa gobernabilidade que non prescinda da participación da cidadanía. Prodúcese así unha inexorable complementariedade entre os perfís do bo gobernante (que non se desvía da actuación honesta marcada polo ordenamento xurídico), o bo xestor (que fai gala de capacidade xeral para gobernar con eficiencia e eficacia en beneficio do exercicio efectivo dos dereitos e liberdades) e o bo demócrata (que promove con espírito de apertura os valores da democracia). Neses tres perfís cifrouse a esencia, aparencia e proxección da calidade democrática e do bo goberno no mundo actual<sup>82</sup>.

Ademais, outro reto fundamental reside en dotar de fluidez a relación dos dous vértices políticos do bo goberno (político e “politécnico”), entre eles e con respecto ao vértice funcional da boa administración<sup>83</sup>. Máis aínda: a complementariedade e fluidez citadas redundarán en beneficio da cidadanía. Desde esta perspectiva, o triángulo quedaría mellor deseñado se, na base, reunimos nun vértice político todos

<sup>77</sup> Mediante a STC 168/2021, do 5 de outubro (ECLI:ES:TC:2021:168), declarouse a ilexitimidade constitucional (con estimación da acción de amparo formulada polos deputados recorrentes, por vulneración do seu dereito fundamental de participación política do art. 23 da Constitución) da suspensión da actividade parlamentaria decretada pola Mesa do Congreso mediante un acordo do 19 de marzo de 2020 (e o posterior acordo do 21 de abril de 2020 confirmatorio do anterior).

<sup>78</sup> TERUEL LOZANO, G.M., “Los decretos-leyes en la crisis del coronavirus: perspectiva constitucional”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n. 8, 2020, p. 223.

<sup>79</sup> As dúas declaracións de estado de alarma (Real decreto 465/2020, do 14 de marzo, e Real decreto 926/2020, do 25 de outubro) e correspondentes prórrogas realizadas para a xestión do COVID-19 recibiron senllos reproches mediante SSTC 148/2021, do 14 de xullo (ECLI:ES:TC:2021:148), e 183/2021, do 27 de outubro (ECLI:ES:TC:2021:183).

<sup>80</sup> TOMÁS MALLÉN, B., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la pandemia de la COVID-19 (análisis de las primeras decisiones)”, *Revista General de Derecho Europeo*, n. 54, 2021, pp. 45-73. Véxase así mesmo a ficha temática elaborada pola Secretaría do propio TEDH sobre “COVID-19 health crisis” ([https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Covid\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Covid_ENG.pdf)).

<sup>81</sup> MALDONADO-MELÉNDEZ, M.A. e BRINGAS GÓMEZ, M.A., *La integridad, el buen gobierno y la buena administración en las contrataciones públicas*, Gaceta Jurídica, Lima, 2021, p. 32: “Os principios de bo goberno e boa administración teñen relevancia xurídica de primeiro nivel, pois, estando vinculado ao exercicio do poder público, teñen unha construción constitucional e un recoñecemento como principios e á vez como dereitos, nas disposicións constitucionais de diversos países, en especial en España e na Europa comunitaria”.

<sup>82</sup> JIMENA QUESADA, L., “Perfiles actuales del buen gobierno como imperativo de calidad democrática: una visión desde Europa y España”, *Anuario de la Red Eurolatinoamericana de Buen Gobierno y Buena Administración*, 2020, p. 15.

<sup>83</sup> RAMIÓ, C., *La extraña pareja. La procelosa relación entre políticos y funcionarios*, cit., p. 87.

os altos cargos e postos directivos afectados polo bo goberno e situamos no vértice funcional os empregados públicos concernidos pola boa administración, para colocar na cúspide o vértice cidadán.

No entanto, non parece que a máis recente acción governamental e lexislativa, sinaladamente no terreo autonómico español, puxese no centro a participación cidadá, como acredita a citada Lei 1/2022, do 13 de abril, de transparencia e bo goberno da Comunidade Valenciana. Con ela non soamente se puxo en evidencia unha confusa inflación terminolóxica arredor do bo goberno, senón igualmente unha desorde de técnica lexislativa que esvaeceu a participación cidadá, dándose a sensación dun “parcheo” normativo e unha alternancia política nese eido similar á que se vén percibindo hai décadas a nivel estatal coa aprobación pendular de leis educativas.

Albíscase, como consecuencia, un declive ou déficit na terminoloxía e na praxe da calidade da democracia e do bo goberno. A diversa irrupción de novos termos, susceptible de constituír un bo exercicio de técnica lexislativa cando se inclúe en disposicións normativas ou glosarios con definicións aclaratorias, non parece que se plasme inevitablemente en novos espazos de exercicio democrático e de bo goberno, senón en frecuentes manifestacións de populismo, demagogia e desgoberno. Do mesmo xeito que, por certo, se suscitan sospeitas acerca dun suposto novidoso constitucionalismo que, ao peor, nin é novo (no uso de categorías clásicas da teoría constitucional)<sup>84</sup> nin se revela democrático (no uso dos instrumentos de participación cidadá, impregnados dunha ficticia *democracia de Twitter*).

Co pano de fondo deses cambios terminolóxicos e normativos, en certo grao cosméticos, resultan altisonantes nocións como administración electrónica e goberno aberto, ao non se compadeceren na praxe cunha alfabetización ou accesibilidade ás novas TIC<sup>85</sup> (a causa dunha fenda dixital trocada de pobreza e exclusión social) que fai ilusoria a democracia electrónica e os propios Obxectivos de Desenvolvemento Sustentable (ODS) que configuran a Axenda 2030 aprobada pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas o 25 de setembro de 2015<sup>86</sup>. Irremediabilmente, a calidade da democracia está influída pola era tecnolóxica e, desde logo, as novas TIC influen, cando menos, en tres piares esenciais como son a participación cidadá nos procesos electorais, nos *inputs* e *outputs* dos parlamentos, e nos medios dixitais e as novas formas de información (e desinformación) a través de redes sociais e espazos web que afectan á creación e manipulación da opinión pública<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Para un discernimento das diversas nocións implicadas, léase BENAVIDES ORDÓÑEZ, J., “Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina”, *Ius Humani*, Vol. 5, 2016, particularmente pp. 175-177.

<sup>85</sup> Ese e outros desafíos son acometidos con exhaustividade por CASTELLANOS CLARAMUNT, J., *Participación ciudadana y buen gobierno democrático: posibilidades y límites en la era digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020. Con análoga filosofía, a participación cidadá (en conexión coa tecnoloxía, a transparencia e a rendición de contas) destacou como un dos vectores esenciais do goberno aberto: SOLÍS RIBEIRO, R., “¿En qué consiste un gobierno abierto?”, Naser, A., Ramírez-Alujas, A. e Rosales, D. (eds.), *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, 2017, p. 85.

<sup>86</sup> Véxase o apartado 15 da introdución da Declaración final da Axenda 2030, así como o concreto Obxectivo 16 cando propugna “crear a todos os niveis institucións eficaces e transparentes que rendan contas”.

<sup>87</sup> O xeito en que eses tres piares democráticos se están a ver afectados polas novas TIC é analizado en cada unha das tres partes en que se estrutura a obra de SÁNCHEZ NAVARRO, A. e FERNÁNDEZ RIVEIRA, R.M. (dirs.), *Reflexiones para una demo-*

O dito non é óbice para reflexionar en clave positiva acerca de como a robotización en curso produce grandes mutacións nas nosas sociedades, pondo así o punto de mira en como as nosas democracias robotizadas son aptas para promover unha sociedade máis xusta e igualitaria<sup>88</sup>. Nese contexto de dixitalización e robotización da democracia, a crecente “supremacía cuántica” debe ser obxecto de recondución para a integración da ética e a transparencia no propio algoritmo<sup>89</sup>, o cal constitúe todo un reto para garantir que a intelixencia artificial evite perniciosos nesgos humanos e mellore a sociedade garantindo unha toma de decisións equitativa e igualitaria<sup>90</sup>.

En último termo, a garantía eficaz da vixencia da calidade democrática e do bo goberno pode asegurarse por distintas vías en función das diversas vertentes analizadas, isto é: a) os perfís do bo goberno ante as exigencias da rexeneración democrática son susceptibles de facerse valer mediante a activación da responsabilidade penal fronte á corrupción; b) os perfís da boa gobernanza ante os ditados da eficiencia e eficacia democráticas, cando caiba reconducilos á legalidade da actuación gobernamental e administrativa, poderán someterse ao control da xurisdición contencioso-administrativa; c) e os perfís da boa gobernabilidade ante os reclamos de goberno aberto e militancia democrática presentarán unhas doses de supervisión máis ou menos contundentes en función do acomodo aos emerxentes códigos de bo goberno (na medida en que esas normas éticas reflectan obrigas legais –e, entón, poidan someterse así mesmo á peneira xurisdiccional– ou prevalentemente morais –caso en que quedarán a mercé e grao de severidade da crítica social, coas eventuais implicacións políticas e electorais–).

A fin de contas, a garantía preventiva por excelencia do bo goberno pasa pola formación dos suxeitos gobernantes e pola máis ampla pedagogía cidadá, posto que a cultura dos dereitos (así mesmo dos dereitos ao bo goberno e á boa administración), e o seu correlato para os que soportan os correspondentes deberes de bo goberno e de boa administración<sup>91</sup>, constitúen o mellor antídoto fronte a unha pésima acción (de goberno, de gobernanza e de gobernabilidade) a todos os niveis, incluído o local<sup>92</sup>.

---

*cracia de calidad en una era tecnológica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

<sup>88</sup> Con tal enfoque, MORENO, L. e JIMÉNEZ, R., *Democracias robotizadas. Escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, Catarata, Madrid, 2018.

<sup>89</sup> Con razón se criticou a opacidade que xera na cidadanía o uso dos algoritmos a través dos robots software das administracións públicas: CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Robots, asistentes virtuales e automatizacións das administracións públicas”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 61, 2021, p. 20.

<sup>90</sup> MORENO, L. e JIMÉNEZ, R., *De fuera hacia dentro. Reflexiones de cambio en tiempos de pandemia, 2019-21*, Amazon, 2021, p. 95.

<sup>91</sup> *Vid.*, amplamente, PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

<sup>92</sup> Así o destacou igualmente PONCE SOLÉ, J., “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)”, *Anuario del Gobierno Local 2012*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, 2013, p. 114.

## Bibliografía

- ABA CATOIRA, A., “Los desórdenes informativos en un sistema de comunicación democrático”, *Revista de Derecho Político*, n. 109, 2020.
- BAR CENDÓN, A., “La Unión Europea como unión de valores y derechos: teoría y realidad”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 33, 2014.
- BASSIOUNI, M.C. e VETERE, E., “Organized Crime and its Transnational Manifestations”, Bassiouni, M.C. (ed.), *International Criminal Law: Crimes*, Vol. I, 2.ª ed., Transnational Publishers, New York, 1999.
- BENAVIDES ORDÓNEZ, J., “Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina”, *Ius Humani*, Vol. 5, 2016.
- BENTHAM, J., *Fragmento sobre el Gobierno* (trad. de J. Larios Ramos), Sarpe, Madrid, 1984.
- BLANES, M.A., “Principales novedades de la Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Generalitat Valenciana”, *Blog de Transparencia y Gobierno Abierto*. Acceso web: <https://miguelangelblanes.com/2022/04/25/principales-novedades-de-la-ley-1-2022-de-13-de-abril-de-transparencia-y-buen-gobierno-de-la-generalitat-valenciana/>.
- BROWER BELTRAMIN, J., “En torno al sentido de gobernabilidad y gobernanza: delimitación y alcances”, *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, n. 67, 2016.
- CABANAS VEIGA, M., “La raíz de la corrupción política en España”, *Política Hoy*, n. 1, 2020.
- CASTELLANOS CLARAMUNT, J., *Participación ciudadana y buen gobierno democrático: posibilidades y límites en la era digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Robots, asistentes virtuales e automatizaciones das administracións públicas”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 61, 2021.
- COTARELO GARCÍA, R., “La universalización de la democracia”, *Sistema*, n. 4, 1991.
- COTINO HUESO, L., “El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 40, 2017.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J. e TAJADURA TEJADA, J., *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, 3ª ed., Ed. Guillermo Escolar, Madrid, 2022.
- DE VEGA GARCÍA, P., “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 100, 1998.
- DIDEROT, D. e LE ROND D’ALEMBERT, J., *Artículos políticos de la “Enciclopedia”* (selección, traducción e estudio preliminar de R. Soriano e A. Porras), Tecnos (Colección ‘Clásicos del pensamiento’), Madrid, 1986.
- DUGUIT, L., *Manual de Derecho Constitucional* (1921), (edición preparada por J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González), Granada, Comares, 2005.
- GARCÍA MACHO, R., “El derecho a la información, la publicidad y transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el público”, García Macho,

Regap



ESTUDIOS

- R. (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- GARCÍA MEXÍA, P., “La ética pública. Perspectivas actuales”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 114, 2001.
- GRETEL, *Curso de técnica legislativa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- JIMENA QUESADA, L., *La Europa social y democrática de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007.
- JIMENA QUESADA, L., “El tríptico liberal en el constitucionalista social”, *Revista General de Derecho Público Comparado (Monográfico sobre Liberté, Égalité, Fraternité)*, n. 20, 2017.
- JIMENA QUESADA, L., “Título II. Buen Gobierno”, Díez Sánchez, J.J. e García Macho, R. (eds.), *Comentarios a la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana*, Editorial Reus, Madrid, 2019.
- JIMENA QUESADA, L., “Perfiles actuales del buen gobierno como imperativo de calidad democrática: una visión desde Europa y España”, *Anuario de la Red Eurolatinoamericana de Buen Gobierno y Buena Administración*, 2020.
- LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución* (trad. de A. Gallego Anabitarte), 4.ª reimpr., Ariel, Barcelona, 1986.
- MALDONADO-MELÉNDEZ, M.A. e BRINGAS GÓMEZ, M.A., *La integridad, el buen gobierno y la buena administración en las contrataciones públicas*, Gaceta Jurídica, Lima, 2021.
- MILL, J.S., *Del Gobierno representativo* (trad. de M.C.C. de Iturbe), Tecnos (Colección ‘Clásicos del pensamiento’), Madrid, 1985.
- MONTERO CARO, M.D., *Gobierno abierto como oportunidad de cambio*, Dykinson, Madrid, 2020.
- MORENO, L. e JIMÉNEZ, R., *Democracias robotizadas. Escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, Catarata, Madrid, 2018.
- MORENO, L. e JIMÉNEZ, R., *De fuera hacia dentro. Reflexiones de cambio en tiempos de pandemia, 2019-21*, Amazon, 2021.
- MORLINO, L., *La calidad de las democracias en América Latina*, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), San José de Costa Rica, 2014.
- NIETO-GUERRERO LOZANO, A.M., “Luces y sombras del derecho de acceso a los documentos de las instituciones comunitarias”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n. 218, 2002.
- PACE, A., *I limiti del potere*, Jovene Editore, Napoli, 2008.
- PERUZZOTTI, E. e SMULOVITZ, C., “Accountability Social: la otra cara del control”, Peruzzotti, E. e Smulovitz, C. (eds.), *Controlando la política: ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas*, Temas, Buenos Aires, 2002.
- PIETRO DE PEDRO, J., *Cultura, culturas y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

- PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- PONCE SOLÉ, J., “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)”, *Anuario del Gobierno Local 2012*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, 2013.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Principios de ética pública. ¿Corrupción o servicio?*, Montecorvo, Madrid, 1993.
- ROSANVALLON, P., *El buen gobierno* (trad. Horacio Pons), Manantial, Buenos Aires, 2015.
- RAJAGOPAL, B., “International Law and Social Movements: Challenges of Theorizing Resistance”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 41, n. 2, 2003.
- RAMIÓ, C., *La extraña pareja. La procelosa relación entre políticos y funcionarios*, 2ª ed., Catarata, Madrid, 2015.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado Constitucional democrático y social*, UNAM, Ciudad de México, 2005.
- SAINZ MORENO, F., “La técnica normativa. Visión unitaria de una materia plural”, Corona, J.M., Pau, F. e Tudela, J. (coords.), *La técnica legislativa a debate*, Tecnos, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ NAVARRO, A. e FERNÁNDEZ RIVEIRA, R.M. (dirs.), *Reflexiones para una democracia de calidad en una era tecnológica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- SARTORI, G., *Teoría de la democracia. Tomo II: Los problemas clásicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1988.
- SOLIS RIBEIRO, R., “¿En qué consiste un gobierno abierto?”, Naser, A., Ramírez-Alujas, A. e Rosales, D. (eds.), *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, 2017.
- TERUEL LOZANO, G.M., “Perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital”, *Fundamentos*, n. 9 (Monográfico sobre *La era de los derechos*), 2016.
- TERUEL LOZANO, G.M., “Los decretos-leyes en la crisis del coronavirus: perspectiva constitucional”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n. 8, 2020.
- TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004.
- TOMÁS MALLÉN, B., “El derecho a una buena administración. Nuevos perfiles de una vieja aspiración ciudadana”, Peces-Barba Martínez, G. e outros (coords.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, tomo IV (Siglo XX), volume VI (*El derecho positivo de los derechos humanos*), libro III (*Los derechos económicos, sociales y culturales*), Madrid, Dykinson, 2013.
- TOMÁS MALLÉN, B., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la pandemia de la COVID-19 (análisis de las primeras decisiones)”, *Revista General de Derecho Europeo*, n. 54, 2021.

regap



ESTUDIOS





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 63\_xaneiro-xuño 2022 | pp. 33-57  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.vii63.4917>  
© María Olaya Godoy Vázquez  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 31/03/2022 | Aceptado: 14/07/2022  
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

63 Regap

## Impacto do COVID-19 na transparencia

Impacto del COVID-19  
na transparencia

Impact of COVID-19  
on transparency

Regap



ESTUDIOS

MARÍA OLAYA GODOY VÁZQUEZ  
Profesora axudante doutora de Dereito Constitucional  
Universidade Complutense de Madrid

<https://orcid.org/0000-0002-9775-1139>

[olagodoy@ucm.es](mailto:olagodoy@ucm.es)

**Resumo:** A declaración do estado de alarma en marzo de 2020 para facer fronte a unha crise sanitaria sen precedentes provocada pola irrupción do COVID-19 en España levou consigo a suspensión dos procedementos administrativos, incluída a tramitación das solicitudes de acceso á información pública; impuxo restricións ao exercicio da liberdade de prensa; e evidenciou a fragilidade dos mecanismos considerados na Lei 19/2013 para a tutela da transparencia. Ao longo deste estudo realízase unha aproximación ao ámbito xurídico da transparencia e analízase o impacto que o COVID-19 despregou nos seus distintos aspectos.

**Palabras clave:** COVID-19, estado de alarma, transparencia, liberdade de prensa, dereito de acceso á información, información pública, suspensión de procedementos administrativos, contratación pública de emerxencia.

**Resumen:** La declaración del estado de alarma en marzo de 2020 para hacer frente a una crisis sanitaria sin precedentes provocada por la irrupción del COVID-19 en España conllevó la suspensión de los proce-

dimientos administrativos, incluída a tramitación de las solicitudes de acceso a la información pública; impuso restriccións al exercicio de la libertad de prensa; y evidenció la fragilidad de los mecanismos contemplados en la Ley 19/2013 para la tutela de la transparencia. A lo largo del presente estudio se realiza una aproximación al ámbito jurídico de la transparencia y se analiza el impacto que el COVID-19 ha desplegado en sus distintos aspectos.

**Palabras clave:** COVID-19, estado de alarma, transparencia, libertad de prensa, derecho de acceso a la información, información pública, suspensión de procedimientos administrativos, contratación pública de emergencia.

**Abstract:** The declaration of the state of alarm in March 2020 to confront an unprecedented health crisis caused by the outbreak of COVID-19 in Spain led to the suspension of administrative procedures, including processing requests for access to public information; imposed restrictions on the exercise of freedom of the press; and evidenced the fragility of the mechanisms addressed in Act 19/2013 for the protection of transparency. This study provides an approach to the legal field of transparency and analyses the impact that COVID-19 has had on its different aspects.

**Key words:** COVID-19, state of alarm, transparency, freedom of the press, right of access information, public information, suspension of administrative procedures, emergency public procurement.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 Ámbito xurídico da transparencia. 2.1 Ámbito subxectivo. 2.1.1 Determinación do suxeito activo: o dereito de acceso á información pública. 2.1.2 Determinación do suxeito pasivo: os distintos niveis de transparencia. 2.2 Ámbito obxectivo. 2.2.1 A información pública: concepto e categorización. 2.2.2 A publicidade activa: principios xerais e características. 3 Impacto do COVID-19 no ámbito da transparencia: medidas gobernamentais e efectos da declaración do estado de alarma. 3.1 O control gobernamental da información pública e a restrición da liberdade de prensa. 3.2 A suspensión do dereito de acceso á información pública. 3.3 O incumprimento da obriga de publicidade activa: a opacidade da contratación pública de emerxencia e a ocultación da composición do Comité de Expertos. 4 Reflexión final.

## 1 Introducción

A situación de pandemia provocada polo COVID-19 impactou de cheo na transparencia, pondo de manifesto a fragilidade dos mecanismos considerados para a súa tutela e a necesidade de proceder ao seu fortalecemento<sup>1</sup>.

Durante os primeiros meses da crise sanitaria (abril e maio de 2020), xeneralizouse unha percepción de falta de transparencia na actividade gobernamental e de censura informativa<sup>2</sup>, debido á concorrencia de distintos factores: cambio de formato nas roldas de prensa e control de preguntas; suspensión, restrición ou demora do acceso á información pública; opacidade dos contratos públicos de emerxencia adxudicados; e, entre outros, ocultación da relación de membros integrantes do Comité de Expertos que asesoraba o Goberno, e do contido dos informes empregados para autorizar o denominado proceso de “desescalada”. A conxunción destas circunstancias, no marco dun estado de alarma declarado para facer fronte a unha crise sanitaria sen precedentes, propiciou que os medios de comunicación incorporasen á axenda mediática

<sup>1</sup> BLANES CLIMENT, M.A., “La incidencia del Covid-19 sobre la transparencia de las instituciones públicas”, *Revista Española de la Transparencia*, n. 11, 2020, p. 16.

<sup>2</sup> IBÁÑEZ PEIRÓ, A., “La actividad informativa del Gobierno español durante la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus, Covid-19”, *Revista Española de Comunicación en Salud*, n. extra 1, 2020, p. 24.

noticias relacionadas coa transparencia e a liberdade de información<sup>3</sup>, argumentando que neste contexto o acceso sen restricións á información pública adquiriría a máxima relevancia por dous motivos: para satisfacer o aumento da demanda cidadá e como fórmula para exercer un nivel mínimo de control sobre a actividade governamental.

O labor dos medios de comunicación contribúe de xeito esencial ao exercicio dese necesario control da actividade governamental, e complementábase cos mecanismos de transparencia considerados na Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno (Lei 19/2013).

Conforme o disposto nesta lei, a regulación da transparencia en España articulouse arredor de dous aspectos: a obriga de publicidade activa da actividade pública e o recoñecemento e garantía do dereito de acceso á información pública. Na práctica, a súa aplicación concretouse na imposición de obrigas vinculantes para os responsables e nas consecuencias xurídicas derivadas da súa vulneración.

Desde unha perspectiva xurídica, a transparencia pode definirse como o deber (ou a vontade) de dar razón dos propios actos, é dicir, de explicar de forma razoada e razoable as actuacións levadas a cabo<sup>4</sup>. Preténdese así ofrecer unha imaxe de solvencia fronte a terceiros. Non obstante, desde un punto de vista político, a transparencia vai máis alá, e eríxese en instrumento medidor da realización do Estado democrático e de dereito<sup>5</sup>. O Goberno transparente fomenta a rendición de contas ante os cidadáns e promove un control social permanente<sup>6</sup>. A transparencia convértese así nun instrumento para reforzar a confianza cidadá, promover a cohesión social e contribuír ao fortalecemento das institucións. Máis transparencia leva consigo, polo tanto, mellor calidade democrática<sup>7</sup>.

A declaración do estado de alarma, xa declarado inconstitucional<sup>8</sup>, suspendeu o exercicio de dereitos que gozan no noso ordenamento do máximo nivel de protección, como son a liberdade relixiosa, a liberdade de circulación e de residencia, a liberdade de información e o dereito á educación. E implicou a interrupción de todos os prazos administrativos (e a suspensión de todos os procedementos administrativos),

<sup>3</sup> ESPINOSA SÁNCHEZ, N., "Censura y manipulación informativa durante las primeras semanas de la crisis del Coronavirus en España", *La Razón Histórica*, n. 46, 2020, p. 41.

<sup>4</sup> ARENILLA SÁEZ, M. e REDONDO LEBRERO, J.C., *Crisis y reforma de la Administración Pública*, Netbiblio, Oleiros, 2011, p. 360.

<sup>5</sup> ARES GONZÁLEZ, V., "Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 33, mayo 2014, p. 4.

<sup>6</sup> RAMÍREZ ALUJAS, A., "Gobierno Abierto, Servicios Públicos 2.0 y Ciudadanía Digital: Notas para una nueva agenda de modernización de la gestión pública en Iberoamérica", *GIGAPP Estudios/Working Papers*, 2011, p. 25.

<sup>7</sup> A transparencia ten atribuída unha función instrumental, posto que permite que os cidadáns exerzan os seus dereitos de forma plena e que realicen un escrutinio público estrito que mellora a calidade democrática, xa que, como sinala HERNÁNDEZ RAMOS, no caso contrario "con poderes públicos sen ser sometidos a unha efectiva rendición de contas, tanto institucional como cidadá, é cuestión de tempo que a calidade democrática languidez e a desafección cidadá creza". HERNÁNDEZ, RAMOS, M., "El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del TEDH: un derecho instrumental imprescindible para la eficacia del Convenio desde la teoría general de los derechos", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 42, 2018, p. 508.

<sup>8</sup> O Tribunal Constitucional, en virtude da Sentenza 148/2021, do 14 de xullo de 2021, resolveu o Recurso de inconstitucionalidade 2054/2020, interposto polo Grupo Parlamentario Vox do Congreso dos Deputados en relación con diversos preceptos do Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se declarou o estado de alarma para a xestión da situación de crise sanitaria ocasionada polo COVID-19; o Real decreto 465/2020, do 17 de marzo, polo que se modificou o anterior; os reais decretos 476/2020, do 27 de marzo, 487/2020, do 10 de abril, e 492/2020, do 24 de abril, polos que se prorrogou o estado de alarma declarado polo Real decreto 463/2020, e a Orde SND/298/2020, do 29 de marzo, pola que se estableceron medidas excepcionais en relación cos velorios e cerimonias fúnebres para limitar a propagación e o contaxio polo COVID-19.

incluídos os relativos á tramitación das solicitudes de acceso á información pública. A adopción desta medida, sen precedentes, non só privou os cidadáns deste dereito, que cobra especial relevancia en tempos de incerteza, senón que, ademais, restou eficacia á liberdade de prensa ao restrinxir o dereito que teñen os medios de comunicación a obter e difundir información pública<sup>9</sup>.

Ao longo deste estudo realízase unha aproximación ao ámbito xurídico da transparencia (II) desde as súas dúas vertentes: o seu ámbito subxectivo (2.1) e o seu ámbito obxectivo (2.2). A continuación, abórdase o impacto que a declaración do estado de alarma tivo en distintos aspectos da transparencia (III): control da información e restrición do exercicio das liberdades informativas (3.1); suspensión do dereito de acceso á información pública (3.2); e incumprimento das obrigas de publicidade activa (3.3). O estudo conclúe cunha breve reflexión final (IV).

## 2 Ámbito xurídico da transparencia

A Lei 19/2013 constitúe a norma xeral sobre transparencia en España, xeneralidade que deriva do carácter de lexislación básica que presentan a maior parte dos seus preceptos, do seu amplo ámbito de aplicación e do concepto de información pública sobre o que pivota.

A teor do disposto no seu artigo 1, a lei pretende ampliar e reforzar a transparencia da actividade pública, así como regular e garantir o dereito de acceso á información relativa a esa actividade, ademais de establecer obrigas de bo goberno que non integran o obxecto deste estudo.

### 2.1 Ámbito subxectivo

Ao efectuar unha aproximación ao ámbito subxectivo da Lei 19/2013, cabe distinguir a análise desde a perspectiva do suxeito activo (titular do dereito de acceso á información pública) e desde a posición dos suxeitos pasivos (obrigados a ser transparentes).

#### 2.1.1 Determinación do suxeito activo: o dereito de acceso á información pública

A lei dedica o capítulo II do título I (arts. 12 a 24) a regular o dereito de acceso á información pública. Así, no seu artigo 12 reconece o dereito de acceso á información pública de “todas as persoas”, por remisión do artigo 105 B) da Constitución. Por conseguinte, a titularidade do dereito atribúese a persoas físicas e xurídicas, nacionais e estranxeiras. Con esta regulación introdúcese un grande avance respecto da normativa anterior, posto que a Lei 30/92, no seu artigo 37, utilizaba o termo cidadán e restrinxía o exercicio do dereito de acceso á acreditación dun interese lexítimo. A Lei 19/2013 comporta agora o recoñecemento do dereito de acceso baixo un concepto máis amplo e, por conseguinte, outorga unha amplísima lexitimación activa

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ BLANCO, V., “¿Se vulneró el Derecho a recibir información durante el primer estado de alarma en la crisis del Covid-19?”, *Revista Española de la Transparencia*, n. 12, 2021, p. 228.

ao non exixir a acreditación de ningún requisito especial para solicitar e acceder á información pública.

O exercicio do dereito de acceso lévase a cabo por solicitude, tramitada conforme o procedemento que se regula no artigo 17: escrito dirixido ao titular do órgano (ou entidade) que estea en posesión da información que se desexa obter facendo constar a identidade do solicitante, a información concreta á que se desexa acceder, un enderezo de contacto e a modalidade de acceso preferida.

Establécense así mesmo os criterios para a inadmisión das solicitudes (art. 18), delimitando como causas: que a información solicitada estea en proceso de elaboración ou publicación xeral; que teña carácter auxiliar ou de apoio (p. e., borradores ou informes internos); que estea en proceso de reelaboración; que se dirixira a un órgano que non posúa a información; que se trate de peticións manifestamente repetitivas; ou que teña carácter abusivo. A inadmisión determina a finalización do procedemento; non obstante, procede destacar que a lei exige que a inadmisión sexa motivada en todo caso. Segundo os criterios interpretativos fixados polo Consello de Transparencia e Bo Goberno<sup>10</sup>, a existencia de motivación implica expresar a causa de inadmisión, e a súa correspondente xustificación legal ou material, dunha forma concreta e aplicada a cada caso.

Admitido a trámite o procedemento, a solicitude deberá ser resolta no prazo dun mes, contado desde a súa recepción polo órgano competente para resolvela, prazo que poderá ser ampliado por outro mes máis, en caso de complexidade ou do amplo volume de información que se deba facilitar (art. 20.1). En caso de estimación, o acceso á información pública solicitada efectuarase preferentemente por vía electrónica e con carácter gratuíto (art. 22.1). A non resolución en prazo terá efecto desestimatorio (art. 20.4) e facultará, ou ben para a interposición de recurso ante a xurisdición contencioso-administrativa (art. 20.5), ou ben para a formulación de recurso ante o Consello de Transparencia e Bo Goberno (art. 24), recurso que ten carácter substitutivo dos recursos administrativos ordinarios:alzada ou reposición<sup>11</sup>.

A denegación da solicitude formulada deberá ser motivada (art. 20.2) e tamén abrirá a vía de recurso por calquera das dúas opcións. As reclamacións (por denegación expresa ou desestimación por transcurso de prazo máximo para resolver) deberán interperse no prazo dun mes, e deberán ser resoltas nun prazo de tres meses. Xa en último termo resulta destacable que o incumprimento reiterado do prazo previsto para resolver as solicitudes se cualifica como infracción grave (art. 20.6).

A propia Constitución establece no artigo 105 b) tres límites ao exercicio do dereito de acceso á información pública: a seguridade e defensa do Estado, a indagación de delitos e a intimidación das persoas. Ao emanar toda a regulación do dereito de acceso dese precepto constitucional, os límites que prevé deben ser tidos en conta para o desenvolvemento lexislativo. Por conseguinte, a lei, no seu artigo 14, recolle unha

<sup>10</sup> Órgano que crea a propia Lei (arts. 33-40) como garante do dereito de acceso á información pública. SIERRA RODRÍGUEZ, J., "A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. (coord.), *Apuntes sobre la transparencia*, UCM, Madrid, 2018, p. 19.

<sup>11</sup> ORDUÑA PRADA, E., "La estructura orgánica del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno", Troncoso Reigada, A. (coord.), *Comentario a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Civitas, Madrid, 2017, pp. 1696-1716.

serie de ámbitos que limitan o acceso á información pública cando poida supor un prexuízo; e no seu artigo 15 concilia a relación entre o dereito de acceso á información pública e a protección de datos persoais.

No sentido exposto, o artigo 14 incorpora as previsións constitucionais e engade unha serie de campos que rexen como límite: as relacións exteriores; as funcións administrativas de vixilancia, inspección e control; intereses económicos e comerciais; a política económica e monetaria; o segredo profesional; a propiedade industrial e intelectual; os procesos de toma de decisión; e a protección do medio ambiente. A título conclusivo, cabería sinalar que, a través destes ámbitos, se protexen intereses de natureza pública, dereitos e intereses privados, ou dereitos fundamentais<sup>12</sup>. A este respecto, é importante precisar dúas cuestións. En primeiro lugar, que a limitación só actúa cando exista un prexuízo; a lei exige un dano e non un mero perigo para os bens concorrentes que intenta protexer<sup>13</sup>. E, en segundo lugar, que a limitación debe estar xustificada e ser proporcionada ao obxecto e finalidade da protección que se pretende<sup>14</sup>. As dúas precisións resultan relevantes na medida en que as denegacións das solicitudes de acceso á información pública deben estar motivadas (art. 20.2).

Xa en último termo procede destacar que o precepto, ao facer referencia á xustificación e proporcionalidade, introduce como criterio de valoración atender “as circunstancias do caso concreto, especialmente a concorrencia dun interese público ou privado superior que xustifique o acceso” (art. 14.2). Este matiz chama a atención, posto que, como xa se sinalou, non é requisito invocar nin acreditar xustificación ningunha para formular a solicitude (art. 12), pero parece que a motivación do interese polo solicitante podería ser determinante para favorecer o acceso á información pública<sup>15</sup>.

A protección de datos persoais como límite ao exercicio do dereito de acceso á información pública radica na súa condición de dereito fundamental recoñecido como tal e, polo tanto, especialmente protexido pola lei orgánica que o regula (actualmente a Lei orgánica 3/2018, do 5 de decembro, de protección de datos persoais e garantía dos dereitos dixitais). Pola súa banda, o dereito de acceso á información pública foi regulado por lei ordinaria (a Lei 19/2013) e, por iso, o seu exercicio debe acomodarse ao réxime do dereito fundamental. A natureza ordinaria da lei reguladora do dereito foi fortemente criticada por un amplo sector da doutrina que defende que debería ter tido carácter de lei orgánica, ao entender que o dereito de acceso á información pública ten rango de dereito fundamental dada a estreita relación que se aprecia

<sup>12</sup> MORETÓN TOQUERO, M.ªA., “Los límites del derecho de acceso a la información pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 33, maio 2014, p. 14.

<sup>13</sup> MORETÓN TOQUERO, M.ªA., “Los límites del derecho de acceso a la información pública”, cit., p. 14.

<sup>14</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, J., “A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, cit., p. 22.

<sup>15</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, J., “A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, cit., p. 22.

entre o acceso á información pública e o artigo 20.1 d) da Constitución (dereito á información)<sup>16</sup>.

A conciliación da protección de datos persoais e o exercicio do dereito de acceso á información pública regúlase no artigo 15. Como sinala BURGAR<sup>17</sup>, pódense establecer tres niveis de protección ou categorías para os datos de carácter persoal: na primeira categoría (máximo grao de protección) atópanse os datos que están especialmente protexidos; na segunda categoría inclúense outros datos de carácter persoal, que non gozan da consideración de especialmente protexidos; e na terceira categoría (menor grao de protección) sitúanse os referidos unicamente a datos identificativos relacionados coa organización, funcionamento ou actividade do órgano ou entidade.

Con relación aos datos que están especialmente protexidos (primeira categoría), o artigo 15 considera dous niveis de protección que xustifican a limitación ou restrición do exercicio do dereito de acceso á información pública. A través do primeiro nivel de protección, limítase o acceso á información pública que contemple datos relacionados coa ideoloxía, a afiliación sindical, a pertenza relixiosa ou as crenzas. Nestes supostos, o acceso á información só estará permitido se os datos son públicos, ou se obtivo con carácter previo e expreso o consentimento do afectado. O segundo nivel de protección aplícase para limitar o acceso á información pública que contén algún dos seguintes datos: datos con referencia á orixe racial, á saúde ou á vida sexual; datos xenéticos ou biométricos; ou datos relativos á comisión de infraccións penais ou administrativas que non levan consigo amoestación pública. Nestes supostos o acceso á información só estará permitido se existe cobertura legal, ou se obtivo con carácter previo e expreso o consentimento do afectado.

O acceso á información pública que conteña datos persoais non especialmente protexidos (segunda categoría) poderá limitarse logo de ponderación suficientemente razoada de interese público na divulgación da información e os dereitos dos afectados cuxos datos aparezan na información. Os criterios para efectuar esta ponderación están definidos no artigo 15.3: a xustificación da petición de acceso; a finalidade do acceso (para fins históricos, científicos, estatísticos); o menor prexuízo dos dereitos dos afectados cando só se consigne a súa identificación; e a maior garantía para os afectados en caso de información que poida afectar á intimidade, seguridade ou a menores.

O acceso á información pública que conteña datos correspondentes á identificación da organización, ao funcionamento ou á actividade pública do órgano ou entidade permitírase salvo que, no caso concreto que se examine, deba prevalecer a protección de datos persoais ou outros dereitos ou bens protexidos constitucionalmente (art.

<sup>16</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L., "Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno", *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 49, 2014, p. 11; e SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., "El derecho de acceso a la información pública en España y los Países Bajos. Dos escenarios mejorables", *Estudios de Deusto*, vol. 64, n. 2, 2016, p. 5.

<sup>17</sup> BURGAR ARQUIMBAU, J.M., "Aproximación a la protección de datos de carácter personal en el marco de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", *Revista Digital CEMCI*, n. 23, 2014, p. 9.

15.2). A excepción á regra xeral que se contempla no precepto comporta de forma implícita a existencia dunha ponderación previa de todos os intereses concorrentes<sup>18</sup>.

Xa en último termo, procede destacar que a información pública que fose obxecto de tratamento para disociar os datos de carácter persoal, impedindo así a identificación dos afectados, está excluída de toda protección (art. 15.4) e, polo tanto, nese caso concreto o acceso á información pública non estará suxeito a ningún tipo de limitación.

A colisión entre a debida protección dos datos persoais e o exercicio do dereito de acceso á información pública é constante, e obriga á ponderación do interese público e dos dereitos dos afectados en cada caso concreto, o que constitúe a orixe do maior número de controversias que xorden na aplicación da lei. De aí que a Axencia Española de Protección de Datos e o Consello de Transparencia e Bo Goberno fixasen de forma conxunta os criterios interpretativos sobre os límites ao exercicio do dereito de acceso á información pública, coa finalidade de clarificar a relación entre as dúas materias e lograr unha interpretación uniforme das normas.

### 2.1.2 Determinación do suxeito pasivo: os distintos niveis de transparencia

A condición de suxeitos pasivos descríbese nos artigos 2 a 4 da Lei 19/2013, que conforman o capítulo I do seu título I.

Esta foi a cuestión máis debatida, e a que sufriu máis modificacións durante o proceso de elaboración da lei, ao ser o aspecto máis permeable ás suxestións dos expertos<sup>19</sup> e ás demandas sociais que se puxeron de manifesto durante a consulta electrónica<sup>20</sup>, e foron reiteradas polos medios de comunicación durante os anos 2012 e 2013<sup>21</sup>. En consecuencia, durante a tramitación parlamentaria ampliouse o ámbito dos suxeitos pasivos, o que foi interpretado positivamente, aínda que, na realidade, levou consigo unha desnaturalización da concepción orixinal da norma, ao forzar a introdución de réximes particulares para poder ser respectuosa con todos os intereses en xogo<sup>22</sup>. Así, o ámbito subxectivo da lei quedou configurado en tres niveis de transparencia, en función do maior ou menor grao de existencia que o lexislador lles impón aos suxeitos pasivos.

O primeiro nivel (art. 2) é o que comprende o maior número de suxeitos pasivos<sup>23</sup> e pode identificarse co de máxima transparencia, dada a vinculación de todos eles ao

---

<sup>18</sup> BURGAR ARQUIMBAU, J.M., "Aproximación a la protección de datos de carácter personal en el marco de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", cit., p. 14.

<sup>19</sup> As contribucións dos expertos recibíronse no seo das sesións celebradas entre abril e xuño de 2012 no Centro de Estudos Políticos e Constitucionais e nas comparecencias ante a Comisión Constitucional do Congreso dos Deputados entre marzo e xuño de 2013.

<sup>20</sup> Celebrada entre os días 26 de marzo e 10 de abril de 2012.

<sup>21</sup> ARES GONZÁLEZ, V., "Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública", cit., p. 10.

<sup>22</sup> SJERRA RODRÍGUEZ, J., "A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", cit., p. 19.

<sup>23</sup> Administración xeral do Estado, administracións das comunidades autónomas e das cidades de Ceuta e Melilla e entidades que integran a Administración local; entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social así, como mutuas de accidentes de traballo e enfermidades profesionais colaboradoras da Seguridade Social; organismos autónomos, axencias

cumprimento tanto das obrigas de publicidade activa previstas (arts. 5 a 8) como á satisfacción do dereito de acceso á información pública (publicidade pasiva, arts. 12 a 24). O grao de detalle que alcanza a enumeración do precepto mereceu unha valoración positiva. Non obstante, algúns autores<sup>24</sup> cuestionaron a necesidade de incluír unha referencia concreta a determinados suxeitos ao entender que están xa incluídos noutros (p. e., as mutuas de accidentes de traballo e enfermidades profesionais). Pola súa parte, outros autores<sup>25</sup> criticaron a súa proxección limitada ás actividades suxeitas ao dereito administrativo das institucións do Estado (p. e., a Casa Real) pola dificultade que entraña esta delimitación.

Xa en último termo procede resaltar que, malia o tratamento unitario que en aparencia se lles outorga a todos os suxeitos, ao incluílos no mesmo precepto, na aplicación práctica, as obrigas de publicidade activa son diferentes, sendo maior o grao de exixencia que se lles impón aos suxeitos que teñen a consideración de administracións públicas<sup>26</sup>. E tampouco resulta plenamente coincidente en todos eles o ámbito de actividade que debe ser transparente conforme a lei<sup>27</sup>.

O segundo nivel (art. 3), de intensidade notablemente inferior, comprende varios tipos de entidades privadas que presentan diferenzas substanciais entre si, e que quedan sometidas só ao cumprimento dalgunha das obrigas de publicidade activa (previstas no capítulo II do título I). Neste precepto inclúese, por un lado, os partidos políticos e as organizacións sindicais e empresariais; e, por outro lado, as entidades receptoras de axudas ou subvencións públicas, nunha contía anual relevante en función de determinados parámetros (o denominado terceiro sector). Este precepto non figuraba no proxecto orixinal da lei e incorporouse durante o trámite parlamentario no Congreso dos Deputados.

O que xustificou a inclusión dos partidos políticos e das organizacións sindicais e empresariais foi a importancia da súa actividade e a relevancia constitucional que se lles recoñece ás súas funcións (no título preliminar da Constitución, arts. 6 e 7), e non que entre as súas fontes de financiamento as axudas e subvencións públicas ocupen un lugar destacado. Por conseguinte, aínda que un partido político (ou un

---

estatais, entidades públicas empresariais e entidades de dereito público que, con independencia funcional ou cunha especial autonomía recoñecida pola lei, teñan atribuídas funcións de regulación ou supervisión de carácter externo sobre un determinado sector ou actividade; entidades de dereito público con personalidade xurídica propia, vinculadas a calquera das administracións públicas ou dependentes delas, incluídas as universidades públicas; corporacións de dereito público, no relativo ás súas actividades suxeitas a dereito administrativo; a Casa da súa Maxestade o Rei, o Congreso dos Deputados, o Senado, o Tribunal Constitucional e o Consello Xeral do Poder Xudicial, así como o Banco de España, o Consello de Estado, o Defensor do Pobo, o Tribunal de Contas, o Consello Económico e Social e as institucións autonómicas análogas, en relación coas súas actividades suxeitas a dereito administrativo; as sociedades mercantís en cuxo capital social a participación, directa ou indirecta, das entidades previstas neste artigo sexa superior ao 50 por 100; as fundacións do sector público previstas na lexislación en materia de fundacións; as asociacións constituídas polas administracións, organismos e entidades previstos neste artigo.

<sup>24</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 64.

<sup>25</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, J., "A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", cit., p. 18.

<sup>26</sup> ARES GONZÁLEZ, V., "Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública", cit., p. 12.

<sup>27</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, J., "A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", cit., p. 18.

sindicato) se financie exclusivamente con recursos privados, continúa suxeito ao cumprimento das obrigas de publicidade activa co mesmo grao de exixencia que outro que reciba varios millóns de euros de subvencións públicas ao ano. Cómpre destacar que durante a tramitación da lei se formulou se tería sido máis correcto regular as obrigas de publicidade activa dos partidos políticos e das organizacións sindicais e empresariais nas súas propias normas reguladoras<sup>28</sup>.

Para a inclusión das entidades privadas perceptoras do que se denominou un “financiamento público relevante”<sup>29</sup>, o lexislador estableceu un dobre criterio: un absoluto, percepción de máis de 100.000 € en cómputo anual; e outro relativo, percepción mínima de 5.000 € que comporte, polo menos, o 40 % do total dos ingresos anuais. Estes criterios adoptados polo lexislador persegue acoller un número suficiente de entidades que xustifique a previsión legal, sen obrigar a que o mero feito de percibir unha pequena cantidade de diñeiro público implique o cumprimento dunhas obrigas que resultarían máis gravosas canto máis pequena fose a entidade. A este respecto cabe sinalar que o mínimo fixado no texto que o Congreso dos Deputados remitiu ao Senado era de 3.000 € e que foi durante a tramitación parlamentaria no Senado onde se acordou a súa elevación ata os 5.000 €.

O terceiro nivel (art. 4) contén unha cláusula residual, ao prever que determinadas persoas físicas e xurídicas que presten servizos públicos ou exerzan potestades administrativas teñan que subministrar a algúns dos suxeitos enumerados no artigo 2.1 (principalmente os que teñen a consideración de administracións públicas) a información que precisen para o cumprimento das súas obrigas en materia de transparencia<sup>30</sup>. Trátase do nivel de menor intensidade, posto que só lles impón aos suxeitos que comprende a obriga de facilitar determinada información pública ao órgano ou entidade que proceda, logo de requirimento, e non exige o cumprimento de obriga ningunha en materia de publicidade activa e satisfacción do dereito de acceso á información pública.

Esta cláusula residual persegue un dobre obxectivo: por unha parte, impedir que puidesen quedar á marxe da transparencia persoas relevantes para a sociedade polas funcións que desempeñan (prestación de servizos públicos ou exercicio de potestades administrativas); e, por outra parte, evitar a dificultade que tería suposto para moitas delas a aplicación do procedemento administrativo previsto para o exercicio do dereito de acceso á información pública. Esta previsión legal traslada á Administración pública a carga de articular o procedemento administrativo necesario (requirimento) para que os cidadáns poidan acceder á información pública que consta en poder

<sup>28</sup> As opinións a favor desta opción fundamentáronse nos posibles problemas, disfuncións e dúbidas de interpretación que pode xerar a inclusión de suxeitos de natureza privada nunha norma deseñada e concibida para entidades públicas. ARES GONZÁLEZ, V., “Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública”, cit., p. 17.

<sup>29</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, J., “A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, cit., p. 19.

<sup>30</sup> O artigo 4 da lei dispón que “as persoas físicas e xurídicas distintas das referidas nos artigos anteriores que presten servizos públicos ou exerzan potestades administrativas estarán obrigadas a subministrar á Administración, organismo ou entidade das previstas no artigo 2.1 a que se atopen vinculadas, logo de requirimento, toda a información necesaria para o cumprimento por aqueles das obrigas previstas neste título. Esta obriga estenderase aos adjudicatarios de contratos do sector público nos termos previstos no respectivo contrato”.

destas persoas e que, en ocasións, esperta grande interese. Agora ben, sen obviar as virtudes do precepto, criticouse que a súa redacción pode presentar algúns problemas na súa aplicación<sup>31</sup>: a interpretación e alcance do termo servizo público, cuestión non sempre pacífica na doutrina administrativa; e as consecuencias que poidan derivar do incumprimento da obriga de subministrar a información requirida.

## 2.2 Ámbito obxectivo

O concepto de información pública delimita o ámbito obxectivo da norma e, polo tanto, as posibilidades de exercer o dereito de acceso á información pública e a imposición das obrigas en materia de publicidade activa.

### 2.2.1 A información pública: concepto e categorización

Conforme o disposto no artigo 13 da Lei 19/2013, enténdese por información pública “os contidos ou documentos, calquera que sexa o seu formato ou soporte, que cons-ten en poder dalgún dos suxeitos incluídos no ámbito de aplicación deste título e que fosen elaborados ou adquiridos no exercicio das súas funcións”. Esta definición supuxo unha ruptura coa concepción de información que inspiraba o teor do artigo 37 da Lei 30/92, que puña o acento nos documentos<sup>32</sup>. Na interpretación sistemática do artigo 13, BARRERO non entende acertado considerar que información pública é a que consta en poder dalgún dos suxeitos incluídos no ámbito de aplicación do título I da lei, xa que os suxeitos que se relacionan no artigo 3 (partidos políticos, organizacións sindicais e empresariais e entidades privadas) non están vinculados pola obriga de publicidade pasiva. Por iso, ao seu entender, a expresión “en poder de” debe interpretarse non só como posesión física, senón tamén xurídica<sup>33</sup>.

A lei agrupa a información que cómpre publicar (arts. 6 a 8) en tres categorías: información institucional, organizativa e de planificación; información de relevancia xurídica; e información económica, orzamentaria e estatística.

Como sinalaron distintos autores<sup>34</sup>, a información que se inclúe nesta primeira categoría (institucional, organizativa e de planificación) era accesible xa, na maior parte das entidades públicas, con anterioridade á entrada en vigor da lei. O contido desta información debe incluír a atribución de competencias e funcións, a normativa de aplicación, a estrutura organizativa e a identificación dos responsables. A lei exige tamén a publicación do organigrama e do perfil e traxectoria profesional dos responsables. O artigo 6.2 introduce outras obrigas, como a publicación dos plans e programas anuais e plurianuais que fixen obxectivos concretos, e das actividades,

<sup>31</sup> ARES GONZÁLEZ, V., “Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública”, cit., p. 19.

<sup>32</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, cit., p. 212.

<sup>33</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, cit., p. 212.

<sup>34</sup> Por todos, SIERRA RODRÍGUEZ, J., “A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, cit., p. 24.

medios e prazo previsto para a súa execución. Esta obriga foi criticada ao entender que presume que as entidades públicas executan correctamente o labor de planificación e dispoñen de plans ben elaborados, presunción que se aparta moito da realidade<sup>35</sup>. A información institucional e organizativa deberá ser publicada por todos os suxeitos pasivos da lei. A información de planificación só deberán publicala as administracións públicas.

Na segunda categoría (información de relevancia xurídica) inclúense (art. 7) directrices, instrucións, acordos, circulares ou respostas a consultas vinculantes; tamén anteproxectos de lei, proxectos de decretos lexislativos e de regulamentos, as memorias e informes dos expedientes para a elaboración de textos normativos, e calquera outro documento que, segundo a normativa sectorial, teña que ser sometido ao trámite de información pública. Trátase dunha información que reviste grande importancia para os cidadáns, especialmente para os profesionais do dereito; e facilita o control sobre a actuación do poder executivo na elaboración das normas incrementando a seguridade xurídica. Este bloque correspóndese principalmente con información que xa se viña publicando como consecuencia das obrigas emanadas das normas de goberno e administración<sup>36</sup>.

A terceira categoría inclúe a información máis relevante para satisfacer a demanda pública de transparencia (información económica, orzamentaria e estatística) e persegue xerar ou potenciar a confianza dos cidadáns nas institucións. A tipoloxía considerada no artigo 8 é variada. En concreto, e sen afondar nos aspectos de detalle, requírese a publicación da información dos procesos de contratación e encomendas de xestión; convenios; subvencións e axudas públicas; orzamentos (partidas, execución, indicadores, etc.); contas anuais e informes de fiscalización e auditoría; retribucións e indemnizacións de altos cargos e asimilados; autorizacións e resolucións de compatibilidade; relacións de bens inmobles; información estatística sobre contratos; e, entre outras, información estatística sobre o grao de cumprimento e a calidade na prestación dos servizos públicos. A posta á disposición desta información correspóndelles a todos os suxeitos pasivos da lei; non obstante, as obrigas dos suxeitos incluídos no artigo 3 (partidos políticos, organizacións sindicais e empresariais e entidades privadas receptoras de axudas ou subvencións públicas nunha contía anual relevante) circunscribíense, exclusivamente, a publicar información sobre os contratos e convenios que subscriban coas administracións públicas, e sobre as axudas e subvencións públicas que reciban.

## 2.2.2 A publicidade activa: principios xerais e características

Enténdese por publicidade activa a obriga que teñen os suxeitos pasivos de difundir de forma continua e permanente a información pública relevante, para garantir a

<sup>35</sup> ARES GONZÁLEZ, V., "Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública", cit., p. 10.

<sup>36</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, J., "A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", cit., p. 25.

transparencia da actividade da Administración pública e, asemade, facilitar a participación e o control dos cidadáns sobre os asuntos públicos<sup>37</sup>.

A publicidade activa tampouco é un concepto novidoso introducido no ordenamento español pola Lei 19/2013, posto que a Lei 30/1992 xa exixía publicidade para determinada información administrativa (p. e., impuña a publicación de determinados actos administrativos e consideraba o trámite de información pública), e a Lei 7/2007 do Estatuto do empregado público establecía a publicación dos nomeamentos dos funcionarios de carreira. A novidade que introduce a Lei 19/2013 radica en que establece verdadeiras obrigas de publicación de información nun volume superior e suficiente para dotar de seguridade os cidadáns e incrementar a súa confianza nas entidades públicas<sup>38</sup>. Pásase así de publicacións puntuais en boletíns e taboleiros á difusión de maiores volumes de información a través de páxinas web ou de sedes electrónicas (portais de transparencia).

Como principio xeral, establécese a obriga de garantir a transparencia da actividade relacionada co funcionamento e o control da actuación pública (art. 8.2). Esta obriga impónse para todos os suxeitos pasivos do artigo 2 e só parcialmente para os do artigo 3.

O artigo 5.4 especifica que a información que cómpre publicar se debe difundir a través das sedes electrónicas ou páxinas web das entidades públicas, de aí que máis adiante dispoña, para o eido da Administración xeral do Estado, a creación dun portal de transparencia (art. 10). O artigo 11 establece os principios técnicos que deben cumprir as sedes electrónicas, páxinas web ou portais de transparencia que acollan a información, requirindo a súa adaptación a tres principios: accesibilidade, a información debe presentarse estruturada, facilitando a súa identificación e busca; interoperabilidade, a información debe poder compartirse e intercambiarse conforme os estándares vixentes (Esquema Nacional de Interoperabilidade); e reutilización, a información debe subministrarse nun formato que permita o seu tratamento por parte de terceiros.

A lei tamén obriga a que a información obxecto de publicidade activa cumpra coas seguintes características: a publicación da información debe ser periódica e estar actualizada (art. 5.1); a información débese publicar dun xeito claro, estruturada, entendible para os interesados e, preferiblemente, en formatos reutilizables (art. 5.4); e a información debe ser comprensible, de doado acceso, gratuíta e accesible para as persoas con discapacidade (art. 5.5). Coa Lei 19/2013 xa non só importa a información que se publica, senón como se publica. A finalidade desta caracterización exhaustiva é evitar que a publicidade activa se converta nunha mera publicidade formal que non lles permita realmente aos cidadáns localizar e comprender a información

<sup>37</sup> GUICHOT REINA, E., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 143.

<sup>38</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, J., "A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", cit., p. 24.

que buscan<sup>39</sup>. En palabras de CRUZ-RUBIO, o obxectivo da lei é evitar a denominada “transparencia opaca”<sup>40</sup>.

Cómpre salientar que, nos anos de vixencia da lei, a publicidade activa se converteu nunha realidade. As entidades públicas superaron as barreiras tecnolóxicas e difundiron grandes volumes de información. Porén, a información publicada non sempre se axusta ás exixencias impostas pola lei. Entre os principais incumprimentos destacan tres. A denominada sobrecarga informativa: exceso de disposición de información que impide a localización da información que se busca (p. e., páxinas web, sedes electrónicas ou portais de transparencia que publican exceso de información sen estruturar ou en documentos extensos que dificultan a localización da información que se procura). O recurso a unha linguaxe técnica ou complexa que dificulta a comprensión da información por parte das persoas que a demandan e, polo tanto, comporta unha barreira ao acceso (p. e., o abuso da terminoloxía xurídica). E a utilización de formatos non reutilizables, que consiste na disposición de información en formatos con uso restrinxido por requirir un software non xeneralizado ou por non permitir a súa edición e posterior tratamento (p. e., o abuso recorrente do formato PDF).

### 3 Impacto do COVID-19 no ámbito da transparencia: medidas governamentais e efectos da declaración do estado de alarma

A rápida propagación do COVID-19 entre os diferentes países levou consigo a declaración de pandemia global pola OMS o 11 de marzo de 2020. En España, esta situación de alerta sanitaria de máximo nivel xustificou a declaración do estado de alarma (ex art. 116 da Constitución), que foi acordada polo Consello de Ministros o 14 de marzo de 2020 coa aprobación do 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 polo COVID-19.

Como se exporá seguidamente, a aplicación das medidas establecidas na declaración do estado de alarma, unida a determinadas decisións adoptadas polo Goberno para facer fronte a unha crise sanitaria sen precedentes, repercutiu de forma negativa no ámbito da transparencia. Entre os aspectos que resultaron máis afectados cabe destacar catro: a difusión da información sobre a evolución da pandemia; a paralización do dereito de acceso á información pública; a non publicación das adxudicacións dos contratos de emerxencia; e a negativa a revelar a composición e o contido dos informes do denominado Comité de Expertos que asesoraba o Ministerio de Sanidade.

<sup>39</sup> GUICHOT REINA, E., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, cit., p. 120.

<sup>40</sup> CRUZ-RUBIO, C.N., “Gobierno abierto, transparencia y rendición de cuentas. Marco conceptual”, Villoria Mendieta, M., Forcadell Esteller, X. e Baena García, L. (coords.), *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Madrid, 2017, p. 93.

### 3.1 O control governamental da información pública e a restrición da liberdade de prensa

A liberdade de información e o dereito á información integran o contido do dereito fundamental básico recoñecido no artigo 20.1 d) da Constitución, que, pola súa vez, presenta un carácter instrumental<sup>41</sup>, posto que facilita o exercicio doutros dereitos e resulta esencial para controlar a acción governamental.

Este dereito presenta dúas dimensións: a subxectiva, que se relaciona directamente coa limitación do poder público e recoñece o dereito a expresar e difundir opinións e ideas sen inxerencia nin interferencias; e a obxectiva, que constitúe unha garantía constitucional para a libre construción da opinión pública nunha sociedade democrática. Así mesmo, como unha vertente específica do dereito á información configúrase o denominado “dereito á información estatal”<sup>42</sup>, que, nun Estado democrático, impón a obriga de pór en coñecemento da opinión pública non só as normas (a través da súa publicación), senón tamén as noticias de interese xeral (mediante a súa difusión).

A liberdade de información é un dereito dotado do máximo nivel de protección no ordenamento español. A prohibición de todo tipo de censura previa, prevista no artigo 20.2 da Constitución, configúrase como unha garantía constitucional de carácter absoluto, posto que non pode ceder nin sequera para a protección doutro ben xurídico protexido constitucionalmente, e ten por finalidade salvaguardar unha comunicación libre de inxerencia governamental<sup>43</sup>. Polo tanto, o espírito da norma vulnérase tanto se desde o poder público se impulsa que a información se difunda nun sentido determinado como se se oculta información concreta que poida ser relevante para os cidadáns<sup>44</sup>.

Nun Estado democrático, no contexto da sociedade da información, os medios de comunicación e os profesionais do xornalismo adquiren un amplo protagonismo no control da actividade governamental<sup>45</sup>: a información publicada determina a prevalencia dos temas de interese, orienta a atención dos cidadáns, inflúe na construción da opinión pública e condiciona a axenda dos poderes públicos.

No desenvolvemento da súa actividade, os profesionais da comunicación contribúen á transparencia, e son os grandes beneficiarios da súa función principal<sup>46</sup>:

<sup>41</sup> ABAD, L., “El derecho a la información y las libertades informativas en el ámbito europeo”, Bel Mallén, I. e Corredoira y Alfonso, L. (dirs.), *Derecho de la información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 69 e 82.

<sup>42</sup> NÚÑEZ MARTÍNEZ, M.A., “El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución española”, *Revista de Derecho*, UNED, n. 3, 2008, p. 300.

<sup>43</sup> CABALLERO TRENADO, L., “El confinamiento del derecho a la información”, *Estudios en derecho a la información*, n. 13, 2022, p. 44.

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ BLANCO, V., “¿Se vulneró el Derecho a recibir información durante el primer estado de alarma en la crisis del Covid-19?”, cit., p. 229.

<sup>45</sup> AGUILAR CALAHORRO, A., “El derecho fundamental a la comunicación 40 años después de su constitucionalización, expresión, televisión e internet”, *Revista de Derecho Político*, UNED, n. 100, Madrid, 2017, p. 414.

<sup>46</sup> SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., *El derecho de acceso a la información. Un tortuoso camino. O, cómo convertir la carretera de la transparencia en una autopista*, Fragua, Madrid, 2022, p. 272.

facilitar un mellor acceso e disposición de información, fontes e datos. Se non teñen liberdade para realizar o seu traballo, porque a información que se lles facilita “está dirixida” ou, directamente, se lles oculta obrigándoos a “silenciar” determinados temas, estase a limitar o seu dereito á liberdade de información e de expresión<sup>47</sup>. Por conseguinte, os cidadáns receptores desta verán cernado o seu dereito a recibir información veraz, xa que non a estarán a recibir ou a que reciban estará incompleta e non poderá ser contrastada<sup>48</sup>.

Con carácter previo á declaración do estado de alarma, o Goberno adoptou a primeira medida que tivo impacto directo no eido da transparencia: introduciu un mecanismo de control inusual na difusión de información oficial relativa á evolución da pandemia.

O 12 de marzo de 2020 o Goberno, cunha decisión sen precedentes, prohibiu o acceso dos medios de comunicación á Moncloa e modificou o formato das roldas de prensa, que pasaron a realizarse de forma telemática. Para a xestión das comparecencias creouse un chat no que os xornalistas acreditados, de forma anticipada, facían as súas preguntas ao secretario de Estado de Comunicación. Convocada a rolda de prensa, o secretario de Estado de Comunicación, tras escoller as preguntas que o Goberno estaba disposto a contestar, formuláballas ao membro do Goberno ao que ían dirixidas (indicando o nome do profesional e o medio de comunicación) e este contestábaas. Non se admitían repreguntas<sup>49</sup>.

A finalidade da medida, reducir a propagación do virus, non foi discutida; pero si se criticou con certa severidade<sup>50</sup> que se aproveitasen as circunstancias para impor un novo formato ás roldas de prensa, que non cumpría cos requisitos mínimos exixibles nun sistema democrático consolidado<sup>51</sup>: non se permitía a realización en directo de preguntas libres, sen filtro nin censura; non se facilitaban respostas breves, directas e sen evasivas; e non existía a posibilidade de formular repreguntas.

Ante esta realidade, que se estaba a prolongar no tempo, máis dun centenar de xornalistas de diversas tendencias editoriais asinaron o 30 de marzo de 2020 o manifesto denominado “A Liberdade de Preguntar”<sup>52</sup>, exixíndolle ao Goberno o respecto á liberdade de información<sup>53</sup>. Os profesionais defendían que o control exercido polos medios de comunicación se facía especialmente necesario nun momento en que o

<sup>47</sup> NÚÑEZ MARTÍNEZ, M.A., “El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución española”, cit., p. 302.

<sup>48</sup> AGUILAR CALAHORRO, A., “El derecho fundamental a la comunicación 40 años después de su constitucionalización, expresión, televisión e internet”, cit., p. 419.

<sup>49</sup> Este xeito de proceder foi criticado por algúns autores, posto que a selección de preguntas supón un mecanismo de censura directa. ESPINOSA SÁNCHEZ, N., “Censura y manipulación informativa durante las primeras semanas de la crisis del Coronavirus en España”, cit., p. 39.

<sup>50</sup> BLANES CLIMENT, M.A., “La incidencia del Covid-19 sobre la transparencia de las instituciones públicas”, cit., pp. 15-17; e GONZÁLEZ LEÓN, P., “La senda de la transparencia en España durante la Covid-19”, *Revista Española de la Transparencia*, n. 11, 2020, pp. 23 e 24.

<sup>51</sup> Sobre os requisitos que deben cumprir as roldas de prensa nun Estado democrático, BASTIDA FREIJEDO, F., “Medios de comunicación social y democracia en veinticinco años de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 71, 2004, pp. 161-186.

<sup>52</sup> O manifesto pode consultarse en <https://www.ecestaticos.com>.

<sup>53</sup> “Un centenar de periodistas contra la política de comunicación del Gobierno”, *El Español*, 1 de abril de 2020.

Goberno estaba dotado de potestades extraordinarias, e exixían a posibilidade de formular as preguntas en directo e de repreguntar, aínda que as roldas de prensa continuasen desenvolvéndose de forma telemática. Ademais, remarcaban dúas cuestións: en primeiro lugar, que o feito de que fose un membro do propio Goberno o que formulase as preguntas a outros membros do Goberno evidenciaba unha falta absoluta de transparencia e un forte interese por controlar a información; e, en segundo lugar, que o estado de alarma non se podía utilizar para socavar o exercicio do artigo 20.1 d) da Constitución, que garante o dereito fundamental “a comunicar ou recibir libremente información veraz”<sup>54</sup>.

Dada a presión exercida polos xornalistas e os medios de comunicación, o Goberno rectificou a súa decisión anunciando o 5 de abril de 2020 que os xornalistas poderían volver facer preguntas de forma directa, mediante un mecanismo aleatorio, público e verificable.

Ao longo da pandemia, pero especialmente durante o primeiro confinamento, o Goberno despregou tamén un control sen precedentes sobre os contidos informativos relacionados co COVID-19: a maior parte da información pública procedía do Gabinete de Comunicación do Goberno, era monotemática e os xornalistas non tiñan oportunidade nin de contrastala nin de contrarrestala.

En liña con esta política governamental, impediuse que xornalistas e medios de comunicación tivesen acceso aos hospitais, ás residencias e aos espazos habilitados de urxencia para acoller os féretros durante as semanas máis virulentas da pandemia. A diferenza doutros países, non se publicaron fotografías nin imaxes nos medios de comunicación do transporte ou almacenamento de féretros<sup>55</sup>. Esta censura foi denunciada por algúns profesionais da comunicación en diferentes reportaxes publicadas<sup>56</sup>, e considerouse un incumprimento flagrante de obrigas governamentais en materia de transparencia<sup>57</sup>, ao entender que era unha obriga ineludible do Goberno, que cobraba especial relevancia nunha situación de confinamento, ter acompañado as informacións sobre o número de falecidos con fotografías e imaxes dos féretros.

Esta estratexia comunicativa do Goberno durante o primeiro estado de alarma pretendeu diluír os mecanismos de control que corresponden á opinión pública e revelou certo interese en “promover ou ocultar” información concreta de forma monopolizadora. Neste sentido, *El País* publicou o 15 de abril que o CIS incorporara unha pregunta ao último barómetro sobre se había que “manter a liberdade total

<sup>54</sup> Sobre se se vulnerou ou non este dereito, realiza un estudo detallado RODRÍGUEZ BLANCO, V., “¿Se vulneró el Derecho a recibir información durante el primer estado de alarma en la crisis del Covid-19?”, cit., pp. 227-246.

<sup>55</sup> Como así destaca RODRÍGUEZ BLANCO ao comparar, por exemplo, con Italia. RODRÍGUEZ BLANCO, V., “¿Se vulneró el Derecho a recibir información durante el primer estado de alarma en la crisis del Covid-19?”, cit., p. 234.

<sup>56</sup> “Los muertos invisibles, censura en la pandemia”, *El Independiente*, 13 de xuño de 2020. Nesta reportaxe Rafael Ordóñez destaca que en plena sociedade da información se deixase un baleiro sobre a pandemia, que pasará á historia polos féretros que non vimos. Na mesma liña, Gervasio Sánchez critica que “se violou a liberdade de prensa”, xa que desde todos os medios e desde todas as administracións se evitou a imaxe dos mortos pola pandemia malia multiplicar os falecidos no 11-M. Pola súa parte, Fernando Lázaro, tras destacar que só *El Mundo* se atreveu a publicar o 12 de abril unha foto do Palacio do Xeo de Madrid habilitada como unha gran morgue, denunciou que a consigna da Moncloa fora “nada de mortos e só palmas e mensaxes positivas” nun afán paternalista de ocultar unha información “dura pero real” aos cidadáns.

<sup>57</sup> RODRÍGUEZ BLANCO, V., “¿Se vulneró el Derecho a recibir información durante el primer estado de alarma en la crisis del Covid-19?”, cit., p. 230.

para a difusión de noticias e informacións sobre o coronavirus” ou se sería mellor “restringir toda a información sobre a pandemia a fontes oficiais”<sup>58</sup>. A inserción desta pregunta foi interpretada como unha invitación á censura estatal e acusouse o Goberno de buscar unha resposta favorable dos cidadáns mediante unha redacción da pregunta afastada da neutralidade<sup>59</sup>.

### 3.2 A suspensión do dereito de acceso á información pública

Como xa se expuxo (no apartado 2.1.1), o dereito de acceso á información pública permite a solicitude de información que consta en poder das administracións públicas cos únicos límites que prevé a Lei 19/2013.

A disposición adicional terceira do Real decreto 463/2020 acordou a suspensión de termos e a interrupción de prazos correspondentes a todos os procedementos administrativos<sup>60</sup>, que quedaron suspendidos cunha única excepción (recollida no apartado cuarto da D.A.): a interrupción de prazos non afectaría aos procedementos administrativos cuxo obxecto estivese estreitamente vinculado aos feitos xustificativos do estado de alarma. Non obstante, poucos días despois, este apartado cuarto foi modificado a través do Real decreto 465/2020, que lles atribuíu aos organismos públicos a competencia para decidir de forma motivada se continuaban, ou non, coa tramitación dos procedementos administrativos, aínda que o seu obxecto estivese vinculado estreitamente a situacións xeradas polo estado de alarma ou resultase indispensable para a protección do interese xeral ou o funcionamento básico dos servizos.

Con esta modificación estableceuse unha potestade administrativa discrecional para suspender *de facto* o dereito de acceso á información pública, incluíndo as solicitudes de datos ou información relacionadas co COVID-19, posto que quedaron afectadas tanto as solicitudes de acceso á información que se presentaran antes da declaración do estado de alarma como todas aquelas solicitudes que foron presentadas con posterioridade. A suspensión discrecional destes procedementos tivo como consecuencia unha dilación indefinida do prazo para resolver as solicitudes formuladas no ámbito da transparencia (un mes desde a súa recepción polo órgano competente)<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> “El CIS pregunta si hay que mantener la ‘libertad total’ de información sobre el coronavirus”, *El País*, 15 de abril de 2020.

<sup>59</sup> Como destaca SIERRA RODRÍGUEZ a título de exemplo, o 15 de abril de 2020 *El Mundo* ilustrou unha das súas noticias co seguinte titular: “Tezanos fabrica un CIS para reclamar apoyo a Pedro Sánchez y plantear la censura a los medios”. SIERRA RODRÍGUEZ, J., “Periodismo, comunicación institucional y transparencia: aprendizajes de la crisis sanitaria del Covid-19”, *Revista de comunicación y Salud*, vol. 10, n. 2, 2020, p. 579, nota 11.

<sup>60</sup> Conforme a definición de sector público recollida no artigo 2 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas.

<sup>61</sup> Como sinala SIERRA RODRÍGUEZ, o impacto na paralización das resolucións pódese observar con claridade a partir dos datos das estatísticas do Portal de Transparencia do Goberno de España. Entre os meses de marzo e maio de 2020, o número de solicitudes de acceso “en tramitación” incrementouse de forma ostensible: no mes de febreiro situábase en 893 solicitudes pendentes, que practicamente se duplicaron ao finalizar abril, chegando ata as 1.612 solicitudes, para aumentar de novo ata as 1.997 en maio de 2020. SIERRA RODRÍGUEZ, J., “Periodismo, comunicación institucional y transparencia: aprendizajes de la crisis sanitaria del Covid-19”, cit., p. 581.

A paralización do dereito de acceso á información pública foi duramente criticada por tres motivos<sup>62</sup>: en primeiro lugar, porque o desenvolvemento destes procedementos non era prexudicial para a situación sanitaria, posto que os empregados públicos estaban a teletraballar; en segundo lugar, porque, aínda que a Lei 19/2013 considera limitacións ao exercicio do dereito de acceso, non resultan de aplicación a este caso ante o ben xurídico superior que constitúe a saúde pública; e, en terceiro lugar, porque noutros ámbitos administrativos a interrupción dos prazos quedou exceptuada (p. e., nos eidos tributario e da seguridade social).

O impacto desta medida no ámbito da transparencia reabriu un vello debate sobre a natureza xurídica do dereito de acceso á información pública, xa que, a diferenza da posición defendida polo TEDH e outras entidades internacionais como a OSCE e a UNESCO, en España non ten rango de dereito fundamental<sup>63</sup>.

Os que defenden que debería ter sido recoñecido como tal argumentan que a súa suspensión durante a pandemia implicou, pola súa vez, a restrición ou suspensión doutros dereitos que si teñen rango de fundamentais, como son o dereito a comunicar ou recibir libremente información veraz por calquera medio de difusión (art. 20.1.d) e o dereito a participar nos asuntos públicos (art. 23.1)<sup>64</sup>.

### 3.3 O incumprimento da obriga de publicidade activa: a opacidade da contratación pública de emerxencia e a ocultación da composición do Comité de Expertos

Como xa se expuxo (no apartado 2.2.2), a publicidade activa correspóndese coa publicación de información a través das páxinas e portais gobernamentais en cumprimento das obrigas que establece a Lei 19/2013 (arts. 6 a 8).

O cumprimento destas obrigas está directamente relacionado co bo funcionamento do Portal da Transparencia, por iso se xerou unha enorme polémica nas redes sociais cando o ABC publicou o 16 de abril de 2020 unha noticia afirmando que o Goberno aproveitara a declaración do estado de alarma para intervir o Portal da Transparencia da Administración xeral do Estado<sup>65</sup>.

A partir desta noticia, diferentes medios de comunicación pronunciáronse sobre a imposibilidade de obter información a través do Portal da Transparencia<sup>66</sup>. Ante esta circunstancia, o Goberno, empregando unha nota informativa<sup>67</sup>, viuse obrigado a

<sup>62</sup> DE LA SIERRA MORÓN, S., "Lectura de urgencia de las reacciones frente al Covid-19 desde una óptica jurídica internacional y comparada", *El Cronista del Estado Social y Democrático*, n. 86-87, 2020, p. 33.

<sup>63</sup> SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., *El derecho de acceso a la información. Un tortuoso camino. O, cómo convertir la carretera de la transparencia en una autopista*, cit., pp. 76 e 77.

<sup>64</sup> COTINO HUESO, L., "Los Derechos Fundamentales en tiempo del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86/87, 2020, p. 88.

<sup>65</sup> "El Gobierno utiliza el estado de alarma para anular al Portal de Transparencia", *ABC*, 16 de abril de 2020.

<sup>66</sup> "El Gobierno aprovecha el estado de alarma para suspender el Portal de Transparencia", *Público*, 16 de abril 2020; e "El Gobierno suspende las consultas al Portal de Transparencia durante la alarma", *El Economista*, 16 de abril de 2020.

<sup>67</sup> O Goberno, o 17 de abril de 2020, publicou no Portal da Transparencia da Administración Xeral do Estado a seguinte nota informativa: "Nota en relación co funcionamento do Portal da Transparencia durante o estado de alarma".

explicar a dobre función que ten asignada o Portal da Transparencia: por unha banda, é unha plataforma de publicidade proactiva sobre a actividade governamental, e, por outra banda, é a canle para exercer o dereito de acceso á información pública. Con relación á primeira cuestión, o Goberno recalcou que a publicidade activa continuaba funcionando con normalidade. E, con relación ao segundo aspecto, o Goberno tivo que aclarar que a interrupción dos prazos, e a conseguinte suspensión dos procedementos administrativos, afectaba unicamente á resolución dos procedementos, pero non á posibilidade de formular solicitudes. O que o Goberno quixo destacar foi que seguían dando publicidade á súa actividade e que as solicitudes de acceso á información pública podían formularse con normalidade, aínda que non fosen tramitadas nin resoltas pola interrupción de prazos decretada<sup>68</sup>.

As explicacións dadas polo Goberno sobre un dos piares básicos da transparencia (a publicidade activa) consideráronse insuficientes por dous motivos: a falta de información sobre os contratos públicos de emerxencia adxudicados e a negativa a revelar a identidade dos membros do Comité de Expertos que asesoraba o Ministerio de Sanidade respecto ao COVID-19 e dos seus informes, entre os que estaban as avaliacións das comunidades autónomas para a denominada “fase de desescalada”. O COVID-19 impactou así no ámbito da transparencia ao afectar aos mandatos de publicación ou coñecemento público que derivaban de dúas leis diferentes: a Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (Lei 9/2017), e a Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública (Lei 33/2011).

A suspensión de termos e a interrupción de prazos acordada polo Real decreto 463/2020 afectou a todos os procedementos administrativos; entre eles, aos de contratación pública. Non obstante, con carácter previo á declaración do estado de alarma, polo Real decreto-lei 7/2020, do 12 de marzo, habilitárase o recurso ao procedemento de emerxencia para atender as necesidades derivadas do COVID-19 (art. 16) nun intento de aliñar a contratación pública á situación de emerxencia sanitaria<sup>69</sup>. Este procedemento, previsto na Lei 9/2017 (art. 120), permite contratar sen atender a ningún tipo de procedemento, habilitando mesmo o recurso á contratación verbal (art. 37.1).

No entanto, a incidencia do procedemento de emerxencia na publicidade dos contratos públicos é relativa, posto que só afecta ao anuncio previo das licitacións, pero non á publicación dos contratos adxudicados, que para os subscritos coa Administración xeral do Estado debe levarse a cabo no prazo de 15 días, tanto no perfil do contratante como no BOE (art. 154 LCSP). Ademais, a contratación pública, con independencia do procedemento empregado, é obxecto dunha obriga expresa de publicidade activa segundo a propia Lei 19/2013 (art. 8). Polo tanto, ao non existir ningunha excepción nin na Lei 9/2017 nin na Lei 19/2013, o Goberno continuaba obrigado a cumprir coas obrigas de publicidade dos contratos asinados porque, no

<sup>68</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, J., “Periodismo, comunicación institucional y transparencia: aprendizajes de la crisis sanitaria del Covid-19”, cit., p. 583.

<sup>69</sup> GIMENO FELIU, J.M., “La crisis sanitaria Covid-19 y su incidencia en la contratación pública”, *El Cronista del Estado Social y Democrático*, n. 86-87, 2020, p. 45.

seu defecto, vulneraba a transparencia e impedía o axeitado control sobre o respecto ás normas e principios básicos da contratación pública<sup>70</sup>.

O Observatorio da Contratación Pública foi o primeiro en detectar e denunciar que faltaba información sobre os contratos de emerxencia, tanto no Portal da Transparencia da Administración Xeral do Estado como na Plataforma de Contratación do Estado. E a Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado difundiu unha nota informativa na páxina web do Ministerio de Facenda recordando a obriga de publicar todos os contratos subscritos, incluídos os de emerxencia. Malia a presión mediática, a publicación dos contratos de emerxencia non se produciu ata que xa transcorrera máis dun mes desde a declaración do estado de alarma<sup>71</sup>.

Este atraso na subministración de información sobre os contratos adjudicados resultou fortemente criticado ao entender que a publicidade dos contratos de emerxencia reviste especial importancia porque o recurso a este procedemento é máis opaco, dispón de menos controis e se afasta do espírito e da práctica que debe guiar toda contratación pública<sup>72</sup>.

En plena tormenta mediática pola opacidade dos contratos de emerxencia, o director do Centro de Coordinación de Alertas e Emerxencias Sanitarias, nunha rolda de prensa televisada o 6 de maio de 2020, negouse a revelar a identidade dos membros do Comité Científico Técnico do Ministerio de Sanidade (Comité de Expertos), que estaba a asesorar o Goberno na aplicación dos criterios que cada comunidade autónoma tería que cumprir para cambiar de fase, na execución do denominado “plan de desescalada” establecido para saír do confinamento decretado pola emerxencia sanitaria provocada polo COVID-19. A razón esgrimida para defender o seu anonimato foi evitar a presión social e mediática que podería recaer sobre estes profesionais, garantindo así que puidesen desenvolver o seu traballo con maior liberdade.

Desde o punto de vista sociolóxico, a noticia foi mal acollida polos cidadáns, que a interpretaron como unha nova mostra de falta de transparencia da actividade gobernamental durante a pandemia<sup>73</sup>.

Non obstante, desde o punto de vista xurídico, deuse un paso máis, e interpretouse como un incumprimento do Goberno da obriga de publicidade activa imposta pola Lei 19/2013<sup>74</sup>, posto que tanto a composición dos membros do Comité Científico Técnico como o contido dos informes por el elaborados constituían información pública conforme o artigo 11 da Lei 33/2011<sup>75</sup>; e, ademais, os informes do Comité estaban sendo utilizados para motivar as decisións adoptadas polo Ministerio de Sanidade (nos termos previstos polo art. 88.6 en relación co art. 35, ambos os dous da Lei 39/2015), polo que quedaba excluída a súa natureza de informes internos de

<sup>70</sup> GARCÍA MEILÁN, J.C., “La contratación pública de emergencia”, *Revista de Contratación Pública Práctica*, n. 167, 2020, p. 83.

<sup>71</sup> GARCÍA MEILÁN, J.C., “La contratación pública de emergencia”, cit., p. 85.

<sup>72</sup> GIMENO FELIU, J.M., “La crisis sanitaria Covid-19 y su incidencia en la contratación pública”, cit., p. 53.

<sup>73</sup> GONZÁLEZ LEÓN, P., “La senda de la transparencia en España durante la Covid-19”, cit., p. 27.

<sup>74</sup> BLANES CLIMENT, M.A., “La incidencia del Covid-19 sobre la transparencia de las instituciones públicas”, cit., p. 19.

<sup>75</sup> A Lei xeral de saúde pública, no seu artigo 11, impón a obriga de publicar “a composición dos comités ou grupos que avalíen accións ou realicen recomendacións de saúde pública, os procedementos de selección, a declaración de intereses dos intervinientes, así como os ditames e documentos relevantes, salvo as limitacións previstas pola normativa vixente”.

carácter auxiliar ou de apoio respecto dos cales o artigo 18.1.b) da Lei 19/2013 si tería xustificado a exclusión do dereito de acceso.

Ante esta opacidade, varios medios de comunicación exerceron o seu dereito de acceso á información pública e formularon solicitudes a través do Portal da Transparencia da Administración Xeral do Estado a reclamar tanto o nome dos membros do Comité Científico Técnico do Ministerio de Sanidade como o contido dos seus informes e actas<sup>76</sup>.

Ante o descontento social e a presión mediática, o 25 de maio de 2020 o Ministerio de Sanidade publicou na súa páxina web os informes correspondentes a todas as comunidades autónomas sobre o cambio de fase no plan de desescalada. Porén, mantivo o anonimato sobre os membros do Comité de Expertos, cuxos nomes non se fixeron públicos ata o 29 de decembro de 2020<sup>77</sup> tras un requirimento presentado polo Consello de Transparencia e Bo Goberno, que nunha resolución estimatoria da solicitude formulada por un avogado considerou que o coñecemento dos nomes do Comité de Expertos non só non vulneraba o dereito á protección de datos, senón que resultaba especialmente necesario porque favorecía o control da actividade pública por parte dos cidadáns en “decisiones governamentais relevantes”<sup>78</sup>.

## 4 Reflexión final

A situación xerada tras a declaración do estado de alarma (paralización da actividade económica, confinamento e actores governamentais como fonte practicamente exclusiva de información) favoreceu a concentración de amplos poderes arredor do Goberno. Neste contexto, favorable á restrición de liberdades, a transparencia tería que ter redobrado a súa importancia, como instrumento para controlar a actividade governamental nunha situación extraordinaria e promover a rendición de contas. Emporiso, en plena sociedade da información, durante o inicio da pandemia, o Goberno exerceu un control inusual sobre os contidos informativos que levou profesionais e medios de diferentes tendencias a denunciar que se lles estaba obrigando a silenciar determinados temas e que se lles estaba a subministrar información nesgada, o que constituía unha vulneración do seu dereito á liberdade de información e de expresión e, ademais, propiciaba que se propagase a desinformación e promovía a manipulación política.

O avance da pandemia evidenciou, así mesmo, a fragilidade dos mecanismos previstos para a tutela da transparencia, que practicamente quedaron sen efecto por unha cuestión meramente administrativa (a interrupción dos prazos administrativos).

Con relación ao dereito de acceso á información pública, a crise sanitaria puxo de manifesto, en primeiro lugar, que o seu exercicio depende en exceso de normas

<sup>76</sup> SJERRA RODRÍGUEZ, J., “Periodismo, comunicación institucional y transparencia: aprendizajes de la crisis sanitaria del Covid-19”, cit., p. 583.

<sup>77</sup> “Estos son los nombres de los miembros del comité que evaluó la desescalada”, *El Mundo*, 29 de decembro de 2020; e “El Gobierno confiesa, por obligación, su mentira: el comité de expertos de la desescalada eran Simón y su equipo”, *ABC*, 30 de decembro de 2020.

<sup>78</sup> Resolución 769/2020 do Consello de Transparencia e Bo Goberno do 30 de novembro de 2020.

administrativas, destacando así o erro de non ter recoñecido o seu carácter de dereito fundamental; e, en segundo lugar, que garda unha estreita relación co contido esencial do dereito fundamental á liberdade de información, pero tal como está configurado non resulta útil nin se acomoda ás necesidades do seu exercicio.

Con relación ao cumprimento das obrigas de publicidade activa, a crise sanitaria puxo de manifesto que a transparencia foi substituída pola comunicación institucional, sendo reiteradas as polémicas sobre a ausencia e/ou falta de calidade da información pública. Non obstante, a transparencia non se pode confundir coa comunicación. A transparencia é neutra, cínguese a datos e feitos obxectivos (información), persegue a rendición de contas e ten por obxecto o control da actividade governamental. Como puido comprobarse durante a pandemia, a comunicación encádrase nun marco subxectivo de interpretación, queda ao arbitrio do emisor e, en último termo, persegue a adhesión do receptor.

A teor das circunstancias descritas, cabe extraer dúas conclusións: en primeiro lugar, que a transparencia é esencial nun Estado democrático e de dereito e, polo tanto, non admite interrupcións; e, en segundo lugar, que o carácter ordinario da Lei 19/2013 se revelou como un obstáculo para o desenvolvemento das funcións que a transparencia ten atribuídas nunha sociedade democrática. As previsións legais para a tutela da transparencia perderon a súa eficacia por completo tras a declaración do estado de alarma, momento no que era máis necesario que nunca axilizar o acceso á información pública, especialmente a xornalistas e medios de comunicación, que son os que facilitan o control da actividade governamental nunha situación extraordinaria e garanten a construción dunha opinión pública libre e informada.

## Bibliografía

- ABAD, L., “El derecho a la información y las libertades informativas en el ámbito europeo”, Bel Mallén, I. e Corredoira y Alfonso, L. (dirs.), *Derecho de la información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia*, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2015.
- AGUILAR CALAHORRO, A., “El derecho fundamental a la comunicación 40 años después de su constitucionalización, expresión, televisión e internet”, *Revista de Derecho Político*, UNED, n. 100, Madrid, 2017.
- ARES GONZÁLEZ, V., “Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 33, mayo 2014.
- ARENILLA SÁEZ, M. e REDONDO LEBRERO, J.C., *Crisis y reforma de la Administración Pública*, Netbiblo, Oleiros, 2011.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.
- BASTIDA FREIJEDO, F., “Medios de comunicación social y democracia en veinticinco años de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 71, 2004.
- BLANES CLIMENT, M.A., “La incidencia del Covid-19 sobre la transparencia de las instituciones públicas”, *Revista Española de la Transparencia*, n. 11, 2020.

- BURGAR ARQUIMBAU, J.M., “Aproximación a la protección de datos de carácter personal en el marco de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, *Revista Digital CEMCI*, n. 23, 2014.
- CABALLERO TRENADO, L., “El confinamiento del derecho a la información”, *Estudios en derecho a la información*, n. 13, 2022.
- CRUZ-RUBIO, C.N., “Gobierno abierto, transparencia y rendición de cuentas. Marco conceptual”, Villoria Mendieta, M., Forcadell Esteller, X. e Baena García, L. (coords.), *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Madrid, 2017.
- ESPINOSA SÁNCHEZ, N., “Censura y manipulación informativa durante las primeras semanas de la crisis del Coronavirus en España”, *La Razón Histórica*, n. 46, 2020.
- GARCÍA MEILÁN, J.C., “La contratación pública de emergencia”, *Revista de Contratación Pública Práctica*, n. 167, 2020.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “La crisis sanitaria Covid-19 y su incidencia en la contratación pública”, *El Cronista del Estado Social y Democrático*, n. 86-87, 2020.
- GONZÁLEZ LEÓN, P., “La senda de la transparencia en España durante la Covid-19”, *Revista Española de la Transparencia*, n. 11, 2020.
- GUICHOT REINA, E., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.
- HERNÁNDEZ RAMOS, M., “El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del TEDH: un derecho instrumental imprescindible para la eficacia del Convenio desde la teoría general de los derechos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 42, 2018.
- IBÁÑEZ PEIRÓ, A., “La actividad informativa del Gobierno español durante la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus, Covid-19”, *Revista Española de Comunicación en Salud*, n. extra 1, 2020.
- MORETÓN TOQUERO, M.<sup>a</sup>A., “Los límites del derecho de acceso a la información pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 33, maio 2014.
- NÚÑEZ MARTÍNEZ, M.A., “El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución española”, *Revista de Derecho*, UNED, n. 3, 2008.
- ORDUÑA PRADA, E., “La estructura orgánica del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, Troncoso Reigada, A. (coord.), *Comentario a la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Civitas, Madrid, 2017.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., “Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 49, 2014.
- RAMÍREZ ALUJAS, A., “Gobierno Abierto, Servicios Públicos 2.0 y Ciudadanía Digital: Notas para una nueva agenda de modernización de la gestión pública en Iberoamérica”, *GIGAPP Estudios/Working Papers*, 2011.
- RODRÍGUEZ BLANCO, V., “¿Se vulneró el Derecho a recibir información durante el primer estado de alarma en la crisis del Covid-19?”, *Revista Española de la Transparencia*, n. 12, 2021.

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., “El derecho de acceso a la información pública en España y los Países Bajos. Dos escenarios mejorables”, *Estudios de Deusto*, vol. 64, n. 2, 2016.

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., *El derecho de acceso a la información. Un tortuoso camino. O, cómo convertir la carretera de la transparencia en una autopista*, Fragua, Madrid, 2022.

SIERRA RODRÍGUEZ, J., “A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. (coord.), *Apuntes sobre la transparencia*, UCM, Madrid, 2018.

Regap



ESTUDIOS





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 63\_xaneiro-xuño 2022 | pp. 59-79  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i63.4937>  
© Sara García García  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 28/05/2022 | Aceptado: 14/07/2022  
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## A protección cuantitativa da auga: un breve repaso a máis esencial ante o reto da escaseza e a seca en España

La protección cuantitativa del agua: un breve repaso a lo más esencial ante el reto de la escasez y la sequía en España

Quantitative water protection: a brief overview of the essentials in the face of the challenge of scarcity and drought in Spain

63 Regap

Regap



ESTUDIOS

SARA GARCÍA GARCÍA  
Profesora de Dereito Administrativo  
Universidade de Valladolid  
<https://orcid.org/0000-0001-7220-0368>  
[sara.garciag@uva.es](mailto:sara.garciag@uva.es)

**Resumo:** A auga é un recurso escaso, especialmente en España. Os episodios de seca, cada vez máis frecuentes, acompañados do incremento da súa demanda, supoñen un reto para todos, máis aínda para a Administración pública. Esta debe xestionar o recurso de forma que se vexan satisfeitas, da mellor forma posible, todas as necesidades humanas, pero tamén as ambientais. Para todos, persoas e ecosistemas, é necesario conservar a auga nuns niveis de calidade óptimos, pero sempre en cantidade suficiente. Agora que o problema urxe pola chegada do verán, parece oportuno repasar os mecanismos cos que contan o dereito e a Administración para lograr tamaño cometido, facendo especial fincapé no tratamento desa escaseza e seca.

**Palabras clave:** Auga, seca, escaseza, dominio público.

**Resumen:** El agua es un recurso escaso, especialmente en España. Los episodios de sequía, cada vez más frecuentes, acompañados del incremento de su demanda, suponen un reto para todos, más aún para la Administración pública. Esta debe gestionar el recurso de forma que se vean satisfechas, de la

mejor forma posible, todas las necesidades humanas, pero también las ambientales. Para todos, personas y ecosistemas, es necesario conservar el agua en unos niveles de calidad óptimos, pero siempre en cantidad suficiente. Ahora que el problema acucia por la llegada del verano, parece oportuno repasar los mecanismos con los que cuentan el derecho y la Administración para lograr tamaño cometido, haciendo especial hincapié en el tratamiento de esa escasez y sequía.

**Palabras clave:** Agua, sequía, escasez, dominio público.

**Abstract:** Water is a scarce resource, especially in Spain. The increasingly frequent episodes of drought, accompanied by the increase in demand, pose a challenge for everyone, and even more so for the Public Administration. The latter must manage the resources in such a way that all human needs, but also environmental needs, are satisfied in the best possible way. It is necessary for everyone, people and ecosystems, to conserve water at optimum quality levels, but always in sufficient quantity. Now that the problem is becoming more acute with the arrival of summer, it seems appropriate to review the mechanisms available to the law and the Administration to achieve such a task, with special emphasis on the treatment of this scarcity and drought.

**Key words:** Water, drought, scarcity, public domain.

**SUMARIO:** 1 A protección do recurso natural auga. 2 Calidade con cantidade. Os conceptos de escaseza e seca. 3 Marco regulatorio competencial básico. 3.1 Panorámica sobre as bases normativas máis esenciais. 3.2 Panorámica sobre os entes competentes en materia cuantitativa. 4 Caracteres básicos dos usos da auga e medidas de protección cuantitativa. 4.1 Principais usos e sectores. 4.2 Principais medidas de protección cuantitativa da auga. 4.2.1 Medidas derivadas da condición da auga como ben de dominio público. 4.2.2 A figura do caudal ecolóxico. 4.2.3 Medidas de fomento e educativas. 4.2.4 A planificación como medida de protección cuantitativa. Especial referencia aos PES e o seu tratamento da escaseza e a seca. 5 Conclusións.

En palabras do propio Ministerio para a Transición Ecolóxica e o Reto Demográfico, as últimas precipitacións acaecidas en España supuxeron «un alivio» na situación pola que pasaba o país, pero esta «*dista aínda moito de solucionarse*» nalgunhas zonas, especialmente nas cuncas do Guadiana e do Guadalquivir<sup>1</sup>. Isto constata que, malia episodios importantes de chuvias e outras precipitacións, España ten un problema real de falta de auga cuxo atallo supón un dos grandes retos reais que se deben afrontar, máis especialmente agora que comeza o período estival.

## 1 A protección do recurso natural auga

A auga é un recurso natural de tal extensión que o dereito parcela e clasifica baixo diferentes criterios co fin de establecer unha regulación practicable que garanta a súa conservación<sup>2</sup>. Trátase dun recurso «*escaso, indispensable, insubstituíble e unitario*», características que xustifican por si mesmas a cualificación xurídica do recurso como

<sup>1</sup> Vid. informe sobre “Situación respecto a sequía prolongada y escasez coyuntural a 30 de abril de 2022” elaborado polo Ministerio para a Transición Ecolóxica e o Reto Demográfico: [https://www.miteco.gob.es/es/agua/temas/observatorio-nacional-de-la-sequia/informe\\_se\\_may\\_2022\\_tcm30-540557.pdf](https://www.miteco.gob.es/es/agua/temas/observatorio-nacional-de-la-sequia/informe_se_may_2022_tcm30-540557.pdf).

<sup>2</sup> Con carácter xeral, a nivel europeo é a Directiva 2000/60/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 23 de outubro de 2000, pola que se establece un marco comunitario de actuación no ámbito da política de augas (a partir deste momento DMA), a que ofrece unha delimitación xurídica para facer practicable unha protección sobre un recurso como a auga. Acudindo ao artigo 2 DMA, atopamos a seguinte clasificación: *augas superficiais, augas subterráneas, augas continentais, río, lago, augas de transición, augas costeiras, masa de auga artificial, masa de auga moi modificada, masa de auga superficial, acuífero, masa de auga subterránea, cunca hidrográfica, subcunca e demarcación hidrográfica*.

ben de dominio público estatal<sup>3</sup>, calquera que sexa a súa orixe inmediata, superficial ou subterránea<sup>4</sup>, como principal mecanismo co que garantir a axeitada protección e conservación do recurso natural.

Desde o momento en que un recurso natural se considera un ben, de dominio público neste caso, o lexislador adopta unha perspectiva patrimonial da auga, sendo o acceso a ese ben e o seu uso pola persoa o que se debe protexer e regular. Para garantir o acceso de todos ao ben, a regulación céntrase en tratar os diferentes usos que poden recaer sobre o recurso<sup>5</sup>, de tal forma que impere a racionalidade e conservación do seu desfrute por todos, no presente e no futuro; a convivencia destes usos artículase sobre o establecemento dunha orde de preferencia que atende tanto á garantía da conservación do ben en bo estado como do desfrute deste ben por todos<sup>6</sup>. A regulación busca así alcanzar un equilibrio entre calidade e cantidade das augas<sup>7</sup>; o réxime xurídico de protección da auga pretende ofrecerlle ao usuario unha auga de calidade ou de aptitude precisa para o seu uso e, claro, en cantidade suficiente<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Vid. STS do 29 de novembro de 2000, FD 3.º. A auga é un ben de dominio público coas excepcións que de xeito extraordinario reconece a lei: o artigo 2 do Real decreto lexislativo 1/2001, do 20 de xullo, polo que se aproba o texto refundido da Lei de augas vixente (a partir deste momento TRLA), declara a auga como ben de dominio público. Non obstante, o Código civil regula no seu capítulo I, título IV, a auga como ben de propiedade especial, un réxime dentro do cal distínguese entre augas públicas (arts. 407 e 409 a 411 CC) e augas de dominio privado (arts. 408 e 412 a 416 CC). O resultado da inclusión do mencionado principio de ciclo único na reforma do ano 85 foi a protección pública de *todas as augas*, superficiais e subterráneas (a xestión e protección destas augas subterráneas, ata entón, estaba vinculada á propiedade do terreo baixo o que subxacían: *vid.* DEL SAZ CORDERO, S., *Aguas subterráneas, aguas públicas. El nuevo Derecho de aguas*, Marcial Pons, Madrid, 1990, p. 51). O que fai o TRLA é asumir a existencia de augas non demaniais por respectar eses titulares de dereitos previos sobre a auga (DT 2.ª e DT 3.ª) e, á marxe, reconece a existencia de canles privadas (art. 5), pero nelas o uso da auga, pública, está moi protexido: estas propiedades limitáanse «a unha facultade de apropiación ou de aproveitamento privativo preferente, accesorio á propiedade do predio en que nacen, das augas efectivamente utilizadas mentres discorren polas súas canles naturais nese mesmo predio, aínda que este dereito ou facultade cede ante os dereitos consolidados polo tempo doutros particulares sobre as augas que o dono daquel predio non aproveitase ou cuxo aproveitamento interrompa»: STC 227/1998.

<sup>4</sup> Resulta interesante ver como o dereito de augas de cada Estado se atopa intimamente ligado e condicionado polo seu clima. Aqueles países onde a auga é un recurso abundante contan con normativas pouco exhaustivas, proclives, sobre todo en materia de augas subterráneas, ao recoñecemento do dominio privado e remisas á intervención administrativa. Pola contra, naqueles lugares onde a auga resulta un ben máis escaso, a regulación adoita ser máis precisa e intervencionista, chegando á publicación total deste recurso: *vid.* BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 2001, p. 373, e MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho de Aguas*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 122 e ss. Este é o caso de España, onde se protexeu toda a auga, tanto a superficial como a subterránea. Nesta tarefa resultou clave a reforma da Lei de augas do ano 1985, que incorporou ao dominio público masas de auga subterránea que se estaban a ver afectadas pola «voracidade privada» (DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 21), sobre a base do criterio da *unidade de ciclo hidrolóxico* deste recurso: NAVARRO CABALLERO, T.M., *Los instrumentos de gestión del dominio público hidráulico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 84 e 85.

<sup>5</sup> Sobre esta base, pódese falar fundamentalmente dun uso común, xa sexa xeral (art. 50 LA) ou especial (art. 51 LA), e un uso privativo (arts. 52 e ss.), pero sobre isto falarase con máis detemento no apartado 4.2.1. Medidas derivadas da condición da auga como ben de dominio público.

<sup>6</sup> *Vid.* AGUDO GONZÁLEZ, J., “La regulación de los usos del agua en el Derecho español”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 151, 2011, pp. 579 a 625, *vid.* pp. 581 a 583.

<sup>7</sup> Desde 1879 búscase lograr un equilibrio entre o aproveitamento das augas e o mantemento da calidade destas ante a contaminación por verteduras de augas residuais; arbitrase así unha listaxe de medidas tendentes a limitar os usos comúns que puidesen supor unha grave deterioración das augas (*vid.* DEL SAZ CORDERO, S., *Aguas subterráneas, aguas públicas. El nuevo Derecho de aguas*, cit., pp. 345 e 346). A evolución desta limitación de usos e a chegada da protección demanial teñen como primeira consecuencia a posición de especial garante da integridade e conservación axeitada do recurso que adquire a Administración pública (SETUAIN MENDÍA, B., “Aspectos normativos de los mercados de aguas: últimas aportaciones desde la reforma del Reglamento del dominio público hidráulico”, *Revista de Administración Pública*, n. 163, 2004, pp. 349 a 387, *vid.* p. 362); esta debe garantir tanto o seu uso público e racional, desde un punto de vista social, como a súa protección ambiental, procurando, neste caso, conseguir e manter un axeitado nivel de calidade das augas.

<sup>8</sup> *Vid.* LÓPEZ MENDÍA, F., “Las aguas”, *Revista de Administración Pública*, n. 200, 2016, pp. 251 a 276, *vid.* pp. 264 e 265.

## 2 Calidade con cantidade. Os conceptos de escaseza e seca

A protección e regulación deste ben de dominio público é distinta á do resto dos bens que posúen esta cualificación, pois non só é preciso garantir o acceso de todos ao recurso, como noutros casos, senón que a forma en que se realice ese uso sexa a adecuada para garantir a conservación futura e en boas condicións deste, xa que a súa utilización ou aproveitamento pode modificar ou alterar as súas características en prexuízo do seu uso posterior por terceiros<sup>9</sup>. Ese acceso de todos ao ben é, ademais, unha cuestión con máis transcendencia neste caso, pois a dispoñibilidade de auga en cantidade suficiente afecta de forma directa a servizos ambientais ou usos esenciais realizados polo ser humano: unha reducida cantidade deste recurso pode ocasionar importantes danos, tales como impactos irreparables nos servizos ambientais e os ecosistemas, impactos na saúde humana, consecuencias a nivel enerxético, sociais ou efectos negativos en actividades altamente dependentes da dispoñibilidade da auga como son a agricultura, a gandaría, a piscicultura ou o turismo, entre outros<sup>10</sup>. Por este motivo, a relación entre calidade e cantidade é de tal grao na auga que os dous factores se confunden e fusionan: a cantidade –maior ou menor– de auga é factor determinante do grao de calidade ecolóxica dunha corrente ou dun leito e, pola súa vez, é a calidade a que fai posible que as masas de auga poidan ser útiles para a maioría dos seus destinos posibles<sup>11</sup>. Deste xeito, a atención e protección sobre a auga debe enfocarse en garantir unha conservación da calidade do recurso e dos ecosistemas asociados por un lado, pero resulta igualmente esencial protexer e garantir a cantidade de auga susceptible de aproveitamento como «cuestión previa e determinante»<sup>12</sup>. En palabras da Unión Europea, emitidas por medio da DMA, «o control cuantitativo é un factor de garantía dunha boa calidade das augas e, por conseguinte, deben establecerse medidas cuantitativas subordinadas ao obxectivo de garantir unha boa calidade»<sup>13</sup>.

En materia de calidade, pode citarse como base o disposto pola DMA e a súa normativa de transposición en España, que parte do TRLA, pero o abano de normas é variado, pois a calidade da auga vese afectada en función da composición ou do uso que se realice e hai unha norma para cada suposto<sup>14</sup>. O uso que pode alterar esta calidade realízase fundamentalmente mediante verteduras, sendo algunhas das máis problemáticas aquelas procedentes de fertilizantes ou augas residuais<sup>15</sup>. Cando

<sup>9</sup> Vid. LASAGABASTER HERRARTE, I., "Régimen jurídico de las aguas", Lasagabaster Herrarte, I., García Ureta, A.M. e Lazkano Brotóns, I. (coords.), *Derecho Ambiental. Parte Especial III: agua, atmósfera, contaminación acústica*, LETE, Bilbao, 2007, p. 110.

<sup>10</sup> Cfr. SANZ, M.J. e GALÁN, E. (coords.), *Impactos y riesgos derivados del cambio climático en España*, Oficina Española de Cambio Climático, Ministerio para la Transición Económica y el Reto Demográfico, Madrid, 2020, pp. 133 e ss.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 265.

<sup>12</sup> AGUDO GONZÁLEZ, J. (coord.), *El Derecho de aguas en clave europea*, La Ley, Madrid, 2010, p. 299.

<sup>13</sup> Considerando 19 DMA.

<sup>14</sup> Vid. LOPERENA ROTA, D., "Normativa sobre la calidad de las aguas", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 31, 1991, pp. 295 a 309.

<sup>15</sup> Para coñecer máis ao respecto, resulta esencial a lectura de, entre outros, SORO MATEO, B., *Derecho de los pesticidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, SETUÁIN MENDÍA, B. (dir.), *Retos actuales del saneamiento de aguas residuales: derivadas jurídicas*,

falamos de cantidade, no ámbito concreto deste recurso natural hai dous problemas ou situacións específicas das que xorden dous conceptos esenciais sobre os que se enmarcaría, en gran medida, a cuestión cuantitativa sobre a auga, ou o que é o mesmo, a dispoñibilidade ou non de recurso: e estes conceptos esenciais son o de *seca* e o de *escaseza*.

Os conceptos de *seca* e *escaseza* teñen unha evidente relación; de feito, poderíase considerar a *seca* como unha causa directa da *escaseza*, pero fan referencia a situacións distintas.

O concepto de *escaseza*, malia aplicarse sobre a auga, ten unha connotación *antrópica*; e é que a causa directa da *escaseza* é a propia persoa, xa que esta é unha situación de carácter temporal xerada polo mal uso ou unha mala xestión realizada sobre o recurso natural. Neste sentido, enténdese por *escaseza* a situación na que a demanda de auga supera a dispoñibilidade de recursos hídricos explotables, unha circunstancia que altera ou menoscaba as condicións ambientalmente axeitadas e sustentables deste recurso natural<sup>16</sup>. Da súa análise dedúcese que as medidas dirixidas a evitar ou atallar a *escaseza* de auga se centran, fundamentalmente, en controlar os usos realizados sobre o recurso co fin de racionalizar o seu aproveitamento, atendendo así ás demandas ou necesidades tanto humanas como naturais. Esta *escaseza*, o feito mesmo de que a auga sexa un recurso escaso, motivou a principal técnica de regulación coa que conta este recurso: o dominio público<sup>17</sup>, analizada máis adiante, pero isto non impide que esta *escaseza* sexa debidamente prevista, atendida e planificada.

Pola súa parte e con carácter xeral, a *seca* debe entenderse como «un fenómeno natural non predicible que se produce principalmente por unha falta de precipitación que dá lugar a un descenso temporal significativo nos recursos hídricos dispoñibles»<sup>18</sup>. É dicir, o da *seca* é un fenómeno natural de carácter temporal provocado por un descenso ou falta de precipitacións que xera, como consecuencia directa, unha redución ou falta de achega de auga ao conxunto dispoñible<sup>19</sup>, ou o que é o mesmo, unha mingua na cantidade de recurso dispoñible para exercer os distintos usos derivables deste, tanto polo ser humano como pola propia natureza. Evidentemente, pola súa propia natureza, unha causa directa da *seca* é o cambio climático, polo que a normativa sobre cambio climático deberá ser atendida na materia que nos ocupa. A regulación sobre o fenómeno da *seca* ocupa, con desigual éxito, o contido de grandes declaracións internacionais<sup>20</sup>, pasa pola Unión Europea, tamén polo Estado e pretende chegar a

*económicas y territoriales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, e SANZ RUBIALES, I., *Los vertidos en aguas subterráneas. Su régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

<sup>16</sup> Vid. COM (2007) 414 final, p. 2.

<sup>17</sup> EMBID IRUJO, A., "Elementos para la construcción de una teoría general de las sequías e inundaciones como fenómenos hidrológicos extremos", Embid Irujo, A. (dir.), *Sequía e inundación como fenómenos hidrológicos extremos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 31 a 45, p. 47.

<sup>18</sup> Artigo 2.1.62 da Orde ARM/2656/2008, do 10 de setembro, pola que se aproba a instrución de planificación hidrolóxica.

<sup>19</sup> Vid. Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo e ao Consello Afrontar o desafío da *escaseza* de auga e a *seca* na Unión Europea: COM (2007) 414 final, do 18 de xullo de 2007, p. 2.

<sup>20</sup> Destacarían neste sentido: o Informe da Conferencia das Nacións Unidas sobre o Desenvolvemento Sustentable, de 2012; o Pacto de París sobre a auga e a adaptación ao cambio climático nas cuncas dos ríos, lagos e acuíferos, de 2015; o Informe Mundial das Nacións Unidas sobre o Desenvolvemento dos Recursos Hídricos 2018: solucións baseadas na natureza para

cada cunca española a través dos coñecidos como Plans Especiais de Seca (en diante, PES), comentados tamén despois. Todas estas medidas de actuación e control que atenden este problema cuantitativo específico do recurso auga teñen como principal fin evitar, na medida do posible, os episodios de seca, así como intentar paliar as consecuencias provocadas por esta: para cumprir o primeiro deses fins, destaca o deseño de medidas contra o cambio climático<sup>21</sup>, así como aquelas que afectan ao réxime de chuvias e outras precipitacións<sup>22</sup>; de cara a lograr o segundo, aplícanse medidas propias en épocas de escaseza e, polo tanto, que modifican os usos aplicados ao recurso, obxecto esencial deses PES<sup>23</sup>.

## 3 Marco regulatorio e competencial básico

### 3.1 Panorámica sobre as bases normativas máis esenciais

A análise e axuizamento das principais declaracións e medidas dispostas polo ordenamento xurídico, europeo e español, para garantir a protección cuantitativa da auga debe realizarse atendendo ás bases normativas de cada nivel competencial. De todas elas, convén neste punto destacar as máis importantes, que serían:

Comezando pola Unión Europea, evidentemente a DMA, pola que se establece un marco comunitario de actuación no ámbito da política de augas, base da actual regulación e política de protección deste recurso natural. En canto á cuestión cuantitativa afecta, tamén se debe mencionar a Directiva 2007/60/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 23 de outubro de 2007, relativa á avaliación e xestión dos riscos de inundación, e a Directiva 2009/54/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 18 de xuño de 2009, sobre explotación e comercialización de augas minerais naturais. Como se dixo xa anteriormente, o cambio climático é un dos grandes *inimigos a bater* por esta protección cuantitativa da auga, polo que será de aplicación tamén o disposto ao respecto polo Regulamento (UE) 2021/1119 do Parlamento Europeo e do Consello, do 30 de xuño de 2021, polo que se establece o marco para lograr a neutralidade climática

---

a xestión da auga, de 2018; a DMA; o TRLA; ou a Lei 1/2018, do 6 de marzo, pola que se adoptan medidas urxentes para paliar os efectos producidos pola seca en determinadas cuncas hidrográficas e se modifica o texto refundido da Lei de augas, aprobado polo Real decreto lexislativo 1/2001, do 20 de xullo: cfr. EMBID IRUJO, A., "Elementos para la construcción de una teoría general de las sequías e inundaciones como fenómenos hidrológicos extremos", cit., pp. 31 a 45.

<sup>21</sup> Aínda que o groso das comunidades autónomas está inmerso na elaboración das súas propias normas en materia de cambio climático, polo momento cóntase coa norma europea (Regulamento (UE) 2021/1119 do Parlamento Europeo e do Consello do 30 de xuño de 2021 polo que se establece o marco para lograr a neutralidade climática e se modifican os Regulamentos (CE) n. 401/2009 e (UE) 2018/1999 («Lexislación europea sobre o clima»), a Lei estatal 7/2021, do 20 de maio, de cambio climático e transición enerxética, e a correspondente norma andaluza (Lei 8/2018, do 8 de outubro, de medidas fronte ao cambio climático e para a transición cara a un novo modelo enerxético en Andalucía), balear (Lei 10/2019, do 22 de febreiro, de cambio climático e transición enerxética) e catalá (Lei 16/2017, do 1 de agosto, do cambio climático). En todas elas se ofrece unha atención á seca e aos seus efectos, pero fundamentalmente co fin preventivo de reservar parte do recurso para estes períodos ou como elemento a ter en conta na avaliación de riscos (véxase ao respecto, fundamentalmente, o artigo 20 da Lei andaluza ou o 16 da catalá, sen que exista no resto mención con contido material sobre o fenómeno da seca).

<sup>22</sup> *Vid.* artigo 3 do Real decreto 849/1986, do 11 de abril, polo que se aproba o Regulamento do dominio público hidráulico, que desenvolve os títulos preliminar I, IV, V, VI e VII da Lei 29/1985, do 2 de agosto, de augas (en diante RDPH).

<sup>23</sup> Aténdese en especial a esta cuestión no apartado 5.2.3. *A planificación como medida de protección cuantitativa.*

e se modifican os Regulamentos (CE) n.º 401/2009 e (UE) 2018/1999 («Lexislación europea sobre o clima»).

A nivel estatal, resultan de esencial importancia na materia a Lei de augas, que traspón a DMA, aprobada mediante o Real decreto lexislativo 1/2001 (a partir deste momento, TRLA) e a súa normativa de desenvolvemento<sup>24</sup>, toda a regulación relativa á planificación hidrolóxica, encabezada pola Lei 10/2001, do 5 de xullo, do Plan Hidrolóxico Nacional (en diante, PHN)<sup>25</sup>, así como normas específicas na materia, como a Lei 1/2018, do 6 de marzo, pola que se adoptan medidas urxentes para paliar os efectos producidos pola seca en determinadas cuncas hidrográficas e se modifica o texto refundido da Lei de augas, aprobado polo Real decreto lexislativo 1/2001, do 20 de xullo, ou os xa mencionados Plans Especiais de Seca (en diante, PES), realizados no marco dos Plans Hidrolóxicos de Cunca tras o imposto polo artigo 27 do Plan Hidrolóxico Nacional. Outra norma sectorial de esencial importancia na materia sería o Real decreto 329/2002, do 5 de abril, polo que se aproba o Plan Nacional de Regadíos, debido a que a agricultura, a consecuencia esencialmente do regadío, é un dos sectores máis demandantes de auga e, como tal, afectantes en materia cuantitativa<sup>26</sup>.

En terceiro lugar, a nivel autonómico será necesario atender, se as hai, as normas reguladoras das augas de cada Comunidade, plans hidrolóxicos se se trata de cuncas intracomunitarias, leis en materia de cambio climático polos motivos xa aducidos e normativa específica en materia de seca<sup>27</sup>.

Finalmente, cómpre prestar atención tamén ao ámbito local. Os entes locais teñen competencias afectantes á protección cuantitativa da auga desde o momento en que a Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local (LBRL) lles encomenda o «abastecemento de auga potable a domicilio e evacuación e tratamento de augas residuais»<sup>28</sup>. Partindo desa base, os entes locais crearán os seus propios PES,

Regap



ESTUDIOS

<sup>24</sup> Comezando polo RDPH, así como polo Real decreto 198/2015, do 23 de marzo, polo que se desenvolve o artigo 112 bis do texto refundido da Lei de augas se e regula o canon por utilización das augas continentais para a produción de enerxía eléctrica nas demarcacións intercomunitarias, ou o Real decreto 2618/1986, do 24 de decembro, polo que se aproban medidas referentes a acuíferos subterráneos ao abeiro do artigo 56 da Lei de augas.

<sup>25</sup> Acompañada doutras normas como o Real decreto 927/1988, do 29 de xullo, polo que se aproba o Regulamento da administración pública da auga e da planificación hidrolóxica, en desenvolvemento dos títulos II e III da Lei de augas, a Orde ARM/2656/2008, do 10 de setembro, pola que se aproba a instrución de planificación hidrolóxica, ou, por suposto, o Real decreto 1/2016, do 8 de xaneiro, polo que se aproba a revisión dos Plans Hidrolóxicos das demarcacións hidrográficas do Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura e Xúcar, e da parte española das demarcacións hidrográficas do Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Douro, Texo, Guadiana e Ebro, así como os plans de cuncas específicas, tales como Real decreto 51/2019, do 8 de febreiro, polo que se aproba o Plan Hidrolóxico da Demarcación Hidrográfica das Illas Baleares ou o Real decreto 11/2016, do 8 de xaneiro, polo que se aproban os Plans Hidrolóxicos das demarcacións hidrográficas de Galicia-Costa, das Cuncas Mediterráneas Andaluzas, do Guadalete e Barbate e do Tinto, Odiel e Piedras.

<sup>26</sup> «En España el consumo de agua para riego supera el 68% de los recursos disponibles para todos los usos»: GÓMEZ-ESPÍN, J.M., "Modernización de regadíos en España: experiencias de control, ahorro y eficacia en el uso del agua para riego", *Agua y Territorio*, n. 13, 2019, pp. 69 a 76, p. 75.

<sup>27</sup> Por pór como exemplo a Galicia, completárase este marco coa Lei 9/2010, do 4 de novembro, de augas de Galicia; o Decreto 1/2015, do 15 de xaneiro, polo que se aproba o Regulamento da planificación en materia de augas de Galicia e se regulan determinadas cuestións en desenvolvemento da Lei 9/2010, do 4 de novembro, de augas de Galicia; a Lei 9/2019, do 11 de decembro, de medidas de garantía do abastecemento en episodios de seca e en situacións de risco sanitario (de Galicia); e o Acordo do Consello da Xunta do 1 de agosto de 2013 polo que se aproba o Plan de Seca da Demarcación Hidrográfica Galicia-Costa.

<sup>28</sup> Artigo 25.2.c) LBRL.

enfocados en garantir ese abastecemento urbano<sup>29</sup>, en función dos cales poderán imporse restricións de natureza cuantitativa sobre o uso da auga.

### 3.2 Panorámica sobre os entes competentes en materia cuantitativa

Os entes públicos competentes á hora de establecer e executar a protección do recurso natural auga a nivel cuantitativo non son distintos daqueles encargados da súa protección cualitativa; partindo da análise normativa realizada inmediatamente antes, convén falar de catro entidades competentes na materia<sup>30</sup>:

Sen lugar a dúbidas, débese comezar polos organismos de cunca. A xestión das cuncas intra e intercomunitarias<sup>31</sup> depende destes organismos, xa sexan as confederacións hidrográficas ou, a nivel autonómico, as administracións hidráulicas autonómicas correspondentes. Cada plan hidrolóxico aprobado para cada demarcación inclúe medidas específicas que pretenden garantir un axeitado estado cuantitativo da auga (medidas, como se analizan despois, de control, medidas limitativas, prelacións de usos, mecanismos de seguimento...), pero, en todo caso, o organismo de cunca terá recoñecida competencia para, *cando así o exixa a dispoñibilidade do recurso*, fixar ou modificar o réxime de explotación oportuno<sup>32</sup>; unhas competencias que «*en relación coa seca e escaseza se deberán efectuar dentro do seu marco institucional propio, de acordo coas responsabilidades dos seus órganos colexiados de xestión*», polo que habería

<sup>29</sup> Sobre a base da previsión recollida no artigo 27.3 PHN.

<sup>30</sup> Pode verse unha análise máis pormenorizada ao respecto en BURGOS GARRIDO, B., *Régimen jurídico administrativo de la sequía y escasez hídrica. Instrumentos para su prevención y gestión*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 67 e ss., ou en ARANA GARCÍA, E. (dir.), *Riesgos naturales y Derecho: una perspectiva interdisciplinaria*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 299 e ss.

<sup>31</sup> Cuncas intercomunitarias son aquelas masas de auga cuxa superficie se estende polo territorio de máis dunha comunidade autónoma, sendo o Estado quen exerce as competencias sobre ela, conforme a previsión establecida polo artigo 149.1.22 da Constitución española; pola súa banda, as intracomunitarias serían aquelas cuxas masas se estenden polo territorio dunha mesma comunidade e, por iso, aínda que a súa xestión corresponde á comunidade autónoma, esta non escapa ao Estado polo seu papel de coordinador e planificador xeral da actividade económica, o que se traduce en que estes plans se materializan a través dun «*acto final de aprobación polo Goberno mediante o cal se coordina a competencia planificadora autonómica –competente para a elaboración e revisión dos plans hidrolóxicos das augas intracomunitarias– coas exixencias da política hidráulica*»: *vid.*, por exemplo, a exposición de motivos do Real decreto 51/2019, do 8 de febreiro, polo que se aproba o Plan Hidrolóxico da Demarcación Hidrográfica das Illas Baleares. No mesmo lugar explícase con claridade esta cuestión competencial: «*A Constitución española establece como criterio principal para ordenar a distribución de competencias en materia de xestión de recursos hídricos a dimensión territorial das cuncas hidrográficas, garantindo a súa xestión unitaria e non fragmentaria de conformidade co principio de «unidade de cunca».* Deste xeito, o artigo 149.1.22.<sup>a</sup> da Constitución atribúelle ao Estado «*a competencia exclusiva en materia de lexislación, ordenación e concesión de recursos e aproveitamentos hidráulicos cando as augas discorran por máis dunha Comunidade Autónoma*», sendo polo tanto de competencia exclusiva autonómica as cuncas que discorran integramente polo seu territorio e así o establece o seu Estatuto de Autonomía; neste caso, o artigo 30.8 da Lei orgánica 1/2007, do 28 de febreiro, de reforma do Estatuto de autonomía das Illas Baleares, recolle expresamente esta competencia. Neste sentido, tal como veu interpretando o Tribunal Constitucional, o criterio do territorio polo que discorren as augas é esencial dentro do sistema de distribución de competencias que rexe nesta materia, aínda que iso non implica a exclusión doutros títulos competenciais como sucede na planificación hidrolóxica das demarcacións intracomunitarias, en que se debe cohonestar o lexítimo exercicio por parte do Estado dos títulos competenciais que poidan concorrer ou proxectarse, en particular co exercicio da competencia estatal sobre bases e coordinación da planificación xeral da actividade económica en virtude do artigo 149.1.13.<sup>a</sup> da Constitución, pola especial relevancia da auga como un recurso de vital importancia, imprescindible para a realización de múltiples actividades económicas, independentemente de onde se atopen. Polo tanto, a necesaria participación estatal materialízase nun acto final de aprobación polo Goberno mediante o cal se coordina a competencia planificadora autonómica –competente para a elaboración e revisión dos plans hidrolóxicos das augas intracomunitarias– coas exixencias da política hidráulica».

<sup>32</sup> *Vid.* artigo 90 RDPH.

que mencionar aquí tamén o papel desempeñado polas Xuntas de Explotación, a Asemblea de Usuarios, a Comisión de Desencoro e a Xunta de Goberno<sup>33</sup>.

En apoio destes organismos de cunca, destaca o papel da Dirección Xeral da Auga, en xeral na materia, pero especialmente no eido da seca ou a escaseza; á hora de determinar expresamente as súas funcións, fálase de *seca*, sen prexuízo de que o fin esencial das súas funcións sexa xestionar e paliar os efectos da *escaseza*<sup>34</sup>. Pola súa banda, da Oficina Española do Cambio Climático poderán derivar medidas relevantes a nivel cuantitativo, especialmente dirixidas a previr ou paliar os efectos derivados do fenómeno da seca<sup>35</sup>. Estes entes, especialmente a Oficina do Cambio Climático, teñen o seu reflexo a nivel autonómico, polo que tamén se poden despregar delas medidas aplicables a nivel cuantitativo, en especial sobre a xestión das cuncas intercomunitarias<sup>36</sup>.

Completarían esta panorámica dos entes públicos competentes na regulación e xestión da cantidade de auga dispoñible<sup>37</sup> os concellos, fundamentalmente, mediante os seus propios PES<sup>38</sup>, uns plans cuxas medidas será necesario ter en conta, malia recaeren basicamente sobre o control e a xestión do abastecemento urbano no ámbito da competencia establecida pola LBRL da forma xa exposta.

## 4 Caracteres básicos dos usos da auga e medidas de protección cuantitativa

### 4.1 Principais usos e sectores

O uso do recurso auga atópase regulado de forma xeral polo TRLA e as súas normas de desenvolvemento; máis concretamente, a utilización do dominio público hidráulico régúlase no título IV da mencionada norma, consolidando as súas bases máis xerais nos artigos 50 e seguintes. Baste lembrar, de forma moi superficial por ser asunto, en xeral, moi coñecido, que neses artigos se organizan as posibilidades de uso da auga en tres niveis: *común*, *especial* ou *privativo*, en función da súa intensidade, da

<sup>33</sup> Vid. artigos 32 e ss. TRLA e cfr. SAURA MARTÍNEZ, J., "El papel de los Organismos de Cuenca en las sequías", Comité de Expertos en Sequía, *La sequía en España: directrices para minimizar su impacto*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2006, pp. 19 a 34.

<sup>34</sup> Vid. artigo 5 do Real decreto 500/2020, do 28 de abril, polo que se desenvolve a estrutura orgánica básica do Ministerio para a Transición Ecolóxica e o Reto Demográfico, e se modifica o Real decreto 139/2020, do 28 de xaneiro, polo que se establece a estrutura orgánica básica dos departamentos ministeriais: destacaría neste sentido a letra c) do dito artigo, no cal se lle encarga á Dirección Xeral «a coordinación e seguimento dos plans e actuacións que se leven a cabo en situacións de seca».

<sup>35</sup> Vid. artigo 6 do mencionado Real decreto 500/2020.

<sup>36</sup> Aínda que o groso das comunidades autónomas está a preparar as súas leis en materia de cambio climático, polo momento son só Andalucía, Baleares e Cataluña as comunidades que contan cunha norma propia. Así, pódese ver a Oficina Andalucía de Cambio Climático da Lei 8/2018, do 8 de outubro, de medidas fronte ao cambio climático e para a transición cara a un novo modelo enerxético en Andalucía, ou a Oficina Catalá do Cambio Climático na Lei 16/2017, do 1 de agosto, do cambio climático.

<sup>37</sup> Para afondar nesta cuestión, acúdase ao traballo de BURGOS GARRIDO en *Régimen jurídico administrativo de la sequía y escasez hídrica. Instrumentos para su prevención y gestión*, cit., pp. 67 a 99.

<sup>38</sup> Artigo 27.3. PHN.

afectación ao seu uso por terceiros e, en contrapartida, da limitación aplicable ao respecto por parte da Administración pública. Deste xeito, no primeiro deses artigos establécese unha cláusula xeral de uso común, para todos, para «beber, bañarse e outros usos domésticos», sen necesidade de autorización administrativa e sen máis limitacións que as establecidas nas leis e regulamentos, limitacións cuxo fin é evitar que se produzan alteracións de calidade e de caudal de augas. Se este uso común é distinto aos sinalados ou elevado na súa intensidade, entón poderá ser considerado *especial*<sup>39</sup> e sometido a declaración responsable<sup>40</sup>, declaración que será substituída por autorización *cando pola súa especial intensidade este uso poida afectar á utilización do recurso por terceiros*<sup>41</sup>. Un terceiro nivel no uso da auga, o privativo, unicamente se pode exercer por concesión administrativa ou se así o reconece unha disposición legal, precisamente porque impide o acceso a ese ben de dominio público ao resto das persoas<sup>42</sup>.

Pois ben, de acordo cos datos achegados polo Ministerio para a Transición Ecolóxica e Reto Demográfico este mesmo mes de marzo, «o principal uso da auga é o regadío e usos agrarios, que supón aproximadamente o 80,5 % desta demanda, seguido polo abastecemento urbano, que representa o 15,5 %», restando practicamente o consumo industrial, así como perdas producidas en cada un dos casos sinalados<sup>43</sup>. Concretamente, dentro da cantidade de auga que consome a agricultura, «o consumo de auga para rega supera o 68 %»<sup>44</sup>. Deste xeito, as medidas de protección cuantitativa que se impoñan sobre estes sectores de consumo para garantir unha dispoñibilidade de auga en cantidade suficiente deben ter como obxectivos esenciais, ben racionalizar o uso do recurso e reducir o consumo de auga, ben reducir as perdas xeradas nese uso. Ademais, toda medida que se opoña contra estes usos dirixida a ofrecer unha protección cuantitativa das augas deberá atender non só as necesidades humanas, senón de especial xeito as necesidades hídricas dos ecosistemas<sup>45</sup>, é dicir, deberá protexer os seus servizos ambientais<sup>46</sup>. Os datos expostos mostran a necesidade de exercer un control minucioso do uso que se realiza do recurso natural auga, dunha maneira especial pola agricultura, a través da rega, fundamentalmente. Deste modo, a

<sup>39</sup> Conforme establece o artigo 85 da Lei 33/2003 do patrimonio das administracións públicas (en diante LPAP), con carácter xeral para todos os bens de dominio público, enténdese por uso *especial* aquel que «sen impedir o uso común, supón a concorrencia de circunstancias tales como a perigosidade ou intensidade deste, preferencia en casos de escaseza, a obtención dunha rendibilidade singular ou outras semellantes, que determinan un exceso de utilización sobre o uso que corresponde a todos ou un menoscabo deste». Será importante atender á condición de especial –ou privativo– dun uso sobre a auga para determinar a preferencia ou posibilidade de exercer ese uso en situacións de escaseza ou seca.

<sup>40</sup> Artigo 51 TRLA e 51 a 52 e 54 RDPH.

<sup>41</sup> Artigo 53 RDPH.

<sup>42</sup> Artigo 52 TRLA e 83 e ss. RDPH.

<sup>43</sup> Datos ofrecidos polo Goberno de España a través da Memoria Descritiva do PERTE de Dixitalización do ciclo da auga, de marzo de 2022, p. 6. Acceso web: [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2022/220322-PERTE\\_agua\\_memoria.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2022/220322-PERTE_agua_memoria.pdf).

<sup>44</sup> GÓMEZ-ESPÍN, J.M., "Modernización de regadíos en España: experiencias de control, ahorro y eficacia en el uso del agua para riego", cit., p. 75.

<sup>45</sup> Cfr. AGUDO GONZÁLEZ, J., *Urbanismo y gestión del agua*, Iustel, Madrid, 2007, p. 196.

<sup>46</sup> Sobre os servizos ambientais, pode verse GARCÍA GARCÍA, S., *Los servicios ambientales en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

rega será protagonista de moitas das medidas de toda política que pretenda protexer, con carácter xeral, o recurso natural auga<sup>47</sup>.

## 4.2 Principais medidas para a protección cuantitativa da auga

Como ben se apuntou, deben ser dous os obxectivos a alcanzar por toda medida que pretenda garantir a conservación da auga en cantidade suficiente: a racionalización do seu uso, por un lado, e a redución das perdas provocadas ao usalo, por outro. Todas esas medidas poderían ser clasificadas, con carácter xeral, en catro grandes grupos.

### 4.2.1 Medidas derivadas da condición da auga como ben de dominio público

A principal ferramenta coa que conta o sistema para cumprir os dous fins, aínda que especialmente o primeiro, é o propio réxime do dominio público. Tal como se adiantou, dentro deste, destacan como principais medidas ou técnicas de protección a autorización ou a debida concesión que se debe obter en función do uso que se necesite facer do recurso natural. Brevemente e con carácter xeral<sup>48</sup>, a autorización demanial pode definirse como un acto administrativo mediante o que a Administración realiza un control preventivo da legalidade ou oportunidade de aproveitamentos cualificados do dominio público realizados por particulares; basicamente esta medida deriva daquelas accións ou actividades individuais que «requieren que a Administración verifique previamente a súa compatibilidade co interese xeral», outorgándose, en principio directamente, se a dita verificación é positiva<sup>49</sup>. Pola súa banda, unha concesión demanial pódese definir como o acto administrativo mediante o cal a Administración habilita un particular a exercer un uso especial ou privativo do dominio público por un período determinado que se outorga, como regra xeral, en réxime de concorrencia<sup>50</sup>. Pois ben, conforme establece a normativa sobre augas, toda concesión ou autorización dese tipo que poida afectar á protección do recurso deberá estar debidamente xustificada<sup>51</sup>. Esa motivación soluciónase, en moitos casos, por medio da exixencia da realización dunha avaliación do seu impacto<sup>52</sup> ou coa prohibición de renovación tácita se esa auga se pretende utilizar concretamente para a rega<sup>53</sup> e debe garantir, loxicamente, o mantemento dunha cantidade suficiente de auga dispoñible.

regap



ESTUDIOS

<sup>47</sup> É esencial para coñecer, desde un punto de vista xurídico, toda cuestión relativa a esta rega a obra de CARO-PATÓN CARMONA, I., *El derecho a regar: entre la planificación hidrológica y el mercado del agua*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

<sup>48</sup> A regulación xeral do réxime das autorizacións e concesións despréndese do recollido polos artigos 91 a 103 LPAP –especialmente no caso das autorizacións no artigo 92– sen prexuízo de especialidades impostas por cada norma sectorial, algunhas das cales, recollidas no TRLA, poderán verse máis adiante.

<sup>49</sup> LAGUNA DE PAZ, J.C., *La autorización administrativa*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 31 e 32.

<sup>50</sup> Artigo 93 LPAP e  *Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 567 e ss.

<sup>51</sup> Artigo 121 Real decreto 51/2019.

<sup>52</sup> Artigo 236 RDPH.

<sup>53</sup> Artigo 53 TRLA.

O dominio público como técnica de protección dos bens públicos e esas autorizacións e concesións como títulos habilitantes para o seu uso implican a realización, por parte da Administración pública, dun control non só previo, senón tamén posterior dese aproveitamento ou uso do ben demanial. Isto permite tamén o establecemento de límites ou condicións dirixidas a garantir o mellor uso posible do recurso natural co fin, de fondo, de garantir a súa presenza e uso público futuro. Neste sentido, se se *mergulla* na normativa, é común atopar limitacións de carácter cuantitativo, tanto xerais como límites de carácter extraordinario impostos polo organismo de cunca cando así o exixa a dispoñibilidade do recurso, especialmente sobre o uso da auga subterránea<sup>54</sup>. Este control da Administración maniféstase tamén mediante a imposición, por medio dos plans hidrolóxicos, de diversas obrigas especiais de información sobre os volumes totais de auga efectivamente extraídos e utilizados<sup>55</sup>, habendo limitacións ou obrigas extras se se produce a declaración dunha zona como *sobreexplotada*<sup>56</sup>. Para garantir o cumprimento destas limitacións, establécense sistemas de control efectivo dos caudais de auga a utilizar, así como para o cómputo dos caudais efectivamente aproveitados cando se trate de caudais sobrantes doutros aproveitamentos<sup>57</sup>. E, no mesmo sentido, impídese de forma expresa o aproveitamento da auga concedida para usos distintos daqueles para os que se outorgou o dereito de uso<sup>58</sup>. Por estes motivos, os rexistros convértese nun mecanismo de control esencial para o TRLA<sup>59</sup>.

Ante unha eventual escaseza do recurso e, así, a necesidade de priorizar uns usos sobre outros, a regulación establece unha orde de prelación de usos<sup>60</sup>. Case todos os plans hidrolóxicos establecen as súas propias listaxes. Nelas adóitase posicionar en primeiro lugar a cobertura das necesidades básicas de abastecemento de poboacións (necesidades humanas); en segundo lugar, o respecto ás necesidades hídricas de cada cunca (necesidades ecolóxicas), e posteriormente a preferencia duns ou outros usos, que varían en función das características económicas do lugar (necesidades económicas). Nesta *terceira posición* adoita situarse a rega ou o uso industrial da auga<sup>61</sup>.

---

<sup>54</sup> Uso que non poderá superar un volume total anual de 7.000 m<sup>3</sup>: artigo 54 TRLA, 84 e 87 RLA. *Vid.* tamén o disposto polo artigo 55 TRLA: «*con carácter temporal, poderá tamén condicionar ou limitar o uso do dominio público hidráulico para garantir a súa explotación racional. Cando por iso se ocasione unha modificación de caudais que xere prexuízos a uns aproveitamentos en favor doutros, os titulares beneficiados deberán satisfacer a oportuna indemnización, correspondéndolle ao organismo de cunca, en defecto de acordo entre as partes, a determinación da súa contía.*».

<sup>55</sup> Artigo 11, anexos VIII e IX do Real decreto 1/2016.

<sup>56</sup> *Vid.*, por exemplo, os artigos 45 a 48 da Lei 12/1990 de augas de Canarias.

<sup>57</sup> Artigo 55 TRLA.

<sup>58</sup> No ámbito do regadío, realízase unha interpretación ampla desta medida, de forma que a cantidade de auga concedida para regadío *podará prever a aplicación da auga a distintas superficies alternativa ou sucesivamente ou prever un perímetro máximo de superficie dentro do cal o concesionario poderá regar unhas superficies ou outras*: artigo 61 TRLA.

<sup>59</sup> Artigo 99 bis TRLA.

<sup>60</sup> *Vid.* artigo 60 TRLA.

<sup>61</sup> *Vid.* Real decreto 1/2016, do 8 de xaneiro, polo que se aproba a revisión dos Plans Hidrolóxicos das demarcacións hidrográficas do Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura e Xúcar, e da parte española das demarcacións hidrográficas do Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Douro, Texo, Guadiana e Ebro: especialmente artigo 8, anexo IV; artigo 8, anexos VIII e IX; ou artigo 9, anexo XI. *Vid.* tamén artigo 8 do Real decreto 11/2016, do 8 de xaneiro, polo que se aproban os Plans Hidrolóxicos das demarcacións hidrográficas de Galicia-Costa, das Cuncas Mediterráneas Andaluzas, do Guadalete e Barbate e do Tinto, Odiel e Piedras.

Sobre esa rega da que se falou, principal *consumidora* de auga, a regulación establece controis ou límites específicos. Así, destacan medidas tendentes a limitar ou reducir unilateralmente a cantidade de auga utilizada; neste sentido, a Administración reserva para si a posibilidade de condicionar ou limitar temporalmente o uso da auga para rega co fin de garantir unha explotación racional<sup>62</sup>. Tamén se prevé a posibilidade de limitar ese uso mediante a declaración de perímetros de protección de acuíferos<sup>63</sup> ou de reservas hidrolóxicas, das cales poden derivar restricións ou mesmo prohibicións para o aproveitamento do recurso ou outorgamento de novos dereitos de uso<sup>64</sup>. Se se fala de rega, pódense observar determinadas condicións específicas que pretenden reforzar a protección do recurso desde un punto de vista cuantitativo; neste sentido, establécese a obriga de ser titular das terras beneficiadas pola rega para obter a correspondente concesión<sup>65</sup> ou a non renovación automática da concesión demanial antes mencionada<sup>66</sup>. Tamén destaca a previsión pola cal o TRLA exige que os usuarios dunha mesma toma ou concesión de auga se constitúan en comunidades de usuarios, obriga cuxa finalidade é permitir exercer eses controis da forma máis eficaz posible<sup>67</sup>. Así mesmo, imponse un férreo control no caso de cesións entre usuarios de auga para rega. Este recae sobre a información que cada parte debe comunicar ás autoridades competentes, as cales poden negarse a tal cesión se se observan riscos ou efectos negativos sobre «*o réxime de explotación dos recursos na cunca, os dereitos de terceiros, os caudais ambientais, o estado ou conservación dos ecosistemas acuáticos*» ou o incumprimento de requisitos cuantitativos esenciais, denegación que non xeraría, en ningún caso, dereito a indemnización ningunha para os afectados<sup>68</sup>.

Regap



ESTUDIOS

#### 4.2.2 A figura do caudal ecolóxico

O segundo gran bloque de medidas de protección cuantitativa sostense sobre o establecemento da figura dos caudais ecolóxicos, o cal completa o anterior ofrecendo entre os dous unha atención equilibrada tanto ás necesidades humanas como ás do ecosistema.

O *caudal ecolóxico* é a figura que tradicionalmente se utilizou para impor o mantemento de determinadas condicións dos cursos e masas de auga<sup>69</sup>, pero en xeral enténdese como unha reserva do recurso para a conservación ou recuperación do

<sup>62</sup> Artigo 55 TRLA. *Especialmente en circunstancias de secas extraordinarias, de sobreexplotación grave de acuíferos, ou en similares estados de necesidade, urxencia ou concorrencia de situacións anómalas ou excepcionais, o Goberno, mediante decreto acordado en Consello de Ministros, oído o organismo de cunca, poderá adoptar, para a superación das ditas situacións, as medidas que sexan precisas en relación coa utilización do dominio público hidráulico, mesmo cando tivese sido obxecto de concesión:* artigo 58 TRLA.

<sup>63</sup> Artigo 173 RDPH.

<sup>64</sup> Artigos 2, 3, 25 e 244 quarter PHN.

<sup>65</sup> Artigos 62 e 69 TRLA.

<sup>66</sup> Artigo 53 TRLA.

<sup>67</sup> Artigo 81 TRLA.

<sup>68</sup> Artigo 68 TRLA.

<sup>69</sup> EMBID IRUJO, A., "Usos del agua e impacto ambiental: evaluación de impacto ambiental y caudal ecológico", *Revista de Administración Pública*, n. 134, 1994, pp. 109 a 154, *vid. pp.* 137 e ss.

medio natural<sup>70</sup>. Esta figura impón a obriga de determinar o caudal mínimo que debe manterse en cada caso a prol das necesidades do ecosistema, o que lexítima a imposición de prohibicións ou limitacións ao outorgamento de novos dereitos ou, mesmo, a detración de augas xa concedidas<sup>71</sup>. Neste sentido, o establecemento de caudais ecolóxicos preséntase como unha medida esencial na protección cuantitativa da auga e os seus servizos ambientais, constituíndo a principal «*restrición que se lles pode impor aos sistemas de explotación*»<sup>72</sup>, unha restrición que será preferente e esencial subordinada, principalmente, ao abastecemento de poboacións<sup>73</sup>.

#### 4.2.3 Medidas de fomento e educativas

Este terceiro bloque estaría composto por medidas complementarias coas que cumprir de forma directa co obxectivo de garantir o mellor uso do recurso e reducir, así, as súas perdas. É posible advertir neste punto a imposición da implementación de novas técnicas e tecnoloxías aos diferentes usos da auga. Concretamente, por seguir co exemplo tomado neste traballo, respecto ao regadío atópase este tipo de imposición de boas prácticas e mellores técnicas dispoñibles a través da implementación de cambios nas técnicas de cultivo ou das características do propio cultivo<sup>74</sup>, pero de todas a medida principal, pola súa eficacia e protagonismo na normativa, é a xestión sustentable e a modernización do regadío<sup>75</sup>. Para iso, e como mecanismo de fomento, permítese revisar á alza a cantidade de auga concedida para rega se se acredita un menor uso desta ou unha mellora da técnica de utilización do recurso, de forma que se alcance un aforro da cantidade de recurso empregado<sup>76</sup>.

<sup>70</sup> BUSTILLO BOLADO, R.O., "¿Pueden los organismos de cuenca exigir a los concesionarios la información de la que dispongan en relación con sus obligaciones de mantenimiento de los caudales ecológicos?", *REDAS. Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidad*, n. 1, 2017, *vid.* p. 4. O TRLA obriga a que os plans hidrolóxicos de cunca regulen tamén os «*usos, presións e incidencias antrópicas significativas sobre as augas*», de tal forma que nestes se inclúa «*a asignación e reserva de recursos para usos e demandas actuais e futuros, así como para a conservación e recuperación do medio natural. Para este efecto, determinaranse os caudais ecolóxicos, entendendo como tales os que manteñen como mínimo a vida piscícola que de xeito natural habitaría ou púidese habitar no río, así como a súa vexetación de ribeira*»: artigo 42.1.b) TRLA.

<sup>71</sup> CARO-PATÓN CARMONA, I., "Caudal ecológico", Embid Irujo, A. (dir.), *Diccionario de Derecho de aguas*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 307 a 322, p. 307.

<sup>72</sup> AGUDO GONZÁLEZ, J., *Urbanismo y gestión del agua*, cit., pp. 196 e 197.

<sup>73</sup> Artigo 59.7 TRLA.

<sup>74</sup> Neste sentido, resulta esencial a existencia de medidas dirixidas a garantir unha optimización do uso da auga polos cultivos que implementen «*técnicas de redución do consumo de auga, tanto nos procesos de almacenamento como no transporte e aplicación, que redunden en aforros de auga significativos. Entre estas técnicas destacan a redución da evaporación en balas mediante o tapado con mallas de sombreo, a redución de filtracións en conducións e rega por inundación, o uso de mulching vexetal e sintético, cobertura plástica parcial (láminas e mallas antiherba), rega por goteo subterráneo, uso de produtos superabsorbentes, uso de produtos surfactantes, mallas de sombreo, rega deficitaria controlada, cultivo hidropónico con recuperación de auga e nutrientes, combinación dos anteriores, mallas cazanêboas ou sistemas de condensación de auga...*»: MELGAREJO, P., LEGUA, P., MARTÍNEZ-NICOLÁS, J.J. e ABADÍA, R., "Sistemas para el ahorro de agua en la agricultura", Melgarejo Moreno, J. (ed.), *Congreso Nacional del Agua. Orihuela. Innovación y sostenibilidad*, Universitat d'Alacant, Alacante, 2019, pp. 53 a 94, *vid.* p. 72.

<sup>75</sup> É importante ao respecto o Real decreto 329/2002, do 5 de abril, polo que se aproba o Plan Nacional de Regadíis, modificado por última vez no ano 2011 tras a implantación do Plan Nacional de Regadíis Horizonte 2008. Anunciouse a reactivación deste no marco do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia; a nivel normativo e de planificación, este atópase en proceso de cambio e reelaboración, aspecto que debería culminarse.

<sup>76</sup> Artigo 65 TRLA.

A implantación desas medidas de mellora e aforro sempre deberá ir acompañada dun apoio económico por parte dos poderes públicos ou de medidas de fomento como, por exemplo, incentivos fiscais<sup>77</sup>.

Así mesmo, dentro deste terceiro bloque, destacarían medidas educativas, como a que impón a realización de campañas de comunicación dirixidas a formar no uso sustentable da auga, que inclúan a elaboración e difusión dun catálogo de boas prácticas e das mellores tecnoloxías dispoñibles<sup>78</sup>.

#### 4.2.4 A planificación como medida de protección cuantitativa. Especial referencia aos PES e o seu tratamento da escaseza e a seca

Da lectura do marco normativo da auga extráese, como outra das grandes medidas de protección, tamén cuantitativa, a planificación como técnica de xestión e control dos usos da auga.

Os plans son un dos instrumentos de ordenación administrativa por excelencia, que pode ter ou non carácter normativo (reglamentario), e que se poden definir como «*decisións xerais dos poderes públicos que, normalmente sobre a base dunha análise de problemas e situacións existentes, fixan uns obxectivos a lograr nun período de tempo máis ou menos longo, e prevén e regulan actuacións públicas e se é o caso privadas necesarias para alcanzalos, así como os medios e recursos apropiados*»<sup>79</sup>.

A planificación como técnica administrativa aplicada á protección da auga ten, en palabras de EMBID IRUJO, «*un cariz especial*», entre outras cousas pola importancia extraordinaria que posúe, en xeral, en toda a regulación na materia<sup>80</sup>. O papel esencial do plan como técnica de regulación e protección da auga está presente en España xa desde a Lei de augas do ano 1985 (Lei 29/1985), pero a súa importancia foi ratificada e incrementada pola propia Unión Europea a través da DMA, onde se lle encarga á planificación hidrolóxica a atención a todas as «*previsións sobre a oferta e demanda do recurso, previsións para o futuro e normas de calidade das augas, caudais ecolóxicos, arranxos institucionais, protección de acuíferos, réxime económico-financeiro da utilización da auga ou a relación de obras hidráulicas a desenvolver como unha sorte de consecuencia de todo o anterior*»<sup>81</sup>.

Conforme impón a DMA, todo Estado membro debe implementar esta planificación para cada unha das cuncas hidrográficas nacionais<sup>82</sup>. Isto supón que España conte cun Plan Hidrolóxico Nacional, aprobado mediante o mencionado PHN e doce cuncas intercomunitarias, e, polo tanto, doce plans hidrolóxicos para as ditas demarcacións aprobados polo Estado: Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura e Xúcar, e da parte española das demarcacións hidrográficas do Cantábrico

<sup>77</sup> MELGAREJO, P., LEGUA, P., MARTÍNEZ-NICOLÁS, J.J. e ABADÍA, R., "Sistemas para el ahorro de agua en la agricultura", cit., p. 72.

<sup>78</sup> Artigo 32 PHN.

<sup>79</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2020, p. 642.

<sup>80</sup> EMBID IRUJO, A., "La planificación hidrológica", *Revista de Administración Pública*, n. 123, 1990, pp. 115 a 152, *vid.* p. 122.

<sup>81</sup> EMBID IRUJO, A. (dir.), *Diccionario de derecho de aguas*, Lustel, Madrid, 2007, p. 768.

<sup>82</sup> Así se desprende do artigo 3 DMA.

Oriental, Miño-Sil, Douro, Texo, Guadiana e Ebro<sup>83</sup>. A estas débense sumar as cuncas intracomunitarias e os seus plans, entre os que se atoparían os correspondentes ás cuncas das Illas Baleares, Galicia, Andalucía<sup>84</sup> e Cataluña<sup>85</sup>. Finalmente, resta por sumar sete plans hidrolóxicos máis correspondentes ás demarcacións canarias, aprobados mediante norma autonómica sobre a base da previsión disposta ao respecto na disposición adicional novena TRLA<sup>86</sup>.

Todos estes plans son obrigatorios, aínda que iso non signifique que necesariamente teñan o carácter de norma xurídica «*porque o que fai o plan é adoptar decisións singulares*»<sup>87</sup>. Ben, pois é nunha das previsións do PHN, concretamente no seu artigo 27, onde se establece a obriga, para todo organismo de cunca, de elaborar, no ámbito de cada plan hidrolóxico, un plan especial de actuación en situacións de alerta e eventual seca (art. 27.2 PHN), así como o deber de todo Concello ou Administración competente, con poboación igual ou superior a 20.000 habitantes, de dispor dun plan de emerxencia ante situacións de seca (art. 27.3 PHN). Plans especiais de actuación en situacións de alerta e eventual seca a nivel de cunca e plans de emerxencia ante situacións de seca a nivel local que englobamos baixo a denominación xeral de Plans Especiais de Seca (PES).

Dentro das medidas de xestión da auga, onde se recollen loxicamente requisitos para a protección cuantitativa da auga, estes PES destacan pola especial atención que ofrecen cando a cantidade de auga non é a axeitada ou non é suficiente. En xeral, estes plans deben establecer un conxunto de actuacións e actividades que permitan reducir a demanda de auga, mellorar a súa eficiencia e evitar a deterioración dos recursos hídricos dispoñibles no futuro<sup>88</sup>. Por iso, os dous conceptos protagonistas neses plans serían, como ben se apuntou, o de *seca* e o de *escaseza*.

En xeral, os PES caracterízanse por ofrecer unha atención diferenciada e con maior ou menor especificidade tanto ao problema da seca como ao da escaseza;

---

<sup>83</sup> Todo iso sobre a base do Real decreto 1/2016, do 8 de xaneiro, polo que se aproba a revisión dos Plans Hidrolóxicos das ditas demarcacións hidrográficas.

<sup>84</sup> Real decreto 11/2016, do 8 de xaneiro, polo que se aproban os Plans Hidrolóxicos das demarcacións hidrográficas de Galicia-Costa, das Cuncas Mediterráneas Andaluzas, do Guadalete e Barbate e do Tinto, Odiel e Piedras.

<sup>85</sup> Real decreto 1219/2011, do 5 de setembro, polo que se aproba o Plan de xestión do distrito de cunca fluvial de Cataluña establecido mediante o Decreto 380/2006, do 10 de outubro, da Generalitat de Cataluña, polo que se aproba o Regulamento da Planificación Hidrolóxica. *Vid.* nota ao pé 31 para recordar as cuestións competenciais relativas á xestión destas cuncas e, polo tanto, aprobación dos seus plans; non obstante, para coñecer a peculiaridade, especialmente a nivel competencial deste plan, *vid.* CARO-PATÓN CARMONA, I., "Real decreto 1219/2011, de 5 de setembro, por el que se aprueba el plan de gestión de distrito de cuenca fluvial de Cataluña", *Actualidad Jurídica Ambiental*, 16 de xaneiro, 2012, 4.

<sup>86</sup> Decreto 184/2018, do 26 de decembro, polo que se aproba definitivamente o Plan Hidrolóxico Insular da Demarcación Hidrográfica de El Hierro; Decreto 185/2018, do 26 de decembro, polo que se aproba definitivamente o Plan Hidrolóxico Insular da Demarcación Hidrográfica de Fuerteventura; Decreto 137/2018, do 17 de setembro, polo que se aproba definitivamente o Plan Hidrolóxico Insular da Demarcación Hidrográfica de La Gomera; Decreto 169/2018, do 26 de novembro, polo que se aproba definitivamente o Plan Hidrolóxico Insular da Demarcación Hidrográfica de La Palma; Decreto 186/2018, do 26 de decembro, polo que se aproba definitivamente o Plan Hidrolóxico Insular da Demarcación Hidrográfica de Lanzarote; Decreto 2/2019, do 21 de xaneiro, polo que se aproba definitivamente o Plan Hidrolóxico Insular da Demarcación Hidrográfica de Gran Canaria.

<sup>87</sup> CARO-PATÓN CARMONA, I., "La planificación hidrológica en España", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 23, 2012, pp. 177 a 214, *vid.* p. 210.

<sup>88</sup> Para un maior e mellor coñecemento das características e contido destes plans especiais, acúdase a ARANA GARCÍA, E. (dir.), *Riesgos naturales y Derecho: una perspectiva interdisciplinar*, cit.

concretamente, estes plans distinguen entre a *seca prolongada* e a *escaseza conxuntural*<sup>89</sup>. Tendo en conta as definicións xerais ofrecidas xa para a seca e a escaseza<sup>90</sup>, a seca prolongada «*debe entenderse como unha situación natural, persistente e intensa, de diminución das precipitacións producida por circunstancias pouco frecuentes e con reflexo nas achegas hídricas*»<sup>91</sup>. Pola súa banda, a escaseza conxuntural «*debe entenderse como un problema temporal na atención das demandas*»; a priori esas demandas considéranse *suficientemente ben atendidas desde o punto de vista da planificación hidrolóxica xeral (cumpren os criterios de garantía), pero están sometidas a riscos conxunturais de subministración*, os cales, precisamente, tratan de identificar e mitigar estes PES<sup>92</sup>. Nos propios PES déixase claro como as diferenzas entre os dous conceptos obrigan a aplicar medidas tamén separadas: «*así, a seca prolongada está relacionada exclusivamente coa diminución das precipitacións e das achegas en réxime natural, polo que a súa unidade de análise corresponderá con zonas homoxéneas en canto á xeración dos recursos hídricos. Pola súa banda, a escaseza conxuntural introduce a problemática temporal de atención das demandas socioeconómicas establecidas nunha zona, e polo tanto as súas unidades de xestión estarán moi relacionadas cos (...) sistemas de explotación establecidos no eido da planificación hidrolóxica*»<sup>93</sup>.

Para determinar as mellores medidas de protección e control que cómpre adoptar en cada caso, estes plans utilizan sistemas de indicadores hidrolóxicos establecidos polo Ministerio, agora, para a Transición Ecolóxica e o Reto Demográfico<sup>94</sup>. Sobre esa base, cada PES ofrece o seu conxunto de indicadores, tanto de seca como de escaseza, a través dos cales identificar unha mala situación cuantitativa e, así, unha rápida reacción que minimize os danos e facilite a recuperación<sup>95</sup>. Con eles, desenvólvese unha análise e avaliación do estado do terreo, análise que se organiza e divide no que denominan unidades territoriais, en función das distintas características ou necesidades da zona: deste xeito, localízanse e establécense as *unidades territoriais de seca prolongada* (ou UTS) e as *unidades territoriais de escaseza conxuntural* (ou UTE)<sup>96</sup>; desta forma, a maior número de unidades, maior gravidade da situación. Á hora de

Regap



ESTUDIOS

<sup>89</sup> Pode verse así, por exemplo, no PES Ebro, p. 20, acceso web: [https://www.chebro.es/documents/20121/354670/PES-Ebro\\_trasCP\\_v12\\_aprobado.pdf/9bc2c20f-6083-665b-1996-d53be48a4cce?t=1639042174913](https://www.chebro.es/documents/20121/354670/PES-Ebro_trasCP_v12_aprobado.pdf/9bc2c20f-6083-665b-1996-d53be48a4cce?t=1639042174913), aprobado mediante a Orde TEC/1399/2018, do 28 de novembro, pola que se aproba a revisión dos plans especiais de seca correspondentes ás demarcacións hidrográficas do Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura e Xúcar; á parte española das demarcacións hidrográficas do Miño-Sil, Douro, Texo, Guadiana e Ebro; e ao ámbito de competencias do Estado da parte española da demarcación hidrográfica do Cantábrico Oriental.

<sup>90</sup> Vid. apartado 2. Calidade con cantidade. Os conceptos de escaseza e seca.

<sup>91</sup> PES Ebro, pp. 20 e ss.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> PES da Demarcación Hidrográfica das Cuncas Mediterráneas Andaluzas, p. 31, acceso web: [https://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal/documents/20151/35248297/plan\\_especial\\_sequia\\_DHCMA.pdf/24ef3f6b-2145-e6bb-1457-9114276acd92?t=1643184589343](https://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal/documents/20151/35248297/plan_especial_sequia_DHCMA.pdf/24ef3f6b-2145-e6bb-1457-9114276acd92?t=1643184589343).

<sup>94</sup> Por mandato do artigo 27.1 PHN.

<sup>95</sup> Vid., por exemplo, o PES Guadalquivir, pp. 202 e ss., acceso web: [https://www.chguadalquivir.es/descargas/PlanHidrologico2015-2021/Planes\\_2DO\\_Ciclo/Guadalquivir/MEMORIA\\_PHD\\_GUADALQUIVIR](https://www.chguadalquivir.es/descargas/PlanHidrologico2015-2021/Planes_2DO_Ciclo/Guadalquivir/MEMORIA_PHD_GUADALQUIVIR), aprobado mediante a Orde TEC/1399/2018.

<sup>96</sup> Vid., por exemplo, o PES Xúcar, pp. 25 e ss., acceso web: <https://www.chj.es/Descargas/ProyectosOPH/RevisionPES/memoriaPES.pdf>, aprobado mediante a Orde TEC/1399/2018.

elaborar o seu estudo, cada PES conta tamén cun rexistro de secas, no que se atende ás históricas e aos efectos previsibles derivados, para este campo, do cambio climático<sup>97</sup>.

Tras tomar conciencia do estado do territorio da súa demarcación, cada PES ofrece o que se podería identificar cunha análise do consumo de auga previsto co fin de determinar as necesidades hídricas de cada cunca. Deste modo, en primeiro lugar, recóllese un resumo dos requirimentos ambientais, así como outros condicionantes que, ante unha situación de escaseza ou seca, terían preferencia. É o que os PES identifican baixo o catálogo de *restricións de uso* no cal se atoparían as restricións ambientais dirixidas por medio dos caudais ecolóxicos<sup>98</sup>. Por outro lado, cada PES elabora unha análise das demandas de auga que, con carácter xeral, se producirán nesa cunca, destacando neste caso a demanda de auga para regadío ou usos agropecuarios. Este segundo bloque de demandas de auga será o que, se é o caso, poida verse restrinxido ante un evento de escaseza ou seca<sup>99</sup>.

Finalmente, con todos os datos anteriores, cada un destes PES presenta un conxunto de posibles e distintos escenarios e das accións que, en cada caso, se deban tomar. Estas poderán, fundamentalmente, limitar ou restrinxir, de maneira temporal, ben a oferta de auga, a demanda e/ou modificar a organización administrativa da demarcación; así mesmo, aplicaranse en todo caso medidas de protección ambiental, de carácter cuantitativo e cualitativo, entre as cales se garanta un minucioso seguimento do seu estado e se apliquen medidas de recuperación ambiental<sup>100</sup>.

## 5 Conclusións

A atención que se ofrezca á auga, como a calquera outro recurso natural, debe ir dirixida a garantir a súa conservación nunha calidade óptima e, simultaneamente, en cantidade axeitada. Á hora de determinar o nivel no que se alcanzan eses adxectivos –óptima e axeitada–, cómpre atender as necesidades tanto do ser humano como da propia natureza; para iso, son adecuadas as técnicas aplicadas sobre a base da condición da auga como ben demanial, pero tamén outras esenciais como as derivadas da figura dos caudais ecolóxicos.

Esta protección á auga faise especialmente importante e complexa ao constatar a presenza de dous fenómenos cada vez máis repetidos en España, como son o da seca e o da escaseza. Para atallar o primeiro, débese acelerar o deseño de medidas contra o cambio climático ou sobre o réxime de chuvias e outras precipitacións; de cara a paliar

<sup>97</sup> *Vid.*, por exemplo, o PES Guadiana, pp. 110 e ss., acceso web: <https://www.chguadiana.es/sites/default/files/2018-12/PES-CHGn>, aprobado mediante a Orde TEC/1399/2018.

<sup>98</sup> *Vid.*, por exemplo, o PES Texo, pp. 32 e ss., acceso web: <http://www.chtajo.es/LaCuenca/Planes/PES/Documents/20181128%20PES>, aprobado mediante a Orde TEC/1399/2018.

<sup>99</sup> *Vid.*, por exemplo, o PES Miño-Sil, pp. 30 e ss., acceso web: <https://www.chminosil.es/images/planificacion/pes/O1.MEMORIA.pdf>, aprobado mediante a Orde TEC/1399/2018.

<sup>100</sup> *Vid.*, por exemplo, PES Segura, pp. 285 e ss. para o diagnóstico de escenarios e pp. 294 e ss. para as medidas, acceso web: [https://www.chsegura.es/export/sites/chs/descargas/cuenca/sequias/revision2018/docsdescarga/PES\\_SEGURA\\_Memoria](https://www.chsegura.es/export/sites/chs/descargas/cuenca/sequias/revision2018/docsdescarga/PES_SEGURA_Memoria), aprobado mediante a Orde TEC/1399/2018.

o segundo, débese establecer unha mellora na súa previsión e na ordenación e limitación de usos e outros aproveitamentos, onde se erixen como pezas esenciais os PES.

Todas esas medidas de protección da auga que se adopten deben ter un alcance xeral, pero tamén ofrecer unha atención específica por sectores. O uso –ou abuso– do recurso natural concéntrase especialmente en aproveitamentos ou sectores moi determinados, polo que serían eles os principais receptores dos requisitos ou limitacións que se impoñan. O obxecto destes debe ser, sinxelamente, a racionalización no uso do recurso auga, algo que alcanza a forma de aproveitamento, pero tamén as perdas que se producen á hora de desenvolvelo.

O grande usuario de auga en España é o sector da agricultura, a través do regadío. Deste xeito, unha parte esencial das medidas que cómpre desenvolver na protección cualitativa e cuantitativa da auga deben ir dirixidas a paliar o impacto producido pola rega. A redución na auga necesaria para o regadío pódese implementar, ben a través do aumento ou mellora da eficiencia do propio sistema de regadío, ben a través das técnicas de cultivo ou das características do propio cultivo. A modernización do regadío eríxese así como algo esencial e improrrogable. A propia Administración pública debe fomentar esa modernización cubrindo altas porcentaxes do custo de implementala, unha actuación en principio dirixida sobre a base do Plan Nacional de Regadíos. Este plan, que supuxo un grande avance no momento da súa creación mediante o Real decreto 329/2002, do 5 de abril, polo que se aproba o Plan Nacional de Regadíos, modificado por última vez no ano 2011 tras a implantación do Plan Nacional de Regadíos Horizonte 2008, está obsoleto, aínda que se anunciou a súa reactivación no marco do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia, a nivel normativo e de planificación, algo que debería culminarse con rapidez.

Ademais destas medidas sectoriais, os PES son, cada vez máis, mecanismos esenciais para a prevención e protección da auga, especialmente desde o punto de vista cuantitativo. Resulta esencial o deseño, aplicación e constante actualización de plans de seca a través dos cales se preste unha atención constante á cantidade de auga dispoñible en cada momento. Os criterios sobre os cales se determinen as medidas que cómpre aplicar, así como a súa adopción, deben ser comúns e normalizados, de forma que, aínda que se ofrezca unha atención separada á cantidade e calidade da auga, esta se faga sobre a base da unidade que presenta este recurso, que, como diría MARTÍN MATEO, «ignora olímpicamente os artificiais fraccionamentos das soberanías territoriais»<sup>101</sup>.

## Bibliografía

- AGUDO GONZÁLEZ, J., *Urbanismo y gestión del agua*, Iustel, Madrid, 2007.  
 AGUDO GONZÁLEZ, J. (coord.), *El Derecho de aguas en clave europea*, La Ley, Madrid, 2010.  
 AGUDO GONZÁLEZ, J., “La regulación de los usos del agua en el Derecho español”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 151, 2011.

<sup>101</sup> MARTÍN MATEO, R., “El derecho de la atmósfera”, *Revista de Administración Pública*, n. 121, 1990, pp. 89 a 148, *vid.* p. 91.

- ARANA GARCÍA, E. (dir.), *Riesgos naturales y Derecho: una perspectiva interdisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2017.
- BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 2001.
- BURGOS GARRIDO, B., *Régimen jurídico administrativo de la sequía y escasez hídrica. Instrumentos para su prevención y gestión*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- BUSTILLO BOLADO, R.O., “¿Pueden los organismos de cuenca exigir a los concesionarios la información de la que dispongan en relación con sus obligaciones de mantenimiento de los caudales ecológicos?”, *REDAS. Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidad*, n. 1, 2017.
- CARO-PATÓN CARMONA, I., *El derecho a regar: entre la planificación hidrológica y el mercado del agua*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- CARO-PATÓN CARMONA, I., “Caudal ecológico”, Embid Irujo, A. (dir.), *Diccionario de Derecho de aguas*, Iustel, Madrid, 2007.
- CARO-PATÓN CARMONA, I., “Real Decreto 1219/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el plan de gestión de distrito de cuenca fluvial de Cataluña”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 16 de enero, 2012.
- CARO-PATÓN CARMONA, I., “La planificación hidrológica en España”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 23, 2012.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, Tecnos, Madrid, 1989.
- DEL SAZ CORDERO, S., *Aguas subterráneas, aguas públicas. El nuevo Derecho de aguas*, Marcial Pons, Madrid, 1990.
- EM BID IRUJO, A., “La planificación hidrológica”, *Revista de Administración Pública*, n. 123, 1990.
- EM BID IRUJO, A. (dir.), *Diccionario de derecho de aguas*, Iustel, Madrid, 2007.
- EM BID IRUJO, A., “Elementos para la construcción de una teoría general de las sequías e inundaciones como fenómenos hidrológicos extremos”, Embid Irujo, A. (dir.), *Sequía e inundación como fenómenos hidrológicos extremos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- EM BID IRUJO, A., “Usos del agua e impacto ambiental: evaluación de impacto ambiental y caudal ecológico”, *Revista de Administración Pública*, n. 134, 1994.
- GARCÍA GARCÍA, S., *Los servicios ambientales en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- GÓMEZ-ESPÍN, J.M., “Modernización de regadíos en España: experiencias de control, ahorro y eficacia en el uso del agua para riego”, *Agua y Territorio*, n. 13, 2019.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., “Régimen jurídico de las aguas”, Lasagabaster Herrarte, I., García Ureta, A.M. e Lazkano Brotóns, I. (coords.), *Derecho Ambiental. Parte Especial III: agua, atmósfera, contaminación acústica*, LETE, Bilbao, 2007.
- LAGUNA DE PAZ, J.C., *La autorización administrativa*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.
- LOPERENA ROTA, D., “Normativa sobre la calidad de las aguas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 31, 1991.

- LÓPEZ MENUDO, F., “Las aguas”, *Revista de Administración Pública*, n. 200, 2016.
- MARTÍN MATEO, R., “El derecho de la atmósfera”, *Revista de Administración Pública*, n. 121, 1990.
- MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho de Aguas*, Civitas, Madrid, 1997.
- MELGAREJO, P., LEGUA, P., MARTÍNEZ-NICOLÁS, J.J. e ABADÍA, R., “Sistemas para el ahorro de agua en la agricultura”, Melgarejo Moreno, J. (ed.), *Congreso Nacional del Agua. Orihuela. Innovación y sostenibilidad*, Universitat d’Alacant, Alacante, 2019.
- NAVARRO CABALLERO, T.M., *Los instrumentos de gestión del dominio público hidráulico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. e ALONSO GARCÍA, C. (dirs.), *Tratado de Derecho ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2020.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, Madrid, 2018.
- SANZ RUBIALES, I., *Los vertidos en aguas subterráneas. Su régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- SANZ, M.J. e GALÁN, E. (coords.), *Impactos y riesgos derivados del cambio climático en España*, Oficina Española de Cambio Climático, Ministerio para a Transición Económica e o Reto Demográfico, Madrid, 2020.
- SAURA MARTÍNEZ, J., “El papel de los Organismos de Cuenca en las sequías”, Comité de Expertos en Sequía, *La sequía en España: directrices para minimizar su impacto*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2006.
- SETUÁIN MENDÍA, B. (dir.), *Retos actuales del saneamiento de aguas residuales: derivadas jurídicas, económicas y territoriales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- SETUÁIN MENDÍA, B., “Aspectos normativos de los mercados de aguas: últimas aportaciones desde la reforma del Reglamento del dominio público hidráulico”, *Revista de Administración Pública*, n. 163, 2004.
- SORO MATEO, B., *Derecho de los pesticidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.



# Regap

## Comentarios e crónicas

# 2





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 63\_xaneiro-xuño 2022 | pp. 83-101  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i63.4868>  
© Víctor José Barbeito Pose  
© Julián Bustelo Abuín  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 15/11/2021 | Aceptado: 16/12/2021

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Algunhas consideracións sobre o tratamento xurídico do patrimonio arqueolóxico na Lei 5/2016, do patrimonio cultural de Galicia

Algunas consideraciones sobre el tratamiento jurídico del patrimonio arqueológico en la Ley 5/2016, del patrimonio cultural de Galicia

Some considerations on the legal treatment of archaeological heritage in Law 5/2016, on the cultural heritage of Galicia

63 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

VÍCTOR JOSÉ BARBEITO POSE  
Centro Arqueolóxico do Barbanza

<https://orcid.org/0000-0001-7414-2085>  
[centroarqueoloxicobarbanza@gmail.com](mailto:centroarqueoloxicobarbanza@gmail.com)

JULIÁN BUSTELO ABUÍN  
Investigador do Grupo de Estudos para a Prehistoria do NW Ibérico. Arqueoloxía, Antigüidade e Territorio  
Universidade de Santiago de Compostela

<https://orcid.org/0000-0002-3708-8662>  
[julianbustelo17@gmail.com](mailto:julianbustelo17@gmail.com)

**Resumo:** Este traballo aborda un conxunto de reflexións sobre o tratamento xurídico do patrimonio arqueolóxico na Lei 5/2016, do patrimonio cultural de Galicia. Analízanse algúns conceptos e termos que son alleos ao dereito e poden xerar controversia tanto na interpretación da norma como na praxe arqueolóxica. Tamén se examinan algúns procedementos e preceptos que entran en contradición con outras disposicións da propia norma e que poden vulnerar a tutela xurídica sobre os bens arqueolóxicos.

**Palabras clave:** Patrimonio arqueolóxico, concepto xurídico indeterminado, dominio público arqueolóxico, presunción de valor, réxime de excepcionalidade, estrutura arqueolóxica, detector de metal.

**Resumen:** El presente trabajo aborda un conjunto de reflexiones sobre el tratamiento jurídico del patrimonio arqueológico en la Ley 5/2016, del patrimonio cultural de Galicia. Se analizan algunos conceptos y términos que son ajenos al derecho y pueden generar controversia tanto en la interpretación de la norma como en la praxis arqueológica. También se examinan algunos procedimientos y preceptos que entran en contradicción con otras disposiciones de la propia norma y que pueden vulnerar la tutela jurídica sobre los bienes arqueológicos.

**Palabras clave:** Patrimonio arqueológico, concepto jurídico indeterminado, dominio público arqueológico, presunción de valor, régimen de excepcionalidad, estructura arqueológica, detector de metal.

**Abstract:** This work analyzes a set of reflections on the legal treatment of archaeological heritage in Law 5/2016, on the cultural heritage of Galicia. Some concepts and terms that are foreign to the Law are analyzed and can generate controversy both in the interpretation of the norm and in archaeological practice. Some procedures and precepts that are in contradiction with other provisions of the norm itself and that may violate the legal protection of archaeological assets are also analyzed.

**Key words:** Archaeological heritage, indeterminate legal concept, archaeological public domain, presumption of value, exceptionality regime, archaeological structure, metal detector.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2. Método ou metodoloxía arqueolóxica. 3 Estrutura como concepto xurídico (e arqueolóxico) indeterminado. 4 Presunción de valor arqueolóxico. 5 Execución de intervencións arqueolóxicas. 6 Depósitos arqueolóxicos nos centros museísticos. 7 Detectores de metais, dereito a premio e dominio público arqueolóxico. 8 Outras imprecisións terminolóxicas e conceptuais. 9 Conclusións.

## 1 Introducción

Imos analizar algunhas das cuestións recollidas no capítulo IV do título VII da Lei 5/2016, do 4 de maio, do patrimonio cultural de Galicia (en diante LPCG), dedicado ao patrimonio arqueolóxico, as cales suscitan dúbidas interpretativas e poden apartarse dos obxectivos principais que pretende alcanzar a lei de cabeceira do patrimonio cultural galego.

A LPCG foi analizada con anterioridade por voces autorizadas no eido xurídico, desde unha perspectiva máis xeral<sup>1</sup>, examinando algúns dos seus aspectos concretos<sup>2</sup>, ou mesmo de fóra do ámbito xurídico e con perfís máis próximos aos autores deste traballo, aínda que desde unha perspectiva máis global<sup>3</sup>.

No noso caso, pretendemos centrarnos nuns poucos aspectos que poderían encaixar nunha regulación con defectos técnicos ao recorrer a elementos constitutivos alleos ao dereito e onde a precisión da técnica especializada está moi lonxe de ser unánime entre os profesionais e especialistas que participan da arqueoloxía.

<sup>1</sup> AMOEDO SOUTO, C.A., "El Derecho del Patrimonio Histórico en Galicia. La Ley 5/2016, de protección del patrimonio cultural de Galicia, cuatro años después: balance de situación", *Patrimonio Cultural y Derecho*, n. 24, 2020.

<sup>2</sup> NÚÑEZ SÁNCHEZ, A.M., "El expolio arqueológico y su tratamiento penal", *Revista del Ministerio Fiscal*, n. 5, 2018. Acceso web: <https://cpage.mpr.gob.es/producto/revista-del-ministerio-fiscal-8/> (Consultado o 13 de novembro de 2021).

<sup>3</sup> BARREIRO, D. e VARELA-POUSA, R., "La nueva ley de patrimonio cultural de Galicia: una lectura crítica", *Nailos*, n. 4, 2017. Acceso web: <http://nailos.org/nailos-4-2017-art-5/> (Consultado o 15 de novembro de 2021).

## 2 Método ou metodoloxía arqueolóxica

A Lei 16/1985, do 25 de xuño, do patrimonio histórico español (LPHE en diante), define os bens que integran o patrimonio arqueolóxico (art. 40) como aqueles bens que son susceptibles de ser estudados con metodoloxía arqueolóxica.

O lexislador non define o que se entende por metodoloxía arqueolóxica ao tratarse dun concepto alleo ao dereito<sup>4</sup>; por iso, é necesario o reenvío a outras disciplinas, concretamente á arqueoloxía, para definir e acoutar o ámbito da realidade en que opera o réxime xurídico do patrimonio arqueolóxico. É dicir, precísase o concurso dunha disciplina allea ao dereito que aclare en que consiste a metodoloxía arqueolóxica, cuestión nada banal, xa que a forma de entender a disciplina non é unívoca e, consecuentemente, existen cuestións semánticas que afectan aos contidos conceptuais<sup>5</sup>, chegando a puntos extremos onde mesmo entran en xogo cuestións metafísicas.

Sen entrar a precisar as tendencias teóricas actuais no ámbito da arqueoloxía, e sen entrar tampouco a valorar a influencia que exercen as distintas correntes de pensamento teórico sobre a práctica arqueolóxica hoxe en día, imos analizar o concepto de patrimonio arqueolóxico na LPCG.

Tal como sucede na LPHE, á hora de definir o concepto de xacemento ou zona arqueolóxica, alúdese aos lugares en que “existen evidencias de bens mobles ou inmobles susceptibles de seren estudados con metodoloxía arqueolóxica” (art. 10.1.d LPCG), aínda que, a diferenza daquela, se introduce na definición de xacemento ou zona arqueolóxica unha relación de intereses ou valores –artístico, histórico, arquitectónico, arqueolóxico, paleontolóxico (relacionado coa historia humana) ou antropolóxico– que son susceptibles de ser constitutivos deses bens mobles ou inmobles aos que se fai referencia.

Non obstante, na definición de patrimonio arqueolóxico recollida no artigo 93 da LPCG, non se utiliza a expresión “metodoloxía arqueolóxica”, senón que se usa o concepto “método arqueolóxico”, expresión usada tamén no artigo 55 da Lei 8/1995, do 30 de outubro, do patrimonio cultural de Galicia, norma derogada pola actual LPCG de 2016. Esta incoherencia non fai máis que introducir maior marxe de incerteza, xa que non existe unha teoría propiamente arqueolóxica, senón teorías de corte histórico, sociolóxico, antropolóxico ou filosófico que inflúen na investigación arqueolóxica<sup>6</sup>. En consecuencia, algúns teóricos do eido da arqueoloxía<sup>7</sup> diferencian entre metodoloxía (empirismo, obxectivismo, fenomenoloxía, etc.) e método

<sup>4</sup> BARCELONA LLOP, J. e CISNEROS CUNCHILLOS, M., *Vestigios y palabras. Arqueología y Derecho del patrimonio arqueológico*, Ediciones Universidad de Cantabria, Santander, 2016, p. 269; NÚÑEZ SÁNCHEZ, A.M., “El expolio arqueológico y su tratamiento penal”, cit., p. 59.

<sup>5</sup> MARTÍNEZ NAVARRETE, M.ª I., *Una revisión crítica de la Prehistoria española: la Edad del Bronce como paradigma*, Siglo XXI, Madrid, 1989, a partir de MARTÍN RUIZ, J.M., “Acerca de la relación entre teoría y práctica en la arqueología «de urgencia»”, Martín Ruiz, J.M., Martín Ruiz, J.A. e Sánchez Bandera, P.J. (eds.), *Arqueología a la carta. Relaciones entre teoría y método en la práctica arqueológica*, Centro de Ediciones de Diputación de Málaga, Málaga, 1997, p. 158.

<sup>6</sup> TRIGGER, B.G., *Historia del pensamiento arqueológico*, Editorial Crítica, Barcelona, 1992, pp. 29-35.

<sup>7</sup> CRIADO BOADO, F., *Arqueológicas. La razón perdida*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2012, p. 40.

(descritivo, hipotético, dedutivo, hermenéutico, etc.), o que certamente non axuda a clarificar os contidos conceptuais.

Ademais, no artigo 93 da LPCG sinálase que integran o patrimonio arqueolóxico de Galicia “os bens do patrimonio cultural de Galicia de interese histórico, mobles e inmobles”, prescindindo dos demais intereses que a propia norma si considera no artigo 10.1.d antes citado.

### 3 Estrutura como concepto xurídico (e arqueolóxico) indeterminado

O artigo 98 da LPCG, relativo á conservación de estruturas arqueolóxicas, establece que no procedemento de concesión de autorizacións que afecten ao patrimonio arqueolóxico, a consellería competente na materia velará pola conservación *in situ*, sempre que sexa posible, das estruturas arqueolóxicas. Como acabamos de ver no apartado anterior, a arqueoloxía como disciplina non é unívoca e determinados conceptos, como o de “estrutura”, precisan de concreción. Igual que no caso do concepto “metodoloxía arqueolóxica”, o concepto “estrutura” tampouco está definido no ámbito do dereito, polo que nos remite á dimensión epistemolóxica de ciencias non xurídicas como é a arqueoloxía.

Estrutura é un termo amplamente usado en arqueoloxía, ás veces con significados moi distintos. MARTÍNEZ LÓPEZ, quen coordina unha publicación na que participan varios arqueólogos, orientada a establecer unhas normas básicas de rexistro e documentación dos distintos tipos de xacementos arqueolóxicos galegos, onde se fixan convencións, criterios, parámetros e conceptos, entende por estrutura “*calquera elemento da cultura material que se corresponda cun produto non moble da acción humana*” e que, pola súa vez, pode formar parte dun xacemento<sup>8</sup>. Nesa mesma publicación, LÓPEZ CORDEIRO<sup>9</sup> atribúelles a categoría de estrutura a covas ou abrigos, aínda que só adquirirá a categoría de xacemento [paleolítico] se existe material lítico asociado. Por outro lado, VILLOCH VÁZQUEZ, na mesma publicación, diferencia, dentro dun xacemento tipo túmulo, a posibilidade de que existan varias estruturas (estruturas pétreas internas como cámara, acceso, estelas; ou coiraza, anel peristalítico, etc.). En cambio, SANTOS ESTÉVEZ atribúe a categoría de estrutura para bens que constitúan fenómenos vinculados á arte rupestre cando os gravados forman parte dunha unidade máis complexa, cando, por exemplo, un petróglifo aparece nun castro, nun ortóstato dunha cámara, ou ben cando se trate de varias rochas pegadas<sup>10</sup>. Aínda na mesma publicación, MÉNDEZ FERNÁNDEZ analiza o rexistro de poboados da prehistoria recente grazas á identificación eventual de estruturas seccionadas por cortes no terreo,

<sup>8</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ, M.ªC. (coord.), *Contribución a un sistema de registro de yacimientos arqueológicos en Galicia*, Grupo de Investigación en Arqueoloxía da Paisaxe, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997, pp. 7-8. Acceso web: <https://digital.csic.es/handle/10261/5714> (Consultado o 13 de novembro de 2021).

<sup>9</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ, M.ªC. (coord.), *Contribución a un sistema de registro de yacimientos arqueológicos en Galicia*, cit., p. 19.

<sup>10</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ, M.ªC. (coord.), *Contribución a un sistema de registro de yacimientos arqueológicos en Galicia*, cit., p. 21.

do que se pode extraer que un poboado se manifesta pola presenza de acumulacións de material e/ou pola detección de estruturas, normalmente nalgún corte do terreo<sup>11</sup>.

En cambio, o concepto estrutura podería ser interpretado baixo a perspectiva que recolle o profesor FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, cando diferencia entre xacemento e monumento ou “estrutura”. Así, mentres o primeiro se emprega para denominar os sitios e paraxes abandonados polo home, normalmente derruídos e case sempre cubertos de todo ou en parte pola terra, os monumentos ou estruturas defínense por referencia ao exemplo dunha igrexa románica medieval, posiblemente aínda utilizada para o culto, e onde as técnicas arqueolóxicas poidan axudar a establecer as fases construtivas a historiadores da arte e á arquitectura na súa interpretación completa. Non obstante, se existen restos baixo terra como unha necrópole asociada, neste caso si se consideraría como xacemento<sup>12</sup>.

E poderíamos completar máis o panorama se nos remitimos ao novo rexistro arqueolóxico en intervencións arqueolóxicas, o que tradicionalmente se veu definindo como *sistema de rexistro Harris*. Xurdido en 1973 en Inglaterra, vaise expandindo ata que chega a España en 1979, onde se acaba impondo ao considerado *vello rexistro arqueolóxico*, que tiña as súas raíces no período de entreguerras<sup>13</sup>.

No caso galego, este sistema foi reformulado e adaptado polo Grupo de Investigación de Arqueoloxía da Paisaxe na década de 1990 e que tivo (e ten) un importante seguimento pola arqueoloxía galega. Esta adaptación usou o termo “estrutura” para clasificar un tipo de unidades de estratificación. Dito isto, e tendo en conta que o valor fundamental de toda norma xurídica é a súa adecuación á realidade<sup>14</sup>, deberíamos descartar entón o concepto de “estrutura” como sinónimo de elementos arquitectónicos na súa versión xa clásica de ruína arqueolóxica. Moi ao contrario, deberíamos considerar este termo en estreita vinculación coas ideas actuais e conviccións vixentes da praxe arqueolóxica presente ou contemporánea. Non obstante, se este foi o significado que se lle quixo atribuír na LPCG ao concepto “estrutura”, estaría a atender contra a propia creación de coñecemento científico sobre o noso pasado.

A escavación dun xacemento arqueolóxico implica necesariamente a destrución parcial ou total deste, pero como compensación proporciona un rexistro e, consecuentemente, un coñecemento. Entón, débese velar pola conservación *in situ*, sempre que sexa posible, das estruturas arqueolóxicas (art. 98.1), dificilmente poderá aplicarse ao eido da investigación ou da arqueoloxía preventiva. Moitas veces grazas a esta actividade preventiva detéctanse elementos que forman parte dun xacemento arqueolóxico que se descoñecía previamente, e cando se detectan, normalmente, é grazas á súa destrución parcial ou total. O grande paradoxo da escavación arqueolóxica

<sup>11</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ, M.ªC. (coord.), *Contribución a un sistema de rexistro de yacimientos arqueológicos en Galicia*, cit., p. 21.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, V.M., *Teoría y método de la arqueología*, Editorial Síntesis, Madrid, 2000, p. 43.

<sup>13</sup> JUNYENT, E., LÓPEZ, J.B. e OLIVER, A., “Estratègia, anàlisi estratigràfica u registre en l’arqueologia lleidatana dels 80. La Harris Matrix”, Trócoli, I. e Sospedra, R. (eds.), *Harris Matrix. Sistemes de registre en arqueologia*, Pagès Editors, Lleida, 1992, pp. 185-186; URTEAGA, M. e RETUERCE, M., “Las excavaciones en la fortaleza de Gomaz (Soria) y la introducción en España del Harris Matrix System”, Fernández Ibáñez, C. (ed.), *Al-Kitāb, Juan Zozaya Stabel-Hansen*, Asociación Española de Arqueología Medieval, Madrid, 2019, p. 140.

<sup>14</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Civitas, Madrid, 1990, p. 574.

(sexa arbitraria e mecánica ou manual, ou estratigráfica) é que só deconstruíndo a estratigrafía, é dicir, desmontando a secuencia estratigráfica (en orde inversa á súa deposición en caso dunha escavación estratigráfica), se poden xerar os datos e información (o rexistro arqueolóxico) a partir dos cales se orixina coñecemento<sup>15</sup>.

Polo tanto, e despois do argumentado, non nos queda outra alternativa que aceptar que o termo “estrutura”, tal como se recolle na LPCG, debe estar máis próximo ao concepto clásico de ruína que a deixar sentir os efectos da actual práctica arqueolóxica, pero á vez resulta estraño que se use este termo para remitir a un significado fixado nun pasado tan afastado e non se recollese unha realidade que se introduciu hai máis de catro décadas e que tivo un perfil deliberadamente expansivo na arqueoloxía galega.

Esta hipótese, na cal o termo “ruína” é substituído por “estrutura”, parece referendarse co disposto no punto 2 do artigo 98, relativo á conservación de estruturas arqueolóxicas, no que se sinala que a consellería velará por que as obras e actuacións necesarias para a apertura dun xacemento ao público non atente contra o carácter arqueolóxico e os seus valores culturais e científicos, a súa contorna ou o contexto territorial e a paisaxe.

Volvendo de novo sobre o artigo obxecto do noso estudo, destaca outra cuestión: a advertencia “sempre que sexa posible”. A advertencia de conservar as estruturas non parece unha previsión acertada, dado que a recomendación non é imperativa e mesmo podería pór en dúbida a previsión constitucional do artigo 46 da CE, que obriga os poderes públicos á conservación do patrimonio histórico, cultural e artístico, e, ademais, porque a propia LPCG fixa entre os seus obxectivos (art. 1) que a lei ten por obxecto a protección, conservación e acrecentamento. Por este motivo, non parece que a técnica lexislativa escollida fose a máis acertada.

A súa virtualidade e eficacia é discutible, e é unha chamada ao fracaso; a propia configuración do precepto está máis próxima a unha recomendación dunha carta internacional que ao esperable dun texto normativo de directa aplicabilidade. A recomendación pódese rastrexar en distintos documentos internacionais, como pode ser a Carta Internacional para a Xestión do Patrimonio Arqueolóxico (Lausana, 1990), pero a súa transposición non foi a máis acertada; tería sido desexable unha solución máis clara, con maior precisión fixando con claridade os límites na orde legal.

## 4 Presunción de valor arqueolóxico

O artigo 94.3 da LPCG fixa a presunción de existencia de valor arqueolóxico aos “restos paleolíticos, neolíticos e megalíticos, como as mámoas, menhires e dolmens, calcólíticos e da Idade do Bronce, así como os representativos da cultura castrexa e galaico-romana”.

A *priori*, a manifestación parece clara, pero presenta distintas problemáticas. O enunciado mestura categorías distintas; ao lado de períodos culturais ou

---

<sup>15</sup> CARANDINI, A., *Historias en la tierra. Manual de excavación arqueológica*, Crítica, Barcelona, 1997, p. 19.

cronoculturais, como son Paleolítico, Neolítico, Calcolítico ou Idade do Bronce, aparecen manifestacións culturais como son o megalitismo, ou clases de bens arqueolóxicos, como mámoas, menhires e dolmens.

En primeiro lugar, chama a atención a ausencia de períodos como o Epipaleolítico ou Mesolítico, que permiten coñecer un cambio tan significativo como é o tránsito das últimas sociedades recolectoras ás primeiras sociedades produtoras, e que se atopan mal caracterizados pola escaseza de xacementos escavados sistematicamente e a falta de publicacións detalladas dos restos<sup>16</sup>. Tampouco se inclúe na relación o período medieval, mesmo cando xa a Lei de 1911 de escavacións arqueolóxicas incluía dentro da definición de antigüidades os bens prehistóricos, antigos e medievais.

En segundo lugar, a escasa concreción conceptual acentúa as dúbidas interpretativas. Así, atendendo á literalidade do precepto, debemos considerar que só as mámoas que presentan carácter megalítico son os restos aos que se lles presume valor arqueolóxico. Porén, no noroeste peninsular os megálitos, entendidos como construcións realizadas con grandes pedras, non son unha realidade amplamente estendida ou maioritaria; habería que remitir ao fenómeno tumular, sendo a mámoa o principal elemento uniformizador, a cal presenta unha enorme variabilidade en canto ás súas dimensións<sup>17</sup>.

En terceiro lugar, o uso da expresión “os máis representativos da cultura castrexa e galaico-romana” non permite aclarar nin delimitar a cales se refire exactamente, remitindo a unha situación indeterminada, imprecisa e subxectiva. Non se achegan mecanismos de concreción no plano normativo absolutamente necesarios cando se está a operar con conceptos que carecen de significación precisa e unívoca no mundo do dereito, e a remisión a outras disciplinas como a arqueoloxía tampouco o resolve.

En cuarto lugar, o criterio de antigüidade, que ten o seu principio nas orixes da normativa de protección do patrimonio cultural, quedara proscrito coa aprobación da LPHE, ao asumir as disposicións emanadas da Comisión Francischini e posterior reelaboración de M. S. GIANNINI, mais semella que se volve a tempos que parecían superados, determinando o valor do ben arqueolóxico pola súa pertenza a unha época histórica determinada, con independencia doutras cuestións como a natureza do ben, así como o seu valor ou interese do propio ben.

Tal como sinala BARRERO RODRÍGUEZ<sup>18</sup>, “Equipásese valor ou interese arqueolóxico e pertenza a unha época determinada, cando está claro que un e outra non van necesariamente aparelados; así, bens procedentes das ditas etapas nas que se presume o seu valor poden carecer de todo mérito e, pola contra, outros de distintas épocas poden posuílo”. Esta cuestión pretende resolvela o lexislador cun apartado final de artigo, a xeito de cláusula de peche, onde a presunción de valor pode ser

<sup>16</sup> FÁBREGAS VALCARCE, R. e DE LOMBERA HERMIDA, A., “A descuberta da presenza humana no noroeste”, Dopico Caínzos, M.D. e Villanueva Acuña, M. (eds.), *A Prehistoria en Lugo á luz das descubertas recentes*, Servizo de Publicacións Deputación de Lugo, Lugo, 2011, p. 77.

<sup>17</sup> FÁBREGAS VALCARCE, R. e VILASECO, X.I., “En torno al megalitismo gallego”, Carrera Ramírez, F. e Fábregas Valcarce, R. (eds.), *Arte parietal megalítico en el noroeste peninsular. Conocimiento y conservación*, Tórculo Edicións, S.L., Santiago de Compostela, 2006, p. 14.

<sup>18</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., p. 36.

obxecto de revisión en función da situación e características do ben, e deixa a porta aberta para recoñecerlles un significativo valor arqueolóxico a aqueles bens non incluídos na relación, logo dun estudo pormenorizado.

Non obstante, esta cláusula de peche do artigo 94 introduce un mecanismo que permitirá excluír os materiais sen interese arqueolóxico. Esta expurgación pode frear a entrada nas institucións museísticas de pezas procedentes de intervencións arqueolóxicas que carecen de interese ou valor arqueolóxico que, pola ausencia de filtros legais, entran a formar parte dos seus depósitos e, consecuentemente, do dominio público arqueolóxico.

Atendendo á definición de patrimonio arqueolóxico (art. 93 da LPCG), resulta claro que un ben se integra nel non pola simple concorrencia do requisito de que sexa susceptible de ser estudado con “método arqueolóxico”, senón porque, ademais, debe presentar valor histórico, e este extremo non está intervido administrativamente. Presúmese o interese das pezas recollidas durante a intervención arqueolóxica, pero en ningún caso están establecidos mecanismos de expurgación daquelas pezas carentes de interese, senón que isto depende exclusivamente do criterio e responsabilidade da dirección arqueolóxica. Tal como recolle BARRERO RODRÍGUEZ<sup>19</sup>, o histórico, o artístico, o arqueolóxico, científico ou técnico como elementos determinantes do carácter cultural dun ben non son termos que remitan a unha parcela da realidade de contornos ben definidos; moi ao contrario, son expresións que levan consigo na súa mesma esencia unha alta dose de intermediación e subxectivismo, o que as fai absolutamente inseparables dun xuízo concreto. Xuízo emitido no caso das intervencións arqueolóxicas co único criterio da dirección arqueolóxica da intervención, sen que exista un criterio colexiado ou controlado administrativamente. É dicir, a responsabilidade de seleccionar os obxectos e evidencias obtidas tras unha intervención arqueolóxica queda circunscrita á dirección arqueolóxica, e ao centro museístico unicamente lle corresponde estender a acta de depósito.

## 5 Execución de intervencións arqueolóxicas

O artigo 22 da LPHE establece que calquera remoción de terras que se proxecte nun sitio histórico ou zona arqueolóxica (ambas as dúas categorías de BIC inmobles) deberá ser autorizada pola Administración competente para a protección deses bens, que poderá, antes de outorgar a autorización, ordenar a realización de prospeccións ou escavacións arqueolóxicas. De forma similar, a derogada Lei 8/1995, do 30 de outubro, do patrimonio cultural de Galicia, fixaba que a Consellería de Cultura debería ordenar a execución de intervencións arqueolóxicas onde se constatase ou presumes a existencia dun xacemento ou restos arqueolóxicos, o control arqueolóxico dos procesos de obras que poidan afectar a un espazo onde se presuma a existencia de restos arqueolóxicos, ou, no caso de intervencións arqueolóxicas en conxuntos

---

<sup>19</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., p. 295.

históricos, zonas arqueolóxicas ou xacementos, cando o planeamento obrigase ou cando a consellería o determinase.

En cambio, a actual LPCG foi un paso máis alá. No artigo 96.1 e 96.2 fixa que as obras de edificación ou calquera outra actuación que implique a remoción de terras nunha zona arqueolóxica ou o seu contorno requirirá de autorización previa e a presentación dun proxecto arqueolóxico (detallado, coherente, de interese científico e con idoneidade técnica de quen asuma a dirección) e a autorización dos propietarios do terreo sempre que sexa necesaria (existen varias excepcións que están exentas de contar coas autorizacións dos propietarios). En principio, parece un avance no que se denominou arqueoloxía preventiva, pero merece dous comentarios. O primeiro é que non hai réxime de excepcionalidade. Mentres que a norma anterior apuntaba á presunción (“constate ou presuma a existencia”), agora é imperativo, haxa ou non presunción de restos arqueolóxicos. Toda actuación que leve consigo remocións de terras nunha zona arqueolóxica ou contorno requirirá forzosamente unha intervención arqueolóxica. Esta situación deixa nun segundo plano a pericia técnica e a necesidade de ditame experto da Administración cultural, dado que non caben máis designios que establecer a clase de intervención (sondaxes, control, prospección...). Segundo e no noso criterio, parece pouco afortunada a redacción do precepto normativo, xa que existen excepcións onde o movemento de terras en zonas arqueolóxicas ou en contornos onde non é precisa a supervisión arqueolóxica, véxase o caso da instalación de servizos subterráneos (abastecemento, saneamento, comunicacións) nun espazo altamente degradado por actuacións previas e con informes onde se constata a inexistencia de restos arqueolóxicos, ou o selado e rexeneración dunha canteira no contorno dun ben arqueolóxico.

O segundo comentario apunta a unha posible colisión co recollido parcialmente no apartado 7 do mesmo artigo, que indica que, cando se trate de zonas arqueolóxicas ou xacementos declarados de interese cultural ou catalogados, e cando como requisito previo a consellería competente ou a figura de planeamento determinen a necesidade de presentar un proxecto de actividade arqueolóxica, o promotor deberá presentar un proxecto de actividade arqueolóxica. Tendo en conta a redacción, ábrese á capacidade de decisión ou ditame da consellería competente, e non é tan categórico como no apartado 96.1 antes citado; en cambio, non afecta a contornos, só a xacementos ou zonas arqueolóxicas. En consecuencia, o contorno, que non é o ben declarado ou catalogado, sempre quedará suxeito a unha intervención arqueolóxica, mentres o ben arqueolóxico podería evadila por criterio da consellería. Un desatino desde o noso punto de vista.

## 6 Os depósitos arqueolóxicos nos centros museísticos

O artigo 96.3 da LPCG fixa que na resolución da autorización das actividades arqueolóxicas deben indicarse as condicións que cómpre seguir durante a execución dos traballos, a institución museística onde deberán depositarse os materiais e o prazo para entregar a documentación escrita ou gráfica complementaria.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

O primeiro decreto regulador da actividade arqueolóxica en Galicia<sup>20</sup>, previo á primeira normativa autonómica do patrimonio cultural, fixaba que os materiais arqueolóxicos, debidamente inventariados e siglados, debían ser entregados nos museos acompañados de toda a documentación escrita e gráfica que permitan un axeitado tratamento museográfico e museolóxico dos fondos. Unha fórmula similar recolleuse na primeira lei do patrimonio cultural de Galicia, especificando que os bens procedentes das actuacións arqueolóxicas autorizadas, e toda a documentación escrita e gráfica que permitise un axeitado tratamento museográfico dos fondos, deberían ser depositados nos museos que designase a Consellería de Cultura (art. 62.2 da Lei 8/1995, do 30 de outubro, do patrimonio cultural de Galicia). Mesmo o actual decreto regulador mantén o precepto (art. 12.º.1 do Decreto 199/1997, do 10 de xuño, polo que se regula a actividade arqueolóxica na Comunidade Autónoma de Galicia).

No entanto, na LPCG o lexislador obviou estas circunstancias, limitándose unicamente a sinalar que é preceptivo o depósito dos materiais, e que este depósito se fará atendendo a criterios de proximidade, temática, conservación, etc.

A continuación, no apartado c) do artigo 96.3, sinala que as resolucións de autorización indicarán o prazo para proceder ao depósito e á documentación escrita ou gráfica complementaria correspondente. Obviouse fixar o destino do depósito da documentación escrita ou gráfica, polo que todo indica que se refire á Administración autorizante, sendo ademais a fórmula empregada pouco acertada (“escrita ou gráfica”), xa que parece que abre a porta a entregar unha ou outra, e en ningún caso se concreta o destinatario nin tampouco se especifica a que se refire con documentación complementaria.

A información procedente das intervencións arqueolóxicas, polo menos a estratigrafía e consecuentemente o contexto deposicional dos obxectos, debe considerarse afectada polo dominio público arqueolóxico. Deben diferenciarse dous tipos de información: a técnica e a interpretativa. Esta última está suxeita aos límites derivados da propiedade intelectual, mentres que a información técnica que recolle a información básica non está (ou non debera estar) suxeita a limitacións de acceso público, salvo que concorran algúns dos límites establecidos ao dereito de acceso á información pública, tal como recolle o artigo 25 da Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno. Neste sentido, albíscase un paso adiante na LPCG, concretamente no parágrafo segundo do artigo 97.3, ao sinalar que, “con independencia da autoría dos documentos –memorias, descrición de contextos, estratigrafías, etc.–, se respectarán o alcance, as reservas e os límites á propiedade intelectual que derivan do dereito de acceso aberto á información e investigación financiada con fondos públicos”. Non obstante, ese paso é insuficiente, xa que só afecta ás intervencións financiadas con fondos públicos, que porcentualmente representan unha mínima parte do total<sup>21</sup>, e, así mesmo, a concreción que o lexislador achegou á redacción do mandamento é

<sup>20</sup> Decreto 62/1989, do 31 de marzo, polo que se regula a actividade arqueolóxica na Comunidade Autónoma de Galicia (DOG 86, do 5 de maio de 1989).

<sup>21</sup> Aínda que seguramente sexan as máis relevantes pola información achegada.

imprecisa e necesitaría dun desenvolvemento máis detallado para aclarar qué está suxeito a propiedade intelectual e qué non.

Respecto ao depósito da información nos centros museísticos, se non se procede á entrega da documentación –escrita e gráfica– onde se reflicta o proceso de traballo seguido, a descrición do rexistro arqueolóxico xerado e os resultados globais da actuación, dificilmente se pode cumprir a función social e científica se só se depositan os obxectos mobles, pasando así o centro depositario a exercer a súa custodia, pero frústrase un dos labores principais da LPCG, a difusión e fomento do patrimonio cultural de Galicia de forma que sirva á cidadanía como unha ferramenta de cohesión social, desenvolvemento sustentable e fundamento da identidade cultural do pobo galego (art. 1.1 da LPCG), e impídese o cumprimento efectivo da función dos equipamentos museográficos a teor do estipulado nos artigos 3 e 4 da Lei 7/2021, do 17 de febreiro, de museos e outros centros museísticos de Galicia, que fixan entre as súas funcións a documentación, difusión, divulgación e exhibición dos seus fondos e coleccións, facilitar a interpretación do patrimonio cultural, o tratamento documental adecuado dos seus fondos, facilitar o labor investigador, etc. Dificilmente se poderá dar cumprimento a estas funcións se non se dispón da información que permita un adecuado tratamento museográfico, concretamente os datos técnicos das intervencións arqueolóxicas, como pode ser a estratigrafía ou o inventario cronocultural das pezas arqueolóxicas.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

## 7 Detectores de metais, dereito a premio e dominio público

O artigo 101 da LPCG, relativo aos detectores de metais e outras técnicas análogas, no seu punto 5 establece que, cando se detecten “restos arqueolóxicos de calquera índole”, se suspenderá a actividade e se dará coñecemento dos feitos. No punto seguinte sinálase que os “achados” non xeran dereito a indemnización nin a premio, polo que poderíamos considerar que os achados realizados mediante detectores ou técnicas análogas non son achados arqueolóxicos casuais, xa que non foron atopados produto do azar, senón grazas ao uso de detectores de metais ou técnicas análogas que precisan unha autorización previa en determinados casos, e é por isto polo que non xeran dereito a premio ou indemnización.

No descubrimento de restos arqueolóxicos con detectores de metais ou técnicas análogas, tampouco é preciso que conorra a remoción de terras, demolicións ou obras de calquera tipo, visto que pode tratarse dun achado superficial. En consecuencia, non sería de aplicación o disposto no artigo 99.1, onde se define xuridicamente o concepto de achado casual.

Pero tampouco está meridianamente claro que un ben arqueolóxico localizado en superficie utilizando un detector de metais pase a formar parte do dominio público arqueolóxico.

Se nos cinguimos ao recollido no artigo 94.1, “pertencen ao dominio público todos os obxectos, restos materiais e evidencias arqueolóxicas que posúan os valores que

son propios do patrimonio cultural de Galicia e que fosen descubertos como consecuencia de escavacións ou de calquera outro traballo arqueolóxico sistemático, de remocións de terra ou obras de calquera índole ou de forma casual”.

Poñamos un exemplo práctico: vaise realizar unha actividade con detectores de metais pero que non ten por obxectivo a localización de bens integrantes do patrimonio cultural de Galicia (p. e., localización de meteoritos, estudo de concentración de metais pesados en determinadas áreas ou recuperación de anelado de aves), pero dentro da ampla zona de estudo prevista atópase un xacemento arqueolóxico, polo que é preciso contar coa autorización da Administración competente en materia de patrimonio cultural. Unha vez autorizado, empézanse os traballos e localízase superficialmente un áureo (moeda romana) fóra dunha zona arqueolóxica. Está claro que o áureo ten a consideración de “ben arqueolóxico”, pero non foi descuberto como consecuencia de ningunha escavación ou outro traballo arqueolóxico sistemático, xa que o uso de detectores de metais non está limitado ao ámbito arqueolóxico, non está considerado especificamente como unha clase de actividade arqueolóxica (art. 95, Clases de actividades arqueolóxicas) e queda á marxe da regulación que establece a lei no seu artigo 96, relativo á autorización para a realización de actividades arqueolóxicas (o uso de detectores de metais e outras técnicas análogas está recollido no artigo 101 e noutra sección distinta do capítulo relativo ao patrimonio arqueolóxico). Como xa sinalamos, trátase dun descubrimento superficial sen remoción de terras, e tampouco concorren as condicións para clasificar a actividade como unha obra, e tampouco se trata dunha circunstancia azarosa, senón dunha acción premeditada na que o obxectivo é a identificación e recuperación de elementos metálicos, e está suxeita a control administrativo. O concurso destas circunstancias ou similares abre a porta a que determinados descubrimentos queden fóra do concepto xurídico de achado casual e da consideración de dominio público.

## 8 Outras imprecisións terminolóxicas e conceptuais

Neste apartado facemos un percorrido por varios dos artigos do capítulo IV do título VII da LPCG, dedicado ao patrimonio arqueolóxico, analizando algunhas cuestións terminolóxicas e as implicacións que derivan diso. Ao longo do articulado alúdese ao patrimonio arqueolóxico utilizando distintas expresións: obxectos, restos materiais, bens, evidencias... Realmente, existen diferenzas entre estas denominacións?

O artigo 93 define o concepto de patrimonio arqueolóxico como os “bens” do patrimonio cultural de Galicia de interese histórico, tanto mobles como inmobles. En cambio, se analizamos o dominio público arqueolóxico recollido no artigo 94.1, observamos unha tripla diferenciación: “pertencen ao dominio público os obxectos, restos materiais e evidencias arqueolóxicas”. Mentres, no apartado 3 do mesmo artigo, dedicado á presunción de valores arqueolóxicos a determinados períodos cronolóxicos e manifestacións culturais, úsase o termo “restos”. E no apartado 4 sinalase que a presunción de valor pode ser obxecto de revisión en función da situación e características do “ben”. Podemos concluír entón que “ben” e “restos” son

equiparables ou mesmo sinónimos, pero entón a que aluden os termos obxectos e evidencias arqueolóxicas?, trátase doutras categorías?

O artigo 95 está referido a distinguir e clasificar as diferentes actividades arqueolóxicas consideradas na lei e que precisarán autorización para a súa execución. A primeira actividade arqueolóxica definida é a prospección dirixida ao estudo e investigación para a detección de restos históricos e os compoñentes ambientais relacionados con estes. Como podemos observar, menciónase expresamente “restos históricos” e “compoñentes ambientais”. Esta nova categoría de “compoñentes ambientais” forma parte do dominio público arqueolóxico?, é asimilable “obxectos” ou “evidencias arqueolóxicas” con “compoñentes ambientais”?

Os restos materiais de orde cultural non son os únicos vestixios da actividade humana, e a explotación do territorio ao longo da historia polas distintas comunidades ou grupos humanos xerou impactos directos e indirectos sobre o medio que deixan pegada en determinados rexistros ou arquivos paleoambientais<sup>22</sup>. Polo tanto, poderíamos considerar que os compoñentes ambientais forman parte das evidencias arqueolóxicas, xa que ademais permiten a reconstrución de sucesos pretéritos<sup>23</sup>.

No artigo 95.b), ao definir xuridicamente a sondaxe arqueolóxica como aquela actividade encamiñada a comprobar a existencia de “restos arqueolóxicos” ou a recoñecer a súa estratigrafía, podemos entón considerar a “estratigrafía” como un obxecto ou evidencia arqueolóxica? Resulta evidentemente claro que a estratigrafía é unha evidencia clara, manifesta e tan perceptible que racionalmente non cabe dúbida. A noción estratigrafía apareceu de xeito temperán, aínda que sería a publicación da obra *Principles of Geology* de sir Charles Lyell en 1830 a que consolidou a súa aprendizaxe e permitiu o desenvolvemento dunha verdadeira disciplina<sup>24</sup> que se converterá nos alicerces sobre os que se levanta a arqueoloxía. Esta dedución é de sumo interese, xa que, se a estratigrafía<sup>25</sup> é unha evidencia arqueolóxica, pasa a ter a consideración de dominio público arqueolóxico e, consecuentemente, debería configurarse como un documento afectado pola mesma demanialidade *ope legis* que afecta ás pezas arqueolóxicas, como unha prolongación do proceso legal de protección do xacemento arqueolóxico como fonte de información científica<sup>26</sup>.

O apartado c) do artigo en estudo non achega novidade sobre o xa comentado con anterioridade; non obstante, o apartado d) introduce un novo concepto, como é “soporte” para ocuparse daquel elemento que alberga ou acolle os motivos que conforman parte da arte rupestre. Tampouco parece moi desacertado considerar o “soporte” como un “obxecto” e, polo tanto, tamén dentro do considerado dominio público arqueolóxico.

<sup>22</sup> FÁBREGAS VALCARCE, R., *Los petroglifos y su contexto: un ejemplo de la Galicia meridional*, Instituto de Estudios Vigueses, Vigo, 2001, pp. 13-14.

<sup>23</sup> BARCELÓ, J.A. e ANDREAKI, V., “Métodos cronométricos en arqueología, prehistoria y paleontología”, Barceló, J.A. e Morell, B. (eds.), *Métodos cronométricos en arqueología, prehistoria y paleontología*, Dextra Editorial, Madrid, 2020, p. 182.

<sup>24</sup> ROSKAMS, S., *Teoría y práctica de la excavación*, Editorial Crítica, Barcelona, 2003, p. 30.

<sup>25</sup> Debe diferenciarse estratigrafía de estratificación. A estratigrafía é o produto da interpretación da estratificación dun xacemento (HARRIS, E.C., *Principios de la estratigrafía arqueológica*, Editorial Crítica, Barcelona, 1991, p. 60).

<sup>26</sup> GARCÍA CALDERÓN, J.M., *La defensa penal del patrimonio arqueológico*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 121.

Outra cuestión é fixar a noción de arte rupestre, que non é tarefa doada. Desde o punto de vista da configuración xurídica de arte rupestre, remítenos ás pinturas que foron as primeiras en entrar a formar parte do Tesouro Artístico Nacional grazas ao Real decreto-lei do 8 de agosto de 1926<sup>27</sup>, e posteriormente pasarían a formar parte os gravados rupestres cuxo máximo fito foi a declaración como monumentos histórico-artísticos de carácter nacional os gravados rupestres existentes na provincia de Pontevedra en 1972<sup>28</sup>. A pesar diso, baixo a denominación de arte rupestre teñen cabida manifestacións como a arte paleolítica, arte esquemática, arte megalítica ou a arte rupestre atlántica ou galaica. No entanto, existen outras manifestacións realizadas sobre un soporte pétreo que albergan signos e símbolos, ás veces de distintas cronoloxías, como poden ser mesturados con outros gravados máis antigos, xerando un palimpsesto como son signos lapidarios ou glípticas medievais, ou mesmo elementos usados para fixar deslindes de coutos e xurisdicións antigas que, en ocasións, presentan unha extremada complexidade compositiva e que xeran dúbidas sobre o seu tratamento xurídico baixo o prisma do patrimonio cultural.

Retomando a análise do artigo 95 da LPCG, no apartado e) fíxase o interese sobre o espazo de posible interese arqueolóxico, o que mantén certa sintonía coa definición do artigo 10 relativo a xacemento ou zona arqueolóxica como o lugar en que existen evidencias mobles ou inmoables. Máis adiante, neste mesmo apartado, faise unha equivalencia entre “evidencias” e “elementos de interese arqueolóxico”.

Para pechar a análise do artigo 95, algunhas das clases de actividade arqueolóxica reguladas son a conservación, consolidación e restauración, entendidas como as intervencións en xacementos encamiñadas a favorecer a súa conservación, e preservación para permitir o seu desfrute e acceso público e facilitar a súa comprensión e uso social. O precepto deixa claro que a conservación, consolidación e restauración son accións que unicamente atinxen a xacementos arqueolóxicos; entón, aqueles elementos mobles ou obxectos que sexan sometidos a labores de conservación, consolidación e restauración non teñen cabida neste apartado e consecuentemente non terían a consideración de actividade arqueolóxica. Certo é que o último apartado do artigo 95 sinala que se entende como actividade arqueolóxica a manipulación con técnicas agresivas de materiais arqueolóxicos.

Chegados a este punto, xorde outra dificultade interpretativa: ten a conservación, consolidación e restauración de bens mobles a consideración de técnicas agresivas? Se nos atemos ao texto normativo, podemos comprobar como diferencia dun lado entre conservación, consolidación e restauración dos xacementos arqueolóxicos, e, do outro, as técnicas agresivas sobre materiais arqueolóxicos. Polo tanto, poderíamos concluír que se trata de cuestións diferentes, é dicir, as accións de consolidación ou restauración dunha cerámica non estarían suxeitas a autorización, xa que, se así fose, o lexislador debiera ter incluído, á par que os xacementos arqueolóxicos, os

<sup>27</sup> Real decreto-lei relativo ao tesouro artístico arqueolóxico nacional (*Gaceta de Madrid*, n. 227, do 15 de agosto de 1926).

<sup>28</sup> O Decreto 3741/1974, do 20 de decembro, polo que se declaran monumentos histórico-artísticos de carácter nacional os gravados rupestres existentes na provincia de Pontevedra (BOE n. 59, do 10 de marzo de 1975), un total de 195 gravados en distintos concellos pontevedreses.

obxectos. Non obstante, a tradición normativa e a praxe procedemental indican que o legislador quixo diferenciar entre bens inmoebles (xacementos arqueolóxicos) e moebles (obxectos). E, sendo así, chegamos a outra correspondencia semántica ou conceptual onde “materiais arqueolóxicos” equivale a “bens moebles”.

O artigo 96.3.b) sinala que as resolucións polas que se conceda autorización deberán indicar en que centro museístico autorizado deberán depositarse os “materiais” e a continuación sinala que, á hora de fixar o centro depositario, “se terá en conta a relación dos ditos obxectos coa temática...”. Como podemos observar, materiais e obxectos fan alusión a unha mesma realidade.

Retomando a análise semántica dos termos utilizados para referirse, global ou parcialmente, ao patrimonio arqueolóxico, no capítulo IV do título VII da LPCG, detectamos outra singularidade digna de mención. No artigo 96.6 establécese que, ante a revogación dun permiso de intervención arqueolóxica, non se exonera o titular ou entidade autorizada do deber de conservar o xacemento ou os vestixios atopados e da obriga de entregar os “achados” e a “documentación de toda índole” xerada pola actividade arqueolóxica. Resulta máis que complexo no plano teórico poder identificar unha entidade que poida ser beneficiaria dunha autorización, sobre todo porque dificilmente podería dar cumprimento ao disposto no artigo 97, relativo ás responsabilidades na dirección das actividades arqueolóxicas, ou o artigo 5.º do Decreto 199/1997, referido aos solicitantes de autorización para dirixir e realizar actividades arqueolóxicas, que deben posuír título superior con estudos en prehistoria e arqueoloxía.

Outra anomalía que presenta o citado precepto é a obrigatoriedade, unha vez revogada a autorización, de conservación do xacemento e dos vestixios atopados, que, polo menos en relación coa conservación do xacemento, sería inexecutable. Tampouco é afortunada a redacción relativa á entrega da “documentación de toda índole xerada pola actividade arqueolóxica”, dado que podería entenderse que englobaría documentación estritamente de interese arqueolóxico, como podería ser o plan de seguridade e saúde ou documentación relacionadas coa actividade laboral do equipo arqueolóxico.

Seguindo coa nosa análise terminolóxica, atopámonos con que o artigo 97, no apartado 1, letra c), menciona que é responsable da dirección dos traballos arqueolóxicos “entregar os obxectos e evidencias obtidos, debidamente inventariados”, no centro museístico designado, e, mentres os “obxectos non sexan entregados, seranlle de aplicación á persoa titular da autorización as normas de depósito legal”. Convén sinalar que o depósito legal só se predica para os obxectos e non así para as evidencias<sup>29</sup>. Na letra d) do mesmo apartado sinálase a obriga de “entregar unha memoria de carácter técnico, científica ou interpretativa, coa descrición do contexto, estratigrafía, estruturas e materiais e o seu estado de conservación”.

<sup>29</sup> Do mesmo xeito, a literalidade do artigo 97.3, cando se refire a que será o promotor quen deberá presentar, en caso de tratarse dun proceso construtivo, a «memoria técnica científica dos traballos desenvolvidos, subscripta por quen asuma a dirección, acompañada dun inventario detallado dos materiais e evidencias atopados e a acta de entrega dos citados materiais ao museo, entidade, institución ou centro designado pola administración competente» por este motivo, a acta de depósito só afecta aos materiais e non ás evidencias.

Esta prescrición está aberta a novos problemas interpretativos; por unha parte, a memoria científica ou interpretativa é un único documento ou estase a diferenciar entre dous tipos? Se nos cinguimos ao recollido no decreto regulador da actividade arqueolóxica<sup>30</sup>, unicamente diferencia entre memoria técnica e interpretativa, polo que non está definida xuridicamente a memoria científica, e vólvese máis ambigua ao abeiro do artigo 97.3 da LPCG, que fixa como preceptiva a entrega por parte do promotor dunha memoria técnica científica nas actuacións arqueolóxicas derivadas de procesos construtivos. Por outra banda, podemos observar como se conceptúa de xeito distinto a documentación que é preceptiva de entrega, entrando en colisión co artigo 96.3.b), que menciona a preceptiva entrega de documentación complementaria escrita ou gráfica sen precisar o destinatario dese depósito.

A sección 2.<sup>a</sup> do capítulo IV, dedicada ao patrimonio arqueolóxico, ocúpase de regular os achados casuais, establecendo o apartado 1 do artigo 99 que “se considerarán achados os descubrimento de obxectos e restos materiais que, ademais de posuíren os valores que son propios do patrimonio arqueolóxico de Galicia, se producen por azar, como consecuencia de remocións de terras, demolicións e obras de calquera tipo”. Así, resulta que podemos diferenciar dous tipos de achados: os que afectan aos obxectos e os que se refiren a restos materiais. Nesta distinción entre restos materiais e obxectos intúese que o lexislador quixo distinguir entre bens mobles (obxectos) e bens inmoebles (restos materiais).

O último apartado do artigo 99 exclúe do dereito a premio: “as estruturas e restos atopados ou localizados que teñan a consideración de bens inmoebles conforme o determinado nesta lei, ou integrantes do patrimonio cultural subacuático, así como aqueles encontrados no ámbito de zonas arqueolóxicas, non xerarán dereito a premio”. Noutras palabras, podemos asumir que se están a empregar distintas denominacións para os bens inmoebles: restos materiais, estruturas ou restos. Se a apreciación é correcta, exclúese do dereito a premio os restos inmoebles, pero non así os mobles; é dicir, xorde a posibilidade de localizar restos mobles en zonas arqueolóxicas como consecuencia do azar e suxeitas a premio.

Recapitulando, fixemos un repaso dalgúns dos conceptos usados no capítulo IV relativo ao patrimonio arqueolóxico do título VII da LPCG, e podemos advertir que existe un abuso metonímico para referirse ao patrimonio arqueolóxico, tanto moble como inmoeble, impropio dunha norma xurídica que demanda precisión, e recórrese a numerosos termos que non teñen referendo en categorías formais da lei.

## 9 Conclusións

- 1) Analizouse parcialmente o capítulo IV do título VII relativo ao patrimonio arqueolóxico, aflorando unha serie de conceptos e termos ambiguos que poden xerar problemas tanto no eido xurídico como na práctica arqueolóxica, ao

---

<sup>30</sup> Decreto 199/1997, do 10 de xullo, polo que se regula a actividade arqueolóxica na Comunidade Autónoma de Galicia.

optar por solucións que non ofrecen unha definición clara e precisa no ámbito arqueolóxico e que tampouco están definidas como categorías xurídicas.

Úsanse conceptos indeterminados que operan á marxe do dereito e que non son unívocos no ámbito arqueolóxico. A disparidade de termos empregados para distinguir entre bens mobles e inmoables de interese arqueolóxico xera confusión e pon de manifesto a existencia de pequenos matices que rebaixan a calidade lexislativa da norma. Así mesmo, a redacción dos preceptos resulta pouco coidada e escasa de rigor, o que augura unha escasa efectividade da norma e unha mingua da tutela xurídica sobre os bens arqueolóxicos.

- 2) A norma opera coa presunción de valor arqueolóxico, inexacta desde o noso punto de vista, de que todos os bens pertencentes a unha época determinada posúen valor cultural, ou polo menos os suficientes para determinar a súa protección e conservación, pero exclúe determinadas épocas ou tipos de bens de extraordinario valor cultural. En suma, ese reforzo da presunción do valor de determinados elementos por pertenceren a unha cronoloxía determinada non nos parece o tratamento axeitado, e apártase do criterio estritamente arqueolóxico inaugurado coa LPHE e seguido ata a aprobación da nova LPCG. Non obstante, podería ser un primeiro paso para establecer un mecanismo de expurgación daqueles bens que carecen de valor ou interese suficientes e acaban depositados nos centros museísticos ante a falta de intervencionismo administrativo.
- 3) A potestade para requirir a execución de actuacións arqueolóxicas entra en colisión e xera incoherencias, reducindo a pericia técnica e a capacidade discrecional da Administración na emisión de xuízo para fundamentar a exención ou necesidade de realizar actividades arqueolóxicas naqueles ámbitos onde as súas características ou as condicións poñan en evidencia o nulo interese arqueolóxico da actuación.
- 4) A introdución da regulación do uso de detectores de metais e técnicas análogas debe considerarse como unha medida preventiva que garanta que esta actividade ilícita non acabe campando ás súas anchas en Galicia. Pódese cualificar a iniciativa como sensata e previsor, aínda que cabe destacar que a redacción do precepto é un pouco difusa e pouco determinante, xerando situacións de sombras que poden ser aproveitadas como cobertura legal para actividades ilícitas.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

## Bibliografía

- AMOEDO SOUTO, C.A., “El Derecho del Patrimonio Histórico en Galicia. La Ley 5/2016, de protección del patrimonio cultural de Galicia, cuatro años después: balance de situación”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, n. 24, 2020.
- BARCELÓ, J.A. e ANDREAKI, V., “Métodos cronométricos en arqueología, prehistoria y paleontología”, Barceló, J.A. e Morell, B. (eds.), *Métodos cronométricos en arqueología, prehistoria y paleontología*, Dextra Editorial, Madrid, 2020.
- BARCELONA LLOP, J. e CISNEROS CUNCHILLOS, M., *Vestigios y palabras. Arqueología y Derecho del patrimonio arqueológico*, Ediciones Universidad de Cantabria, Santander, 2016.
- BARREIRO, D. e VARELA-POUSA, R., “La nueva ley de patrimonio cultural de Galicia: una lectura crítica”, *Nailos*, n. 4, 2017. Acceso web: <http://nailos.org/nailos-4-2017-art-5/> (Consultado o 15 de novembro de 2021).
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Civitas, Madrid, 1990.
- CARANDINI, A., *Historias en la tierra. Manual de excavación arqueológica*, Crítica, Barcelona, 1997.
- CRIADO BOADO, F., *Arqueológicas. La razón perdida*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2012.
- FÁBREGAS VALCARCE, R., *Los petroglifos y su contexto: un ejemplo de la Galicia meridional*, Instituto de Estudios Vigueses, Vigo, 2001.
- FÁBREGAS VALCARCE, R. e DE LOMBERA HERMIDA, A., “A descuberta da presenza humana no noroeste”, Dopico Caínzos, M.D. e Villanueva Acuña, M. (eds.), *A Prehistoria en Lugo á luz das descubertas recentes*, Servizo de Publicacións da Deputación de Lugo, Lugo, 2011.
- FÁBREGAS VALCARCE, R. e VILASECO, X.I., “En torno al megalitismo gallego”, Carrera Ramírez, F. e Fábregas Valcarce, R. (eds.), *Arte parietal megalítico en el noroeste peninsular. Conocimiento y conservación*, Tórculo Edicións, S.L., Santiago de Compostela, 2006.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, V.M., *Teoría y método de la arqueología*, Editorial Síntesis, Madrid, 2000.
- GARCÍA CALDERÓN, J.M., *La defensa penal del patrimonio arqueológico*, Dykinson, Madrid, 2016.
- HARRIS, E.C., *Principios de la estratigrafía arqueológica*, Editorial Crítica, Barcelona, 1991.
- JUNYENT, E., LÓPEZ, J.B. e OLIVER, A., “Estratègia, anàlisi estratigràfica u registre en l’arqueologia lleidatana dels 80. La Harris Matrix”, Trócoli, I. e Sospedra, R. (eds.), *Harris Matrix. Sistemes de registre en arqueologia*, Pagès Editors, Lleida, 1992.
- MARTÍNEZ LÓPEZ, M.<sup>ac</sup>. (coord.), *Contribución a un sistema de registro de yacimientos arqueológicos en Galicia*, Grupo de Investigación en Arqueoloxía da Paisaxe, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997. Acceso

web: <https://digital.csic.es/handle/10261/5714> (Consultado o 13 de novembro de 2021).

- MARTÍNEZ NAVARRETE, M.<sup>ª</sup>I., *Una revisión crítica de la Prehistoria española: la Edad del Bronce como paradigma*, Siglo XXI, Madrid, 1989.
- MARTÍN RUIZ, J.M., “Acerca de la relación entre teoría y práctica en la arqueología «de urgencia»”, Martín Ruiz, J.M., Martín Ruiz, J.A. e Sánchez Bandera, P.J. (eds.), *Arqueología a la carta. Relaciones entre teoría y método en la práctica arqueológica*, Centro de Ediciones de Diputación de Málaga, Málaga, 1997.
- NÚÑEZ SÁNCHEZ, A.M., “El expolio arqueológico y su tratamiento penal”, *Revista del Ministerio Fiscal*, n. 5, 2018. Acceso web: <https://cpage.mpr.gob.es/producto/revista-del-ministerio-fiscal-8/> (Consultado o 13 de novembro de 2021).
- PARCERO OUBIÑA, C., MÉNDEZ FERNÁNDEZ, F. e BLANCO ROTEA, R., *El registro de la información en intervenciones arqueológicas*, Laboratorio de Arqueoloxía e Formas Culturais, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1999. Acceso web: <http://hdl.handle.net/10261/5651> (Consultado o 3 de outubro de 2021).
- ROSKAMS, S., *Teoría y práctica de la excavación*, Editorial Crítica, Barcelona, 2003.
- TRIGGER, B.G., *Historia del pensamiento arqueológico*, Editorial Crítica, Barcelona, 1992.
- URTEAGA, M. e RETUERCE, M., “Las excavaciones en la fortaleza de Gomaz (Soria) y la introducción en España del Harris Matrix System”, Fernández Ibáñez, C. (ed.), *Al-Kitâb, Juan Zozaya Stabel-Hansen*, Asociación Española de Arqueología Medieval, Madrid, 2019.

REGAP



COMENTARIOS E CRÓNICAS





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 63\_xaneiro-xuño 2022 | pp. 103-129  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.vii63.4951>  
© Francisco de Cominges Cáceres  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 13/07/2022 | Aceptado: 14/07/2022

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence

63 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES

Maxistrado (Galicia, España)

f.cominges@poderjudicial.es

**SUMARIO:** 1 Administración local. 1.1 Competencia urbanística municipal para limitar e autorizar os apartamentos turísticos en edificios residenciais. 1.2 Convenios voluntarios de colaboración entre as administracións local e autonómica. Son vinculantes e deben aplicarse conforme os principios de boa fe, confianza lexítima e lealdade institucional. 1.3 Consorcios locais. 1.4 Competencia exclusiva do alcalde para decidir a participación do concello en plans provinciais de cooperación de obras e servizos. 1.5 Se no procedemento de aprobación de proxectos de estradas autonómicas os concellos afectados manifestan discrepancias, a competencia para resolvelas recae exclusivamente no Consello da Xunta de Galicia. 1.6 Confluencia de competencias do Estado e dos concellos nos espazos de dominio público marítimo-terrestre. 2 Contratos públicos. 2.1 Restablecemento do equilibrio económico contractual polas restricións derivadas da pandemia de coronavirus COVID-19. 2.2 Desistencia unilateral por un concello nun contrato de servizos. Debe motivarse en razóns xustificadas de interese público e é precedido dun trámite de audiencia. 3 Medio ambiente e urbanismo. 3.1 Plan xeral de ordenación municipal e igualdade de trato entre homes e mulleres. Informe de impacto de xénero. 3.2 Nulidade de plans urbanísticos por defecto formal.

Non cabe emenda en fase de execución de sentenza. Debe reiniciarse desde un principio a tramitación do plan. 3.3 A catalogación dun inmovible nun instrumento de planeamento municipal fai preceptiva a autorización autonómica para poder intervir nel, aínda que non se publicase a ficha do catálogo en diarios oficiais ou aínda que o plan se anulase xudicialmente. 3.4 Anulación de proxecto sectorial de parque eólico por defectos na fase de información pública da súa avaliación ambiental. 4 Persoal. 4.1 Límites das coberturas temporais mediante comisión de servizos. 4.2 Relación de postos de traballo. Determinación do complemento específico. 5 Pesca e acuicultura. 5.1 Aprobación do Plan Xeral de Explotación Marisqueira. Competencia exclusiva da Xunta de Galicia. Innecesariedade de informe da Administración do Estado. 5.2 Concesión de actividade de granxa mariña. Prórroga extraordinaria por 50 anos. 6 Proceso contencioso-administrativo. 6.1 Lexitimación activa e prazo para poder instar a execución forzosa de sentenza condenatoria. 6.2 Emendabilidade de trámites procesuais afectados por erro do actor no manexo do sistema telemático de "Lex-Net". 6.3 Limitación de custas procesuais cando se estableceu un máximo directamente en sentenza. 7 Tributos. 7.1 Incompetencia dos concellos galegos para definir os "inmubles desocupados" aos que se lles pode aplicar unha recarga do IBI. Reserva de lei. 7.2 Taxa municipal pola utilización das vías públicas polas compañías do sector das telecomunicacións. 7.3 Taxas municipais por ocupación de espazos públicos (terrazas de hostalaría). 7.4 Exención de IBI dos inmubles do Estado afectos á defensa nacional xestionados mediante concesión demanial por empresas públicas. 7.5 A superación do prazo de 6 meses na resolución da taxación pericial contradictoria (TPC) non provoca a estimación presunta da pretensión do interesado, senón a caducidade do procedemento de xestión de comprobación de valores. 8 Universidades. 8.1 Avaliación da actividade investigadora. Silencio negativo. Obriga de motivación. Posibilidade de revisión xurisdiccional. 8.2 Dereito do profesorado axudante de doutor á avaliación do labor docente e investigador.

## 1 Administración local

### 1.1 Competencia urbanística municipal para limitar e autorizar os apartamentos turísticos en edificios residenciais

As sentenzas da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG) do 7 e 8 de abril de 2022 (recs. 4285/2021 e 4022/2022, relator: Parada López) confirman a legalidade da interpretación normativa adoptada por, respectivamente, os concellos de Pontevedra e Santiago de Compostela para controlar e limitar os "aloxamentos turísticos" en edificacións residenciais. Conclúen, en primeiro lugar, que a actividade de vivenda de uso turístico (VUT) precisa de título habilitante da Administración municipal, de natureza urbanística. E, en segundo lugar, que a restrición das VUT a determinadas zonas, ou ás plantas baixa e primeira dos edificios residenciais imposta polas ditas corporacións municipais é conforme a dereito. Afirma así o Tribunal que:

*«el hecho de la existencia de una comunicación previa en materia de turismo no exime de la existencia, cuando sea preciso, de la habilitación municipal para el desarrollo de dicha actividad, son pues dos campos diferenciados y que deben complementarse, de ahí que la propia normativa de turismo nos indique que el uso turístico no es posible si está prohibido por la ordenación de usos del sector donde se encuentre, recordando que no estamos ante un uso residencial».*

Y que, «las Viviendas de uso turístico (VUT) no son uso residencial ya que carecen de las características de dicho uso, así las VUT son viviendas que en lugar de destinarse al uso de vivienda –esto es, a un uso residencial caracterizado por la estabilidad y la permanencia– se destinan al uso turístico –esto es, a un uso de alojamiento ocasional y transitorio–, la estabilidad y permanencia se contraponen, por tanto, a la transitoriedad y ocasionalidad propia del uso turístico, de ahí que, es fácil comprender la diferencia y la importancia de su regulación ya que el uso de vivienda desaparece y se deja de dar satisfacción a las necesidades de vivienda, por lo que habrá que dar respuesta a esas necesidades en otras localizaciones, por ello la asimilación al uso hotelero, entendida como uso terciario de hospedaje, ante la falta de actualización de las normas urbanísticas a la normativa autonómica en cuanto a la regulación de los usos turísticos sea la más coherente con la actividad a desarrollar y por ello igualmente no permitida sin habilitación previa por parte del Ayuntamiento».

## 1.2 Convenios voluntarios de colaboración entre las administraciones local e autonómica. Son vinculantes e deben aplicarse segundo los principios de boa fe, confianza lexitima e lealdade institucional

O TSXG analiza a natureza xurídica e efectos destes convenios na súa Sentenza do 1 de febreiro de 2022 (rec. 414,6/2019, relator: Recio González). Resolve o conflito dunha deputación provincial coa Xunta de Galicia na interpretación dun convenio de colaboración suscrito voluntariamente, respecto da conservación dun pazo e predio de titularidade provincial, de alto valor cultural. Incide a sentenza no carácter vinculante do convenio. E en que:

*«(...) Ninguna duda cabe, ni es objeto de debate, que conforme a lo dispuesto en el artículo 57.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (vigente a la fecha de suscripción del primero de los convenios en el año 1991) “La cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, se desarrollará con carácter voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las leyes, pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o los convenios administrativos que suscriban [...]”. Y que el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, establece en su artículo 111 que “Las Entidades locales podrán concertar los contratos, pactos o condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y deberán cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas, en su caso, en favor de dichas Entidades”.*

Igualmente, regúlanse os “Convenios de colaboración” na Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

administrativo común, artigos 6 a 8, e na actualidade na vixente Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, capítulo VI “Dos convenios”. Tendo así que partir do seu carácter vinculante para as dúas administracións. Por iso, ningunha dúbida hai sobre a obriga da Administración autonómica de efectuar as obras de conservación do Pazo de Lourizán, atendido o seu carácter bilateral, fonte de obrigas para as dúas partes, e dados os seus obxectivos orientados ao interese público –en concreto, de cooperación en materia de investigación agraria orientada ao sector forestal, así como na divulgación das ditas investigacións e á formación profesional no sector–. En todo caso e como xa quedou antes exposto, non hai nada que interpretar, atendida a claridade da cláusula. (...).

*(...) habiendo de recordarse que conforme a lo dispuesto 3 de la Ley 40/2015, “1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: ... e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional”. Y que el artículo 32 de la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del Patrimonio Cultural de Galicia, sobre el “Deber de conservación”, dispone que “Las personas propietarias, poseedoras o arrendatarias y, en general, las titulares de derechos reales sobre bienes protegidos integrantes del patrimonio cultural de Galicia están obligadas a conservarlos, mantenerlos y custodiarlos debidamente y a evitar su pérdida, destrucción o deterioro”. De forma que, a la circunstancia de que existe un Convenio que impone la obligación de llevar a cabo las obras de conservación, en un bien catalogado, ha de añadirse la obligación legal».*

### 1.3 Consorcios locais

A Sentenza do TSXG do 13 de maio de 2022 (rec. 7042/2022, relator: Fernández López) analiza a natureza xurídica dos consorcios locais en xeral e no referente á súa presidencia e persoal en particular, respecto do Consorcio As Mariñas, constituído no ano 2000 para atender determinados intereses comúns dos municipios de Abegondo, Arteixo, Bergondo, Betanzos, Cambre, Carral, Culleredo, Oleiros e Sada. Conclúe que:

*«(...) el artículo 121 de la LRJSP dispone que el régimen jurídico que se aplicará al personal del consorcio “será el de la administración pública de adscripción”, que se contempla en el artículo anterior y que nadie niega que era el Ayuntamiento de Oleiros, de acuerdo con los criterios de orden señalados en el apartado 2 de ese precepto (el 120), de modo que se aplicaba a todo el personal del consorcio el régimen específico previsto para el de esa entidad municipal, pero también la normativa común a los ocho municipios que componían el consorcio, esto es, los artículos 89 a 104.bis de la LRBRL, 126 a 177 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo*

781/1986, de 18 de abril, y 200 a 212 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, además de todos sus reglamentos de desarrollo.

Como complemento de ello, dispone también el artículo 121 de la LRJSP que “el personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral y habrá de proceder exclusivamente de las administraciones participantes”, previsión a la que no se ajustaba el artículo 14 de los estatutos del consorcio, de modo que en este punto tenía que considerarse derogado y debía estarse a lo que disponía aquel precepto legal. Finalmente, también contemplaba ese precepto una excepción al indicar que, “cuando no resulte posible contar con personal procedente de las administraciones participantes en el consorcio en atención a la singularidad de las funciones a desempeñar, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, u órgano competente de la administración a la que se adscriba el consorcio, podrá autorizar la contratación directa de personal por parte del consorcio para el ejercicio de dichas funciones”; no obstante, esta previsión no interesa al caso.

Lo que sí interesa es lo que dispone el artículo 122 de la repetida ley, ya que lo que pidió el alcalde del Ayuntamiento de Oleiros también afectaba a las tareas de intervención y tesorería, de modo que tiene que tenerse lo dispuesto en el apartado 1 de aquel precepto, que se remite a la normativa sobre presupuestos y contabilidad, mientras que el 3 dispone con mayor concreción que el órgano de control interno de la administración a la que se haya adscrito el consorcio, deberá realizar la auditoría de las cuentas anuales de determinados supuestos.

Pues bien, con arreglo a todo lo indicado ya se puede concluir que si la norma legal de aplicación nada indicaba a propósito de quien tendría que presidir el consorcio, de ello se deriva que se trata de una cuestión propia de su autoorganización, que en este caso se contemplaba en el artículo 7 de los estatutos, que en este extremo estaban vigentes al no contradecir la norma superior, de modo que esta sala tiene que compartir la conclusión a que llegó la juzgadora de instancia a propósito de que no podría presidir el consorcio, de forma automática, el alcalde del Ayuntamiento de Oleiros.

Y también se tiene que compartir su conclusión de que el hecho de que esta entidad local fuera la de adscripción no significaba que se les traspasaran a sus funcionarios del cuerpo nacional las funciones de secretaría, intervención y tesorería, siempre que se desempeñaran por funcionarios que procedieran “exclusivamente de las administraciones participantes”, como exigía el artículo 121 de la LRJSP.

Y por lo mismo, tampoco se podía acceder a la tercera petición de que se iniciaran las actuaciones para adscribir al Ayuntamiento de Oleiros al personal que prestaba servicios en el consorcio, aunque es verdad lo que afirma el letrado de la apelante acerca de que este extremo fue silenciado en la sentencia de 15.12.21 que, no obstante, debe compartirse en su pronunciamiento final. Con todo, esto último no impide

REGAP



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*recordar que el precepto antes citado exige que el personal que presta servicios en el consorcio no sea propio, sino “exclusivamente de las administraciones participantes”, lo que esa entidad deberá comprobar, pero por sus órganos estatutarios y no por los de la entidad local a la que queda adscrita».*

#### **1.4 Competencia exclusiva do alcalde para decidir a participación do concello en plans provinciais de cooperación de obras e servizos**

A Sentenza do TSXG do 29 de abril de 2022 (rec. 7154/2021, relator: Cambón García) estima o recurso interposto polo Concello de Ordes contra as bases reguladoras do Plan Provincial de Cooperación de obras e servizos de competencia municipal (POS+2020) para a regulación do POS+ADICIONAL 1/2020, para gastos sociais extraordinarios derivados da COVID-19. Conclúe que recae no alcalde a competencia para decidir a participación do concello no dito plan, sen necesitarse para iso dun acordo do pleno municipal, xa que:

*«Para decidir cuál es el órgano competente para solicitar tal subvención, se aplica el art. 21.1.5 LBRL que señala como atribuciones del alcalde las demás que expresamente le atribuyen las leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las CC. AA. asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales, cláusula incluida por el legislador en la Ley 7/1985».*

#### **1.5 Se no procedemento de aprobación de proxectos de estradas autonómicas os concellos afectados manifestan discrepancias, a competencia para resolvelas recae exclusivamente no Consello da Xunta de Galicia**

A Sentenza do TSXG do 15 de marzo de 2022 (rec. 4004/2019, relator: Díaz Casales) anula a resolución da Consellería de Infraestruturas de aprobación definitiva do proxecto de trazado dun tramo da Vía Ártabra, considerando que:

*«Aunque estuviera sometido el proyecto de trazado íntegramente a la Ley de Carreteras entonces vigente, el mismo debió ser aprobado por el Consello de la Xunta por la expresa y motivada oposición mantenida por el Concello de Cambre, con arreglo a lo establecido en el art. 15 de la Ley 4/1999 de Carreteras de Galicia, lo que determina la incompetencia del Secretario Xeral de la Consellería para hacerlo, aunque lo hiciera por delegación del Conselleiro, lo que determina la estimación de este motivo de impugnación y la anulación de la resolución recurrida al incurrir en el motivo de nulidad establecido en el art. 62.1.b) de la Ley 30/1992 de Procedimiento administrativo, vigente en 2009 –hoy contenido en el art. 47.1.b) de la Ley 39/2015–».*

## 1.6 Confluencia de competencias do Estado e dos concellos nos espazos de dominio público marítimo-terrestre

A Sentenza do TSXG do 28 de marzo de 2022 (rec. 4136/2021, relator: Recio González) resolve, en favor do Concello de Ribadeo, o conflito xurdido coa mercantil que explota en concesión, como hotel, o faro da illa Pancha, pola exixencia municipal de deixar aberto ao público o acceso á illa. A sentenza examina en detalle a normativa reguladora dos espazos de competencia estatal de natureza portuaria ou vinculados ao dominio público marítimo-terrestre, en relación coas municipais, alcanzando estas conclusións:

*«Con relación a la competencia del Concello, hemos de partir de que, tal y como se afirma en la sentencia apelada, no se trata de un control sobre la concesión sino que nos hallamos ante un procedimiento ejecutivo que se dicta dentro del ejercicio de competencias municipales, en concreto con relación a una licencia de actividad, por lo que resultan de aplicación los artículos 82 y ss. del Decreto 144/2016 de 22 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento único de regulación integrada de actividades económicas y apertura de establecimientos, y conforme al cual “1. Todas las actuaciones incluidas en el ámbito de aplicación de estas normas quedan sujetas a la acción inspectora municipal, que puede ser ejercida en cualquier momento. A tal efecto, el ayuntamiento velará por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación de aplicación. Estará facultado para investigar e inspeccionar las instalaciones, establecimientos, obras y actividades con el objeto de comprobar el cumplimiento de las condiciones de funcionamiento y la adecuación a la normativa vigente y cuantos requisitos correspondan, en el marco de la documentación presentada junto con la comunicación previa”. En este sentido, lo que dispone el artículo 73 del RD legislativo 2/2011 de 5 de septiembre por el que se aprueba el TR de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante es que “1. La utilización del dominio público portuario se regirá por lo establecido en esta ley, en el Reglamento de Explotación y Policía y en las correspondientes Ordenanzas Portuarias, las cuales establecerán las zonas abiertas al uso general y, en su caso, gratuito. En lo no previsto en las anteriores disposiciones será de aplicación la legislación de costas. (...) 4. Las autorizaciones y concesiones otorgadas según esta ley no eximen a sus titulares de obtener los permisos, licencias, autorizaciones y concesiones que sean exigidos por otras disposiciones legales (...). Y en el artículo 31 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (...).*

*De manera que la concesión otorgada por la Autoridad Portuaria lo es con independencia de la necesidad de obtener el titular los permisos, licencias, autorizaciones y concesiones que sean exigidos por otras disposiciones legales. Se trata de una concesión otorgada en un espacio del dominio público portuario adscrito al servicio de señalización marítima, al estar ubicado en el mismo una instalación de ayuda a la navegación, por lo que cualquier concesión o uso de la superficie demanial debe de estar condicionada a la misma; pero además ha de tenerse en cuenta, por*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*las características físicas de la superficie demanial, que se trata de una isla con un acceso único a los viales públicos, a través de un puente, acceso común para la concesión y para el servicio de instalación marítima que en ella se encuentra. Se trata así de compatibilizar el uso exclusivo y privativo del dominio público propio de la concesión, con el uso común por todos los ciudadanos, habiendo de partirse de las especiales circunstancias que concurren en este caso por cuanto nos hallamos ante una isla con un acceso único a los viales públicos a través de un puente, no siendo el mismo el objeto de la concesión. (...).*

*Nos hallamos así ante una actividad cuyo ejercicio controla el Concello por ser de su competencia, y por el mismo se llevó a cabo un control e inspección, a partir de lo cual resuelve requerir para que la puerta permanezca abierta. Y se aclara en el acto de la prueba que una cosa es el horario del establecimiento y otra diferente el acceso público, y así lo explica el técnico municipal, en el sentido de que hay que permitir el acceso hasta la puerta por razones de seguridad, comerciales y porque lo exige la legislación, como en cualquier otra actividad. Y no se produce una modificación de los términos de la licencia, por lo que no procede acudir a su revisión de oficio».*

## 2 Contratos públicos

### 2.1 Restablecimiento do equilibrio económico contractual polas restricións derivadas da pandemia de coronavirus COVID-19

O TSXG, na súa Sentenza do 26 de novembro de 2021 (rec. 7559/2020, relator: Fernández López), desestima o recurso promovido pola entidade mercantil concesionaria da estación de autobuses de Ourense contra a desestimación pola Xunta de Galicia da súa reclamación de reequilibrio económico do contrato pola perda de ingresos derivada da crise sanitaria do coronavirus, reclamación que fora formulada ao abeiro do disposto no artigo 34.4 do Real decreto-lei 8/2020, do 17 de marzo, de medidas urxentes extraordinarias para facer fronte ao impacto económico e social da COVID-19. Coa seguinte motivación:

*«(...) Tal precepto dispone que, en los contratos públicos de concesión de servicios vigentes a su entrada en vigor que celebren las entidades pertenecientes al Sector Público a que se refiere el artículo 3 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 26 de febrero de 2014, LCSP de 2017, “la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100*

o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato”; a ello añadía que “dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19”, así como que “solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos”; finalmente, también dispone que lo allí previsto tan sólo procederá cuando el órgano de contratación hubiera apreciado la imposibilidad de ejecutar el contrato como consecuencia de la situación ya descrita.

Ya que el contrato que aquí interesa se había suscrito el 29.01.90, le resultaba de aplicación la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, que se refiere en sus artículos 5.2.a) y 155 al de gestión del servicio público, que se tiene que ejecutar a riesgo y ventura de la concesionaria y que debe cumplir las determinaciones impuestas en el contrato y en sus pliegos (artículos 99, 161 y 162, así como la cláusula 12.4 del pliego rector), con la posibilidad de que se puedan revisar los precios en las condiciones que señalan sus artículos 104 y 166.

Tiene que abrirse aquí un paréntesis para indicar que, con arreglo a la nueva ley contractual, la diferencia entre el contrato de gestión de servicio público y el de servicios ya no obedece a su objeto o contenido, sino a la forma de retribución. Así lo anticipa ya su exposición de motivos cuando advierte que “en el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público”, caracterizada por la presencia de “dos tipos de relaciones, la que se establecía entre la Administración y el empresario, concesionario, que era contractual (contrato de gestión de servicios públicos), y la que se establecía entre el concesionario y el usuario del servicio, que se regulaba por la normativa propia del servicio que se prestaba”, modalidad contractual que da paso a la nueva figura de la concesión de servicios, que si bien mantiene esa misma estructura de relación jurídica triangular, introduce como matiz diferenciador la “transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario”, lo que no sucede en el nuevo contrato de servicios, que mantiene la misma relación inalterable y única que tenía el anterior contrato de servicios, pero que introduce como matiz diferenciador el que el contratista no asuma ningún riesgo operacional. Finalmente, aclara esa exposición de motivos que “la ley, siguiendo la Directiva 2014/23/UE, no limita la concesión de servicios a los servicios que se puedan calificar como servicios públicos”.

Cerrado ese paréntesis, debe precisarse que no solicitó la concesionaria en la vía administrativa, y ahora su letrado en esta jurisdiccional, la revisión de los precios por causas de tipo contractual, ni tampoco una indemnización sustentada en lo dispuesto en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución española, y 32 a 37 de la

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público, ya que no se estaba en presencia de una lesión antijurídica imputable al órgano de contratación, sino una compensación sustentada en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 reproducido al comienzo, referido a los contratos públicos de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de ese texto legal que sufrieran las consecuencias y medidas previstas para combatir el COVID-19, por lo que se le tendría que dar derecho a la concesionaria a restablecer el equilibrio económico del contrato en los términos establecidos en tal precepto, lo que suponía el derecho a compensarla por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarían los posibles gastos adicionales salariales que se hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19, siempre que se acreditara, de forma fehaciente, la realidad de esos gastos, y con el añadido de que tal compensación tan sólo procedería cuando el órgano de contratación, a instancia de la contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecutar el contrato.*

*Pues bien, como refirió con acierto la resolución impugnada, y así lo recuerda el defensor autonómico, en este caso nunca se dirigió la concesionaria al departamento de infraestructuras para interesar la expresa declaración de que no se podía ejecutar el contrato, pues lo único que hizo en su escrito de 06.05.20 fue solicitar que iniciara los trámites conducentes a otorgarle una indemnización por las pérdidas de ingresos y costes generados por las medidas para combatir la pandemia, petición que luego abandonó.*

*Por ello, no se da la condición formal que impone el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 para otorgar la compensación, pero tampoco el requisito sustantivo de que fuera imposible ejecutar el contrato por su falta absoluta de viabilidad, pues los datos que ofrece el perito de la actora (acordes con el informe que rindió la responsable del servicio) revelaron que la estación de autobuses permaneció en todo momento abierta y que el contrato se continuó prestando, si bien con la lógica reducción del número de viajeros y clientes de los establecimientos allí ubicados».*

## **2.2 Desistencia unilateral por un concello nun contrato de servizos. Debe motivarse en razóns xustificadas de interese público e ser precedido dun trámite de audiencia**

A Sentenza do TSXG do 14 de febreiro de 2022 (rec. 7139/2021, relator: Paz Eiroa) confirma en apelación a anulación da desistencia unilateral dun concello no contrato suscrito para a prestación do servizo de asistencia técnica urbanística, por falta de motivación e de trámite de audiencia previo:

*«La resolución de un contrato por desistimiento exige decisión fundada en razones de interés público previa la tramitación del oportuno procedimiento. “Sí es preciso*

*seguir un procedimiento para resolver el contrato, cualquiera que sea el motivo de resolución, y también, por tanto, en el caso de desistimiento, y tal procedimiento ha de conllevar al menos, o como trámite esencial, la audiencia al interesado, pues, al igual que para contratar en el ámbito del sector público se requiere seguir un determinado proceso y contemplar ciertas formalidades, lo lógico es que poner fin a la relación contractual, sea cual sea el motivo, implique igualmente un procedimiento. Lo contrario sería amparar una situación arbitraria, de difícil control, y contrario por tanto a las normas que rigen no sólo la contratación pública, sino también la actividad de la Administración Pública en general [...]” –palabras de la sentencia apelada, que hacemos nuestras–. Porque así lo disponen los preceptos de aplicación al contrato del caso: arts. 221, 223.h) e i), este relativo a todos los contratos, y 224.1) y 308.b), este relativo a los contratos de servicios, del RD Leg. 3/2011 al que los pliegos se remiten; y art. 109.1 RD 1098/2001. Antes, porque lo exige la más elemental lógica jurídica. Tal es el “contexto legal”, del que ni los tribunales ni la Administración “pueden abstraerse” –términos, todos estos, del escrito de interposición del recurso de apelación–.*

*Se trata, indiscutidamente, de la resolución de un contrato de arrendamiento de servicios por desistimiento de la Administración, regida por las disposiciones citadas; no se trata del cese de un nombramiento de confianza, discrecional. Nada de “prerrogativa” o “causa subjetiva” sino actuación sometida a las normas dichas para el servicio objetivo de los intereses generales y no de los propios del “contexto político” a que se refiere también el escrito de interposición del recurso de apelación».*

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

## 3 Medio ambiente e urbanismo

### 3.1 Plan xeral de ordenación municipal e igualdade de trato entre homes e mulleres. Informe de impacto de xénero

A Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS) do 11 de febreiro de 2022 (rec. 1070/2020, relator: Román García, con voto particular discrepante) confirma en casación a do TSXG desestimatoria dun recurso dirixido fronte á resolución de aprobación definitiva do Plan Xeral de Ordenación Municipal de Caldas de Reis por se ter omitido durante a súa tramitación a fase de “informe de impacto de xénero”. Conclúe o alto tribunal nesta sentenza que:

*«(i) La normativa gallega no exige expresamente la incorporación de un informe sobre impacto de género en la tramitación de los planes de urbanismo que no sean elaborados por la Xunta.*

(ii) Con independencia de lo anterior, el respeto al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres constituye una exigencia de carácter básico en todo el territorio nacional que debe ser observada en los planes de urbanismo, conforme a lo previsto en el artículo 31 y en la Disposición final primera de la Ley Orgánica 3/2007.

(iii) En línea con la anterior consideración, reiteramos nuestra doctrina jurisprudencial en el sentido de que el principio de igualdad de género no resulta una cuestión neutral en materia de urbanismo. Por ello, debe afirmarse con claridad que, con independencia de que sea o no preceptivo incorporar a la tramitación del plan un informe sobre impacto de género (lo que dependerá de la correspondiente normativa autonómica), el principio de igualdad de trato resulta siempre exigible y debe ser observado en cada una de las determinaciones del plan.

(iv) La imputación de vulneración del principio de igualdad de género en un plan, en sede de recurso contencioso-administrativo, exige identificar las determinaciones del plan a que se refiere aquélla, concretar suficientemente las circunstancias constitutivas de dicha contravención y exponer las razones por las que, conforme a Derecho, debe apreciarse y declararse judicialmente dicha vulneración. Y todo ello deberá hacerlo el recurrente con pleno respeto a las prescripciones legales y, singularmente, a lo previsto en los artículos 56 y 65.1 LJCA. (...).

(vi) Y en cuanto al motivo de impugnación consignado en la demanda en relación con la vulneración del principio de igualdad de género, constatamos que lo alegado allí es manifiestamente insuficiente para justificar la pretensión de que se declare la nulidad del plan incluida en el suplico de la demanda, por lo que esa pretensión debe ser desestimada».

### **3.2 Nulidade de plans urbanísticos por defecto formal. Non cabe emenda en fase de execución de sentenza. Debe reiniciarse desde un principio a tramitación do plan**

O TSXG, na súa Sentenza do 31 de xaneiro de 2020 (rec. 4128/2016), declarou a nulidade do plan especial de protección e rehabilitación da zona vella de Ferrol por se ter omitido no procedemento para a súa aprobación a fase preceptiva de avaliación ambiental estratéxica. Pero «sin perjuicio de la posibilidad de subsanación en ejecución de sentencia».

A Sentenza do TS do 23 de febreiro de 2022 (rec. 4555/2020, relator: Román García) revoga en casación este matiz da de instancia, incidindo en que:

*«la sentencia impugnada no se ajustó a Derecho al declarar la nulidad del plan y, a la vez, permitir que en ejecución de sentencia pudiera subsanarse el defecto esencial de procedimiento advertido mediante la aportación de un informe complementario emitido por el órgano ambiental. (...) debe recordarse que, habiéndose declarado la nulidad de una norma reglamentaria, no puede el Poder Judicial*

*imponer al Poder Ejecutivo la forma en que se ha dictar la nueva norma que deba sustituir a la declarada nula. Lo dice de manera clara el artículo 71.2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (...). Y si ello es así, es indudable que, entendido el efecto efectivo de la sentencia, la nulidad, no pueden los Tribunales de lo contencioso-administrativo imponer a la Administración actuaciones concretas, por lógica que pudieran parecer, cual es la de subsanar el trámite –emitir el informe– para la aprobación de la parte del Plan declarado nulo; y ello con independencia, insistimos, de que el vicio que genera esa nulidad afecte efectivamente al procedimiento de elaboración. No se puede pretender, y es lo que hace la sentencia, imponer la declaración de anulación del procedimiento y ordenar una retroacción del procedimiento que, se quiera o no, se diga o no, lo que esconde es una pretendida subsanación, con el relevante efecto de que lo que adquiere eficacia, y sin solución de continuidad, una vez se proceda a la aprobación definitiva del Plan tras esa retroacción, es el mismo Plan inicial, sin solución de continuidad y legitimando todos los actos dictados en ese espacio temporal, que afecten, eso sí, al ámbito espacial a que afecta la declaración, porque del resto, ya vimos, no se ve afectada su eficacia. Pese a esa encomiable finalidad pragmática, no puede amparar nuestra normativa esa conclusión. (...) Los tribunales de lo contencioso, de apreciar la nulidad del Plan, y solo ese grado de ineficacia es admisible, han de limitarse a dicha declaración, sin imponer a la Administración como deba actuar a la vista de dicha nulidad, tan siquiera cuando el vicio que se aprecie para declarar la nulidad, nunca la anulabilidad, afecte al procedimiento. Y téngase en cuenta que, si ese informe afecta a la propuesta del Plan que se terminó acogiendo en la aprobación definitiva, no podrá aprovecharse lo ya actuado. Es indudable la buena intención de lo decidido por la Sala de instancia de dar continuidad al Plan, pero no es eso lo sostenido por la Jurisprudencia, tan siquiera para estos supuestos nulidad parcial del plan».*

### **3.3 A catalogación dun inmovible nun instrumento de planeamento municipal fai preceptiva a autorización autonómica para poder intervir nel, aínda que non se publicase a ficha do catálogo en diarios oficiais ou aínda que o plan se anulase xudicialmente**

Así o conclúe a Sentenza do TSXG do 1 de xullo de 2022 (rec. 4093/2021, relator: Martínez Quintanar), coas seguintes consideracións:

*«Tampoco puede admitirse la inexistencia de trámite alguno autorizador ante la DXPC por el hecho de que el contenido íntegro de la ampliación del Catálogo no se haya incorporado dentro de la publicación del BOP del anuncio de la existencia del acuerdo de aprobación definitiva, ya que lo que se alega es un déficit en el contenido de la publicación que, según el planteamiento del recurrente, afectaría a la eficacia y aplicabilidad de dicha ampliación por no haberse cumplido de forma íntegra la condición de publicación necesaria para su entrada en vigor, pero frente a ello el*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*Letrado de la Xunta de Galicia recuerda que, por aplicación del art. 31.4 de la LPCG, incluso en los casos de suspensión o anulación del planeamiento urbanístico ello no determina por sí solo en todo caso la exclusión del Catálogo de Patrimonio Cultural de Galicia. En este sentido, debemos tener en cuenta lo que dispone el art. 31 LPCG al establecer dicho precepto, en sus apartados primero y cuarto:*

*“1. La catalogación de un bien únicamente podrá dejarse sin efecto siguiendo los mismos trámites necesarios para su inclusión, mediante resolución expresa de la consejería competente en materia de patrimonio cultural o a través del procedimiento de modificación del instrumento urbanístico por el que fue incluido en el Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia. Los efectos se producirán una vez que se dicte la resolución final. (...) 4. La suspensión o la anulación del planeamiento urbanístico no determinará por sí misma la exclusión del Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia de aquellos bienes incluidos en él conforme al artículo 30, salvo cuando la anulación se derive de una causa de nulidad relacionada con las determinaciones del planeamiento en materia de patrimonio cultural o del propio catálogo urbanístico. En estos casos, se requerirá también la tramitación del correspondiente procedimiento de exclusión descrito en este artículo.”*

*En este caso no hay ningún razonamiento en la demanda sobre la inexistencia de razones sustantivas que aconsejan la catalogación del bien, ni tampoco se niega la existencia de valores culturales dignos de protección que justifican la catalogación. Lo que se discute es la entrada en vigor de la ampliación del catálogo por no haberse incorporado en el año 1995, en el anuncio del acuerdo de aprobación definitiva publicado en el BOP, la transcripción del contenido íntegro de esa ampliación. Por tanto, el motivo de la ausencia de catalogación se derivaría, según la tesis de la mercantil recurrente, no de una consideración sustantiva relacionada con la protección del patrimonio cultural sino de un vicio formal por insuficiencia del contenido de esa publicación en boletín oficial para sustentar la entrada en vigor. Si en el caso de considerarse nulo el Catálogo municipal no se produciría la exclusión del Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia sin una previa resolución de la DXPC, tampoco podemos entender que en este caso pueda considerarse excluido de ese Catálogo autonómico por el motivo formal alegado.*

*En atención a lo expuesto, el recurso debe ser desestimado, ya que el déficit alegado respecto al contenido de la publicación en boletín oficial de la ampliación del Catálogo del PEEC no priva de motivación a la resolución recurrida ni tampoco determina la ausencia de trámite preceptivo ante la DXPC respecto al proyecto de rehabilitación del inmueble».*

### 3.4 Anulación de proxecto sectorial de parque eólico por defectos na fase de información pública da súa avaliación ambiental

A Sentenza do TSXG do 21 de xaneiro de 2022 (rec. 7196/2020, relator: Fernández López) anula o acordo do Consello da Xunta de Galicia de novembro de 2019 de aprobación definitiva do proxecto sectorial de incidencia supramunicipal do parque eólico de Corme (modificación substancial por repotenciación) por se ter incorrido en varios defectos formais na súa fase de información pública.

Conclúe o tribunal galego nesta sentenza, en primeiro lugar, que na fase de avaliación ambiental estratéxica do proxecto, o trámite de información pública non pode en ningún caso ser inferior a 30 días. E iso por imperativo do disposto na Directiva 2011/92/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 13 de decembro, sobre avaliación das repercusións de determinados proxectos públicos e privados no medio ambiente, modificada pola Directiva 2014/51/UE, do 16 de abril, de efecto directo xa en España. Non obstante, o período de información pública deste proxecto concreto só foi de 15 días.

En segundo lugar, considera a sala que antes da apertura da información pública deben obterse os informes sectoriais preceptivos, xa que:

*«(...) tanto la ley estatal, como la directiva citadas contenían un mandato claro en orden a conseguir los informes sectoriales antes de someter el proyecto y el estudio ambiental al trámite de información conjunto (cada uno por su plazo), de lo que resulta que quienes a él concurrieron no pudieron ejercer de forma plena su derecho a participar de forma efectiva y con pleno conocimiento de todas “las opciones” que se presentaban, en un trámite que necesariamente tenía que realizarse “antes” de adoptar la decisión definitiva sobre el proyecto que se promovía».*

## 4 Persoal

### 4.1 Límites das coberturas temporais mediante comisión de servizos

A Sentenza do TSXG do 4 de maio de 2022 (rec. 246/2021, relator: Sánchez Romero) anula unha resolución do Concello da Coruña, de cobertura temporal mediante comisión de servizos dun posto de técnico de patrimonio histórico, vacante na relación de postos de traballo. Nesta sentenza analízase pormenorizadamente o réxime xurídico aplicable ás “comisións de servizo”, anulándose a aí impugnada por falta de motivación:

*«(...) está fuera de toda duda que el fundamento para la cobertura de un puesto de trabajo de forma temporal por comisión de servicios, frente a la forma ordinaria del concurso, es que el mismo esté vacante y exista una “urgente e inaplazable necesidad” para su cobertura con anterioridad al siguiente concurso, señalando las*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*normas citadas que ese puesto ha de convocarse en el procedimiento de concurso más próximo, y fijándose un plazo máximo a la comisión de servicios.*

*No ha de olvidarse que la cobertura del puesto mediante comisión de servicios es un procedimiento extraordinario, y, por tanto, corresponde a la Administración convocante justificar su utilización (...). En el caso presente, resulta indudable la cercanía entre las fechas de convocatoria del concurso e inclusión en él de plazas vacantes, con la convocatoria para la cobertura del puesto en cuestión mediante provisión de servicios (...). Pues bien, sin plantear controversia sobre el hecho de que, en efecto, pueda haber urgencia en dar respuesta a la situación del patrimonio histórico y a su mantenimiento, lo que no se explica es por qué esa necesidad surge en julio de 2019 y no en mayo de ese año cuando se inician los trabajos para la convocatoria del concurso ordinario para provisión de plazas vacantes, o incluso cuando se creó la plaza en el año 2017».*

## 4.2 Relación de postos de traballo. Determinación do complemento específico

O TSXG, na súa Sentenza do 24 de maio de 2022 (rec. 251/2021, relator: Sánchez Romero), analiza a figura do complemento específico na relación de postos de traballo (RPT) dun concello, admitindo a posibilidade de que os de determinados postos do grupo A2 sexan inferiores aos dos administrativos e auxiliares administrativos:

*«(...) no puede considerarse ni que exista defecto en la motivación, ni tampoco que haya existido una errónea valoración de la prueba, pues aunque tanto el Interventor como la Secretaria General mostraban su disconformidad con el criterio de que el complemento específico de los puestos en cuestión (y otros del mismo subgrupo A2) fuese inferior al de los comparados (Administrativos y Auxiliares Administrativos), es lo cierto que (...) consta en los trabajos de elaboración de la RPT que se utilizan criterios objetivos de carácter técnico establecidos en el manual correspondiente de valoración, utilizado específicamente para la elaboración de Relaciones de Puestos de Trabajo en Administraciones Locales, utilizando los factores señalados en la normativa de aplicación, y siendo valorada la realidad de los puestos por un grupo de técnicos con experiencia en la materia.*

*Por ello, en cuanto al complemento específico, que según el art. 4 del R.D. 861/86 “está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad”, ha de partirse de la jurisprudencia que señala que, dada la naturaleza del complemento y singularmente las circunstancias valorables para su determinación, es posible que un puesto de nivel superior tenga asignado un complemento específico de menor cuantía que otro de nivel inferior. Y, constando que se ha efectuado la valoración del puesto atendiendo a los criterios aplicados por igual a todos los demás puestos en la relación, individualizando la*

puntuación para las circunstancias de cada uno, se considera que el hecho de acoger como más fundado el informe de la entidad especializada, frente a los criterios expuestos por Interventor y Secretaría General, no puede considerarse ilógico ni arbitrario, y teniendo en cuenta además que, según resulta de los informes en el expediente el complemento específico de los Técnicos Medios de que se trata es similar al de otros puestos de trabajo del mismo subgrupo A2».

## 5 Pesca e acuicultura

### 5.1 Aprobación do Plan Xeral de Explotación Marisqueira. Competencia exclusiva da Xunta de Galicia. Innecesariedade de informe da Administración do Estado

A Sentenza do TSXG do 11 de marzo de 2022 (rec. 4053/2021, relator: Martínez Quintanar) desestima o recurso interposto pola Administración xeral do Estado contra a Orde do 21 de decembro de 2020 da Consellería do Mar (Xunta de Galicia) aprobatorio do Plan Xeral de Explotación Marisqueira para o trienio 2021-2023 (PXEM). Conclúe que na súa tramitación non resultaba preceptivo solicitar informe da Administración do Estado, con este razoamento final:

*«(...) El planteamiento del Abogado del Estado, en sede de conclusiones, viene a aceptar expresamente que el PGEM tiene como principal finalidad la protección de los recursos marisqueros y que no es una norma o un título que habilite la ocupación del dominio público, de lo cual debería extraerse como consecuencia lógica que el informe estatal exigido para esos supuestos de títulos que habiliten la ocupación no es exigible a este PGEM. Pero no lo hace e intenta justificar la exigibilidad del informe, sobre la base de considerar que “aunque sea de forma indirecta o colateral, lo cierto es que dicho Plan, en algunos supuestos, supone una directa autorización para la ocupación de determinados espacios del dominio público marítimo terrestre y con determinadas circunstancias o de exclusividad o, al menos, de intensidad y rentabilidad”, argumentación que no se puede compartir por cuanto que:*

- una cosa es planificar las condiciones temporales, espaciales y materiales en que una actividad se puede desarrollar lícitamente, y otra cosa distinta es autorizar directamente esa actividad a personas determinadas;*
- en determinadas zonas, de acuerdo con la Ley de Pesca de Galicia y el PGEM, el desarrollo lícito de la actividad requerirá de una resolución distinta al PGEM, de autorización o concesión, y será en relación con esas resoluciones donde se podrá reclamar la exigencia del informe estatal (en interpretación integrada y armónica de la Ley de Costas y la Ley de Pesca de Galicia); y además, en todo caso,*

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*el desarrollo lícito de la actividad requiere de otra resolución distinta, el permiso de explotación, sin la cual no se podrá desarrollar la actividad de marisqueo;*

- *en las zonas de libre marisqueo el PEGM no supone una autorización subsu- mible en el art. 112.d) LC, ya que conforme a la Ley de Pesca de Galicia en esas zonas la explotación no está sujeta a autorización, y en todo caso el PGEM no comporta la habilitación a personas determinadas para la ocupación ni para el aprovechamiento especial del dominio público, sino que establece un marco de regulación de condiciones, y esa habilitación precisa de la tramitación de otro procedimiento, conducente a otorgar el permiso de explotación».*

## 5.2 Concesión de actividad de granxa mariña. Prórroga extraordinaria por 50 anos

O TSXG, na súa Sentenza do 6 de maio de 2022 (rec. 4116/2020, relator: Recio González) recoñécelle a unha entidade mercantil dedicada á acuicultura mariña o dereito a prorrogar a súa concesión para a explotación dunha granxa mariña en Carnota por 50 anos máis, «al amparo del art. 174.2.d) del Reglamento de Costas, aprobado mediante Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre en relación con el art. 2 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, y de la Disposición Adicional 14ª de la Ley 11/2008, de 3 de diciembre, de Pesca Marítima de Galicia». Cos seguintes razoamentos:

*«(...) La Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, aumentó el límite temporal de las concesiones, que pasó de 30 a 75 años e introdujo una prórroga “extraordinaria” de hasta 75 años en relación a las concesiones preexistentes, regulada en el art. 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 apreciarse que] de los términos literales antes expuestos, de los arts. 2.3 de la Ley 2/2013 y 172.2 del Reglamento de Costas –“El plazo de prórroga se computará desde la fecha de la solicitud, con independencia del plazo que reste para la extinción de la concesión que se prorroga”– y si la prórroga se hubiera solicitado dentro de los 6 meses anteriores a la extinción del plazo, “desde la fecha de extinción del título”; y puesto que nos hallamos ante una prórroga extraordinaria del plazo de la concesión preexistente; ha de compartirse la interpretación efectuada por la parte demandante y compartida por la Administración autonómica, en el sentido de considerar que el plazo de hasta 75 años (en este caso, de 50), ha de ser computado desde la fecha de la solicitud de la prórroga, sin que se pueda aceptar el cómputo “retroactivo” realizado en la resolución recurrida, cuando en este caso y conforme se reconoce en el informe de Costas (...), la solicitud de prórroga fue solicitada dentro de los 6 meses anteriores a la extinción del plazo, por lo que de acuerdo con el art. 172.2 del Reglamento, el plazo de la prórroga se debe computar desde la fecha de extinción del título, es decir, desde el 5 de diciembre de 2019, por lo que añadidos*

*los 50 años de prórroga –no 40 por cuanto, como se expondrá más adelante, no se encuentran las instalaciones a que se refiere la solicitud en la ribera del mar–, ha de extenderse hasta el 5 de diciembre de 2069 (...), en contra del criterio de la resolución recurrida que la concede por el limitado plazo de 10 años. De esta forma se da cumplimiento a la finalidad pretendida, de mantenimiento de la vigencia de las concesiones preexistentes a la Ley 2/2013, además de que supone acudir al tenor literal del artículo 2.2 de la Ley 2/2013, conforme al cual, el plazo de prórroga se computa desde la fecha de la solicitud, con independencia del plazo que reste para la extinción de la concesión que se prorroga.*

*No se discute por las partes que no concurre el supuesto del artículo 172.3 del Reglamento, referido a la existencia de causas de caducidad del título vigente, así como tampoco se está tramitando un procedimiento de caducidad del título concesional. Tampoco se discute que cumpla con la necesaria sostenibilidad ambiental, como quedó antes referido. Y no nos encontramos con instalaciones que se encuentren en la ribera del mar, supuesto en que procedería la reducción de la duración en una quinta parte, habiéndose aportado pantallazos del visor cartográfico gestionado por la Dirección Xeral de Sustentabilidade da Costa e do Mar, que muestra que las instalaciones están fuera del límite. Ello a diferencia de la resolución dictada en el expediente 10/98/15/0005, cuya copia aporta la parte demandante, con relación a la toma de agua y desagüe, que sí que está en la ribera. Resolución en la que, sin embargo, se hace aplicación del artículo 174.2.d) del Reglamento General de Costas, considerando que el plazo máximo que puede durar la prórroga extraordinaria de la concesión es de 50 años, si bien dada su ubicación en ribera del mar debe reducirse en una quinta parte, por lo que la prórroga se concede por un plazo de 40 años, por entender que el plazo de la prórroga se ha de computar desde la fecha de la solicitud de la prórroga, en ese caso desde el 8 de agosto de 2019, por lo que no puede otorgarse por un plazo superior al 8 de agosto de 2059. Criterio contrario al seguido en la resolución objeto del presente recurso, sin justificación».*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

## 6 Proceso contencioso-administrativo

### 6.1 Lexitimación activa e prazo para poder instar a execución forzosa de sentenza condenatoria

A Sentenza do TSXG do 25 de marzo de 2022 (rec. 4033/2022, relator: Martínez Quintanar) reconece a lexitimación activa da Axencia de Protección da Legalidade Urbanística (APLU) para promover a execución forzosa dunha sentenza firme que condenou o Concello de Ferrol a revisar de oficio determinada licenza urbanística, “sin necesidad de autorización previa del Consello de la Xunta de Galicia”.

Respecto do prazo máximo establecido para poder instar a dita execución, conclúe que:

*«no cabe aplicar el plazo de caducidad del art. 518 de La LEC, con el dies a quo derivado del mismo, sino el plazo de prescripción de las acciones personales, de acuerdo con el régimen establecido en la Ley 42/2015 de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuyo régimen transitorio ha sido clarificado por la Sala de lo civil del Tribunal Supremo en la STS de 20 de enero de 2020 y luego reiterada en 20 de octubre de 2020 (...). La aplicación del régimen transitorio del Código Civil al presente caso determina que, como reconocen ambas partes, el plazo de cinco años establecido en dicha Ley 42/2015 se compute desde el 7 de octubre de 2015, y ello al haberse iniciado el plazo de prescripción entre el 7 de octubre de 2005 y el 7 de octubre de 2015. De acuerdo con ello, la apelante sitúa el dies ad quem del plazo prescriptivo de la acción en el 7 de octubre de 2020, y considera extemporáneo el escrito presentado en fecha 23 de diciembre de 2020. Sin embargo, –y en contra de lo que alega en su recurso de apelación–, hay que tener en cuenta que (...) la Disposición Adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, suspende los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos, y no hay amparo normativo a la pretensión de que el plazo de ejercicio de las acciones personales, mediante solicitud de ejecución de sentencia, quede excluido de esa suspensión de plazos».*

## 6.2 Emendabilidade de trámites procesuais afectados por erro do actor no manexo do sistema telemático de “Lex-Net”

O TS, no seu Auto do 22 de xuño de 2022 (rec. 425/2022, relator: Perelló Doménech, referido a Galicia), estima o recurso de revisión interposto contra o decreto que declarou deserto un recurso de casación, ao considerar emendable o erro cometido pola representación procesual do recorrente coa ferramenta informática do sistema “Lex Net”:

*«(...) cometió un error puntual, no en la redacción del escrito de personación como tal (que en sí mismo era correcto), sino en el procedimiento de remisión telemática del mismo (...). Ante la tesitura de valorar la transcendencia de este error en la cumplimentación de los trámites telemáticos, en reciente auto de esta Sección de 6 de abril de 2022 (RC 7647/2021), hemos señalado que el formulario normalizado cumple un papel accesorio, de facilitación de la comunicación electrónica pero no deviene condicionante de la validez del escrito procesal remitido (“el escrito principal” cargado con este).*

*No queremos decir con esto que los errores en el manejo del sistema lexnet sean siempre irrelevantes, o en todo caso subsanables. Como explica otro auto de esta Sección de 4 de noviembre de 2020, RC 1177/2020 (con amplia cita de jurisprudencia y doctrina constitucional), en esta materia no pueden sostenerse posiciones*

*cerradas y absolutas, ni en el sentido de rechazar por principio cualquier posibilidad de subsanación de defectos en la cumplimentación de los formularios de lexnet, ni en el sentido contrario de admitir que tales defectos tienen siempre y por definición el carácter de meras irregularidades no invalidantes y en todo caso subsanables. La contemplación casuística del caso litigioso se hace, pues, ineludible. (...) En definitiva, consideramos que no cabe apreciar en la actuación de la parte una falta de diligencia de tal entidad que justifique el archivo del recurso, sino que nos hallamos ante un simple error puntual de cumplimentación del formulario de Lexnet, que debe considerarse un defecto formal subsanable».*

### 6.3 Limitación de costas procesuais cando se estableceu un máximo directamente en sentenza

A Sentenza do TS do 16 de xuño de 2022 (rec. 3979/2021, relator: Román García) conclúe que: *«el límite cuantitativo máximo relativo a la imposición de costas, establecido con claridad en la sentencia, no puede ser discutido en un posterior incidente de tasación de costas».* E tamén que: *«siendo la LEC de aplicación supletoria al proceso contencioso-administrativo, aquel precepto [art. 394.3 LEC] no puede entrar en juego cuando la LJCA establece una regulación completa al respecto en su artículo 139.4».*

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

## 7 Tributos

### 7.1 Incompetencia dos concellos galegos para definir os “inmubles desocupados” aos que se lles pode aplicar unha recarga do IBI. Reserva de lei

O TSXG, na súa Sentenza do 15 de xuño de 2022 (rec. 15191/2021, relator: Rivera Frade), dilucida pormenorizadamente os requisitos formais necesarios para tramitar a modificación dunha ordenanza fiscal (consulta previa, planificación normativa previa, etc.). Entrando no fondo do asunto, anula a modificación da ordenanza fiscal reguladora do imposto de bens inmobles (IBI) do Concello de Poio, na que se lle impuxo unha recarga do 25 % aos *“inmuebles de uso residencial desocupado con carácter permanente”*. A propia ordenanza definíaos como: *«aquel que figure en el padrón municipal de habitantes sin ninguna persona inscrita durante los seis últimos meses del ejercicio salvo que se acredite documentalmente contrato de alquiler en vigor».*

Iso por considerala incompatible co disposto no artigo 72.4 TRLFL, na redacción dada polo Real decreto-lei 7/2019, do 1 de marzo, de medidas urxentes en materia de vivenda e alugueiro, con esta motivación:

*«La nueva regulación, tras la aprobación del Real Decreto-ley 7/2019, no residencia en la Administración local la competencia para definir lo que debe de considerarse como inmueble desocupado. No lo hacía antes: y de ahí que esta Sala*

*en la sentencia de 7 de noviembre 2011 calificase de exceso normativo la regulación en una Ordenanza Fiscal de lo que era una vivienda desocupada, considerando esta Sala que el Ayuntamiento no tenía competencia para desarrollar la previsión del artículo 72.4 RDL 2/2004. Este pronunciamiento recayó en un recurso en el que se discutía la competencia del Ayuntamiento para determinar las características de los inmuebles de uso residencial a efectos de poder ser calificados de inmuebles desocupados.*

*Y no lo hace ahora: como señala el actor en su demanda será la “normativa sectorial de vivienda, autonómica o estatal” la que, “con rango de ley” nos diga cuáles son las condiciones que debe reunir un inmueble para poder ser calificado como inmueble desocupado. Y a partir de ahí el Ayuntamiento en su OF podrá determinar los requisitos, medios de prueba y procedimiento necesarios para aplicar el recargo de hasta el 50 por ciento de la cuota líquida del IBI. En la misma Ordenanza se regulará el procedimiento de declaración municipal como inmueble desocupado con carácter permanente.*

*La comunidad autónoma gallega carece de una norma que responda a las exigencias contempladas en el artículo 72.4 TRLHL. Y esta laguna no se ve colmada con el Decreto 17/2016, de 18 de febrero, por el que se crea y se regula el Censo de viviendas vacías de la Comunidad Autónoma de Galicia, cuyo artículo 2 ofrece una definición de vivienda vacía “A los efectos de este decreto, se entiende por vivienda vacía aquella que no sea ocupada por su propietario y en la que, además, no exista una persona usuaria que disponga del correspondiente título que le dé derecho a su ocupación”.*

*Esta definición lo es a los efectos de este decreto, y por tanto a los solos efectos de servir de instrumento para que el órgano competente en materia de vivienda de la Comunidad Autónoma de Galicia disponga de información adecuada en relación con el estado de ocupación del parque de viviendas de Galicia, y con el objeto de realizar la planificación social de la política de vivienda. Y porque además esta definición se recoge en una norma reglamentaria, y no con rango de ley como exige el artículo 72.4 TRLHL.*

*Será entonces una Ley autonómica gallega la que defina el concepto de vivienda desocupada y delimite, en su caso, el ámbito objetivo y subjetivo. Y una vez que así se haga, los Ayuntamientos gallegos en sus respectivas OF podrán fijar, en aplicación de la ley autonómica, los requisitos, medios de prueba y procedimiento necesarios para aplicar el recargo de hasta el 50 por ciento de la cuota líquida del IBI, como permite el TRLHL.*

*Por todo ello, el recurso ha de ser estimado, sin necesidad de entrar a analizar las demás cuestiones planteadas en el escrito de demanda».*

## 7.2 Taxa municipal pola utilización das vías públicas polas compañías do sector das telecomunicacións

O TS, na súa Sentenza do 13 de xuño de 2022 (rec. 6375/2018, relator: Berberoff Ayuda), estima o recurso de casación interposto polo Concello de Santiago de Compostela en relación con determinados preceptos da súa Ordenanza reguladora da taxa pola utilización privativa ou aproveitamento especial do solo, subsolo ou voo da vía pública polas empresas explotadoras das subministracións de interese xeral, aprobada por acordo plenario do 31 de outubro de 2012. Fixa a seguinte doutrina:

*«Las limitaciones que para la potestad tributaria de los Estados miembros se derivan de los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de telecomunicaciones (Directiva autorización), tal como han sido interpretados por la STJUE (Sala Cuarta) Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 27 de enero de 2021, Orange, C-764/18, no rigen para las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local exigidas a las compañías que actúan en el sector de la telefonía fija y de los servicios de internet, tanto si éstas son las titulares de las redes o infraestructuras utilizadas como si son titulares de un derecho de uso, acceso o interconexión a las mismas».*

regap



## 7.3 Taxas municipais por ocupación de espazos públicos (terrazas de hostalaría)

A Sentenza do TSXG do 9 de febreiro de 2022 (rec. 15171/2021, relator: Rivera Frade) anula en parte unha modificación da ordenanza fiscal do Concello de Lugo reguladora de taxas por aproveitamentos especiais da vía pública. Conclúe que infrinxiu o disposto no artigo 24.2 do TRLRFL (principio de equivalencia das taxas), ao establecer o seu estudo de custos determinados coeficientes carentes de base obxectiva ningunha, dirixido exclusivamente a incrementar a contía da taxa. Conclúe a sentenza que:

*«No podemos compartir con la actora que sea contrario a derecho incluir coeficientes que consideren otros factores distintos a la superficie, el tiempo o la intensidad como elementos definidores de la tarifa, pues en todos los Estudios de coste que hemos manejado se indica que para el cálculo del importe de la tasa, después de calcular el valor catastral del suelo urbano, al que se aplica un coeficiente reductor, se incrementará o reducirá en función de una serie de coeficientes que ponderen, entre otros, la duración, la superficie o la intensidad del uso. Y es que, como queda dicho, la tasa grava la utilidad del aprovechamiento del dominio público, pero se manifiesta de forma diferente, y con diferente intensidad, según los factores que concurran en cada uso, que no tienen que limitarse a la duración y a la superficie ocupada.*

*El coeficiente “molestias” ya se reflejaba en los Estudios de coste de los años 2015 y 2017, solo que en el primero a las terrazas se les atribuía un grado de molestia bajo, y ahora se le atribuye un grado de molestia alta.*

*(...) Respecto del coeficiente C4 (riesgo), en el escrito de demanda se dice que siendo un concepto indeterminado no se motiva la forma en que el mismo se haya de aplicar, generando inseguridad jurídica e indefensión.*

*Bajo este apartado sí compartimos con la actora que el Estudio de costes adolece de una explicación sobre la aplicación de este coeficiente en el caso de las terrazas, sin que sea suficiente citar como ejemplos el peligro de que un ciudadano sea atropellado, o la caída de objetos sobre los viandantes cuando se realiza una obra, pues estas circunstancias se están refiriendo a otros tipos de uso o aprovechamientos del dominio público. Si bien las molestias se consideran un factor que concurre con evidencia en el caso de las terrazas, no sucede lo mismo con el factor riesgo, que entonces exigía una explicación por el Concello en el Estudio de costes. (...).*

*en lo que también hemos de compartir con la actora es en la ausencia de justificación en el Estudio de costes de los mayores gastos adicionales que genera una terraza por razón del tiempo de ocupación. Aun cuando en el Estudio de costes se señalan como mayores gastos adicionales, un control superior, especial o singular de la actividad, o tener que movilizar a los servicios de limpieza, seguridad, etc., esta indicación se hace con carácter en general. Por otra parte, no se considera ajustada a derecho la práctica consistente en determinar un factor de corrección ante previsiones de futuro sujetas a eventualidades inciertas, cuando además la Administración, en el caso de que se produzcan, puede acudir a otras vías para resarcirse de esos mayores gastos. (...)>>.*

#### **7.4 Exención de IBI dos inmuebles do Estado afectos á defensa nacional xestionados mediante concesión demanial por empresas públicas**

A Sentenza do TS do 16 de febreiro de 2022 (rec. 3126/2019, relator: Berberoff Ayuda) estima a casación, recoñecéndolle á empresa pública Navantia a exención no pagamento do IBI do Concello de Ferrol. Establece a seguinte doutrina xurisprudencial:

*«El IBI es “un tributo directo de carácter real que grava el valor de los bienes inmuebles” (artículo 6o TRLHL), y cuando el artículo 62.1.a) TRLHL dispone que estarán exentos los “inmuebles” del “Estado afectos a la defensa nacional”, establece una exención de carácter objetivo, exigiendo únicamente que los inmuebles (1º) sean propiedad del Estado y (2º) estén afectos a la defensa nacional, con independencia de si los mismos son utilizados directamente por el Estado o por una empresa pública, o de si la figura jurídica con la que instrumentaliza su derecho de uso es la concesión demanial. De manera que el objetivo de la prelación de derechos sobre el inmueble objeto de gravamen que establece el artículo 61 TRLHL es,*

*simplemente, individualizar quién es el sujeto pasivo del tributo, que solo puede ser una persona física o jurídica, nunca un inmueble»».*

## **7.5 A superación do prazo de 6 meses na resolución da taxación pericial contraditoria (TPC) non provoca a estimación presunta da pretensión do interesado, senón a caducidade do procedemento de xestión de comprobación de valores**

Así o declarou o TS na súa Sentenza do 15 de febreiro de 2022 (rec. 2269/2020, relator: Navarro Sanchís), estimatoria do recurso de casación dirixido fronte a unha sentenza do TSXG, ratificándose o seguinte criterio xurisprudencial:

*«1º) El procedimiento de TPC que previsto en el artículo 134.3 LGT, tiene su origen con la solicitud por el obligado tributario a que se refiere el artículo 135.1, párrafo 3º, LGT, puede terminar de diversos modos que se infieren de los apartados 2, 3 y 4 del citado precepto, y culmina con una nueva liquidación conforme a la valoración que se ha determinado en el procedimiento de tasación que cierra el procedimiento e impide una nueva comprobación de valor por la Administración tributaria sobre los mismos bienes o derechos.*

*2º) El corolario de lo anterior, dado que de conformidad con el artículo 103.1 LGT, en un procedimiento de aplicación de los tributos, como es el caso, la Administración tiene la obligación de resolver todas las cuestiones que se planteen, y que la TPC no es un procedimiento de impugnación de actos en el sentido del artículo 104.3, párrafo 2º, LGT, es que le resulta aplicable el plazo máximo de resolución de 6 meses del artículo 104.1 LGT.*

*3º) El incumplimiento del plazo del artículo 104.1 LGT no determina, sin embargo, el silencio positivo a que se refiere el artículo 104.3 LGT, ni, en cualquier caso, que se acepte la valoración propuesta por el perito del obligado tributario, porque el cometido de la solicitud de TPC no es el de que prevalezca o se confirme la valoración del perito del obligado tributario, por más que pueda ser el resultado de la misma, sino, como se deduce del artículo 135.1 LGT y viene diciendo esta Sala, el de “corregir”, “discutir” o “combatir” la tasación del perito de la Administración (...) el procedimiento de tasación pericial contradictoria se encuentra inmerso en el procedimiento de gestión de comprobación de valores, y que su caducidad determina la imposibilidad de su toma en consideración a los efectos de interrumpir el plazo de prescripción para la liquidación de la deuda tributaria»».*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

## 8 Universidades

### 8.1 Avaliación da actividade investigadora. Silencio negativo. Obriga de motivación. Posibilidade de revisión xurisdiccional

A Sentenza do TSXG do 6 de abril de 2022 (rec. 261/2021, relator: Sánchez Romero) analiza pormenorizadamente o réxime xurídico das avaliacións de actividade investigadora do persoal docente universitario realizadas pola Comisión Nacional Avaliadora da Actividade Investigadora (CNEAI), con efectos retributivos sobre o complemento específico.

Conclúe, en primeiro termo, que o silencio administrativo xerado pola demora na avaliación é negativo, desestimatorio do solicitado, en virtude do disposto no artigo 26 do Real decreto-lei 8/2011, de 1 de xullo, e segundo a última xurisprudencia do Tribunal Supremo. En segundo lugar, considera que:

*«en lo que a la motivación se refiere, expresamente señala la norma aplicable que bastará que la CNEAI incluya los informes emitidos por los Comités asesores, y en su caso, los especialistas, si los mismos son asumidos por la Comisión; y, en el caso de que no se asuman esos informes, sí ha de plasmar la Comisión los motivos por los que se apartan de los referidos informes».*

En terceiro lugar, determina os límites regulados da discrecionalidade técnica conforme a que se realiza a avaliación e procede a revisar os méritos concretos invocados polo actor e non valorados pola Comisión, estimando en parte a pretensión do actor.

### 8.2 Dereito do profesorado axudante de doutor á avaliación do labor docente e investigador

O TSXG na súa Sentenza do 1 de xuño de 2022 (rec. 266/2021, relator: Sánchez Romero) confirma en apelación a de instancia na que se lle recoñeceu á actora, fronte á Axencia para a Legalidade do Sistema Universitario, que *«en su condición de profesora ayudante de doctor interina de la USC al tiempo de su solicitud y de la demanda tiene derecho a la evaluación de la labor docente y de la labor investigadora que vino desempeñando en los años anteriores en las mismas condiciones que los demás profesores doctores»*. Afírmase o seguinte na sentenza:

*«(...) Señala la apelante que al incluirse expresamente en el artículo 1 del Decreto 55/2004 el profesor contratado doctor, y no el resto de figuras, es que ha de considerarse que se ha querido excluir a éstas. La cuestión es que, si se efectúa una comparativa entre la figura indicada del profesor contratado doctor, incluida en el ámbito subjetivo del procedimiento de que se trata, y la del profesor ayudante doctor, la diferencia que entre ellos se encuentra es la del carácter temporal de esta última, frente al indefinido de la primera. (...) al aplicar de forma literal el artículo 1 del Decreto 55/04, la Administración sigue consagrando la diferencia injustificada*

*entre el personal temporal y el fijo, pues resulta claro que las funciones docentes y de investigación, que son las objeto de evaluación, están en ambas categorías; y ha de añadirse que en ambas –a diferencia de las otras figuras de contratados– se requiere el título de doctor y la evaluación positiva por la ANECA. En consecuencia, ha de concluirse que la aplicación en su literalidad del artículo 1 del Decreto 55/04, que postula la parte apelante, lleva a mantener la discriminación del empleado temporal que la propia Administración manifiesta pretender erradicar para ajustarse a la jurisprudencia comunitaria en torno a la Directiva 1999/70/CE, y que, por tanto, ha de confirmarse la decisión contenida en la sentencia de instancia, al alegar la aplicación de la normativa y jurisprudencia comunitaria sobre el principio de igualdad y no discriminación, referido asimismo a los complementos retributivos como condiciones de trabajo. (...).*

*Por lo demás, en cuanto a si existe diferencia en las funciones a desarrollar entre el profesor ayudante doctor y el contratado doctor, como parece alegarse en el recurso de apelación, al objeto de fundar una causa de diferenciación entre ellos a los efectos de que se trata, ha de tenerse en cuenta, por un lado, lo manifestado por la parte apelada sobre el hecho de que en la contestación al recurso contencioso-administrativo se había manifestado expresamente que no se hacía controversia sobre este punto (dejando por ello de practicarse la prueba que había sido propuesta); y, por otro lado, que tampoco en las resoluciones impugnadas se aludía a esta cuestión, basándose únicamente en el hecho de no estar integrado en el cuadro de personal docente, y no estar incluido en ninguna de las categorías señaladas en el artículo 1 del Decreto 565/04. En consecuencia, no puede ser admitida la alegación sobre supuesta diferencia de funciones, que tampoco concreta ni acredita la Administración».*

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS



# Regap

## Recensiones

### 3





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 63\_xaneiro-xuño 2022 | pp. 133-136  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i63.4910>  
© María Dolores Fernández Uceda  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 18/02/2022 | Aceptado: 14/07/2022  
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Todo sobre el contrato menor

63 Regap

Regap



RECENSIONES

MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ UCEDA  
Licenciada en Dereito. Avogada en exercicio  
[loluced@hotmai.com](mailto:loluced@hotmai.com)

PINTOS SANTIAGO, J. (dir.): *Todo sobre el contrato menor*, 2.<sup>a</sup> ed., Editorial El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2020, 400 pp. ISBN: 978-84-7052-823-1. ISBN Dixital: 978-84-7052-824-8.

Cando o profesor Jaime PINTOS SANTIAGO me preguntou cal das súas publicacións quería que me regalase, sen dúbida elixín *Todo sobre el contrato menor*, dirixida e coescrita por el e editada por El Consultor de los Ayuntamientos, de Wolters Kluwer.

Aínda que de lectura recomendable para todos os profesionais da contratación pública, o manual pretende ser unha ferramenta práctica de traballo para os órganos de contratación locais, os máis próximos ao cidadán, facilitando a toma diaria de

decisións mediante o uso dunha figura contractual que, malia os cambios introducidos pola LCSP de 2017, non deixou de ser controvertida.

O libro recompila toda a información sobre o contrato menor, desde os seus antecedentes normativos ata a súa regulación actual, a súa tramitación e fiscalización, as particularidades do seu réxime xurídico respecto a municipios de menos de 5.000 habitantes, e os distintos pronunciamentos interpretativos xurdidos desde a súa nova regulación, concluíndo cun completo e útil protocolo para a súa aplicación, xestión e control.

Redactado por autores con experiencia no ámbito da contratación pública, o manual consta de oito capítulos, con cita de extensa bibliografía doutrinal e xurisprudencial, e conclúe cunha recompilación de informes e recomendacións das xuntas consultivas de contratación pública estatal e autonómicas. A súa estrutura ten o seguinte contido:

**CAPÍTULO I.** Exordio ao contrato menor e cuestións dispares sobre este. *Coautores: Jaime Pintos Santiago e Julián de la Morena López, exdirector da Unidade de Contratación da Universidade de Castela-A Mancha.*

**CAPÍTULO II.** Os cambios na contratación menor introducidos polo Real decreto 3/2020, do 4 de febreiro. *Autor: Antonio Villanueva Cuevas. Prof. contratado doutor interino (TU acreditado) Universidade de Castela-A Mancha.*

**CAPÍTULO III.** Sobre a necesidade dunha interpretación unánime e un uso eficiente do contrato menor. *Autora: Beatriz Vázquez Fernández. Técnica da Administración xeral no Concello de Langreo.*

**CAPÍTULO IV.** Os contratos menores nas entidades locais inferiores a 5.000 habitantes. *Autor: Vicente Furió Durán. Técnico de Administración en contratación pública local.*

**CAPÍTULO V.** O contrato menor e as súas distintas modalidades especiais. *Autora: María de la Paz Garcés Carbonell. Xefa do Servizo da Área de Asistencia Técnica das Cortes Valencianas.*

**CAPÍTULO VI.** O aínda incerto futuro do contrato menor. *Autora: Julia M.<sup>a</sup> Pérez de Llano. Técnica xurídica no Consorcio da Zona Franca de Vigo.*

**CAPÍTULO VII.** Un procedemento de utilización marxinal e esporádica e como solución os sistemas de racionalización técnica. *Autor: Juan Manuel Martínez Melero. Avogado. Asesor xurídico no Servizo de Saúde de Castela-A Mancha (SESCAM).*

**CAPÍTULO VIII.** Protocolo de tramitación de contratos menores. *Autor: Jaime Pintos Santiago.*

Aínda que o contrato menor deu lugar a unha proliza literatura arredor da súa figura, estamos ante o primeiro manual que en España se dedicou a tratar de forma integral este tipo de contrato, facilitando mesmo unha ferramenta para a súa aplicación, xestión e control. Non outra conclusión pode extraerse do seu contido, que repaso brevemente a continuación.

O capítulo I, que completa a súa ilustración con dúas táboas comparativas, unha entre a regulación contida na LCSP de 2017 e a normativa precedente, e outra entre as dúas principais correntes interpretativas sobre a aplicación do artigo 118 da LCSP de 2017, inclúe referencias á doutrina vinculante sobre a correcta interpretación dos contratos menores, á desaparición do límite anual por contratista, á necesidade de informe de insuficiencia de medios nos contratos menores de servizos, á contratación conxunta de elaboración de proxecto e execución das obras mediante contrato menor, aos contratos menores de Ciencia, Tecnoloxía, Innovación e Universidade, á posibilidade de modificación dos contratos menores, e aos cambios operados no contrato menor polo Real decreto-lei 8/2020, do 17 de marzo, de medidas urxentes extraordinarias para facer fronte ao impacto económico e social do COVID-19.

O capítulo II aborda os cambios operados na regulación do contrato menor contida no artigo 118 da LCSP de 2017 polo Real decreto-lei 3/2020, do 4 de febreiro, de medidas urxentes polo que se incorporan ao ordenamento xurídico español diversas directivas da Unión Europea no eido da contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de plans e fondos de pensións; do ámbito tributario e de litixios fiscais.

O capítulo III, cunha intensa e extensa análise das diferentes interpretacións do artigo 118 da LCSP de 2017 por parte das diferentes xuntas consultivas, expón a utilización abusiva do contrato menor e formula a necesidade dun uso racional deste, así como dun criterio interpretativo arredor da súa figura.

O capítulo IV, con referencia aos antecedentes legislativos dos contratos menores e á influencia do dereito comunitario na contratación pública, dedícase a tratar con detalle as especialidades dos contratos menores nas entidades locais de menos de 5.000 habitantes, chamando a atención sobre a súa utilidade como ferramenta de xestión, e dedicando un apartado específico á fiscalización do contrato menor na Administración local.

O capítulo V analiza o contrato menor, aludindo ao seu carácter formal e ás exixencias de transparencia, así como catro modalidades de contratos menores: os contratos de servizos sanitarios de urxencia de importe inferior a 30.000 euros, o réxime de contratación para actividades docentes, a contratación de acceso a bases de datos e subscricións a publicacións e os contratos asinados polos axentes públicos do Sistema Español de Ciencia, Tecnoloxía e Innovación. Ademais, introduce unha interesante visión do procedemento aberto “supersimplificado” como alternativa ao contrato menor.

Esta última alternativa ao contrato menor tamén é obxecto de análise no capítulo VI, que destaca o carácter aínda incerto da figura do contrato menor, con mención dos seus antecedentes legislativos e o histórico uso abusivo deste mediante o

Regap



RECENSIONES

fraccionamento do obxecto do contrato ou o encadeamento de contratos menores sucesivos, e analiza a posibilidade de aplicar o réxime dos contratos menores das administracións públicas aos poderes adxudicadores non Administración pública (PANAP).

O capítulo VII, cunha perspectiva histórica do contrato menor en España, prégnantase de onde vimos e cara a onde imos, e relaciónao con outros procedementos de contratación, así como coas figuras de racionalización técnica da contratación: o acordo marco e os sistemas dinámicos de adquisición.

O capítulo VIII regálanos unha ferramenta de tramitación de contratos menores, o que vén ser outro elemento de diferenciación desta obra, pois inclúe nun só manual tanto o estudo da figura do contrato menor como as instrucións para a súa posta en práctica, con detalle da documentación a incorporar no expediente do contrato menor, a súa tramitación, facturación e pagamento, así como a preceptiva publicación de información no perfil do contratante.

Por último, o libro complétase con toda a recompilación dos informes que, en relación co contrato menor, emitiron desde a entrada en vigor da LCSP de 2017 ata a data de edición a Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado, así como as de Andalucía, Aragón Canarias, Cataluña, Extremadura, Galicia, Madrid, País Vasco e Valencia.

A utilidade do contrato menor como ferramenta de xestión queda, sen ningún xénero de dúbida, posta de manifesto neste manual que, como acertadamente expresa o director da obra na súa presentación, inclúe *“todo o que hai que saber sobre o contrato menor co fin de facer unha aplicación planificada, intelixente, estratéxica, íntegra e de calidade desta figura”*.

Por todo o exposto, non podo menos que recomendarlles a súa lectura a xestores públicos, profesionais da contratación pública e académicos. Reflexionemos todos, como nos invitan a facer os seus redactores, sobre de onde vimos e a onde queremos ir co contrato menor. Afastemos a súa conceptualización como un instrumento de fraude na contratación pública e pensemos en utilizalo como unha ferramenta ao servizo da eficiencia, sempre dentro dunha perspectiva de integridade e estratexia na contratación pública.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 63\_xaneiro-xuño 2022 | pp. 137-139  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i63.4913>  
© Antonio Villanueva Cuevas  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 21/02/2022 | Aceptado: 14/07/2022

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Los contratos administrativos y su aplicación: Obras, suministros, servicios y concesiones de obra y servicios

63 Regap

Regap



RECENSIONES

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS  
Profesor titular de Dereito Administrativo  
Universidade de Castela-A Mancha  
<https://orcid.org/0000-0003-4923-3705>  
[antonio.villanueva@uclm.es](mailto:antonio.villanueva@uclm.es)

MORENO MOLINA, J.A. e PINTOS SANTIAGO, J.: *Los contratos administrativos y su aplicación: Obras, suministros, servicios y concesiones de obra y servicios*, El Consultor de los Ayuntamientos, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2018, 277 pp. ISBN: 978-84-7052-779-1.

A obra que nos presentan o catedrático José Antonio MORENO MOLINA e o avogado e consultor Jaime PINTOS SANTIAGO sobre os contratos administrativos e a súa aplicación supón un manual esencial acerca da regulación xurídica dos contratos do sector público que foi implementada en España pola Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, constituíndo unha guía absolutamente necesaria

que lles facilita a todos os operadores xurídicos a comprensión dun eido do dereito administrativo especialmente complicado.

Os dous autores, como expertos cunha gran traxectoria investigadora e profesional nese ámbito, elaboraron un estudo exhaustivo de todos os contratos regulados na citada lei, indo máis alá da mera descrición da normativa desta, para explicar un novo sistema de contratación pública que supera as deficiencias da anterior regulación incorporando ao ordenamento español novas pautas dirixidas a integrar en tal sistema as exixencias de transparencia, integridade, eficiencia e sustentabilidade que require o dereito da Unión Europea nesta materia. E todo iso coa claridade expositiva que caracteriza os traballos elaborados polos ditos autores.

Neste sentido, a obra divídese en 8 capítulos, onde se examina pormenorizada-mente todo o contido da citada lei, ademais de incluír outros elementos necesarios para a comprensión da regulación introducida por ela, como a esencial xurisprudencia vertida polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea, que foi determinante para definir os contornos do dereito europeo da contratación pública. Para facilitarlle ao lector o manexo e a comprensión da obra, a orde de exposición do libro reproduce a seguida pola Lei 9/2017, o que permite unha doada e rápida consulta conxunta dos dous textos e demostra o carácter práctico que ten este traballo.

Primeiramente, no libro faise unha introdución previa e analízanse as cuestións xerais que orixinou a aprobación daquela lei. Xa neste punto, podemos observar como un dos eixes vertebradores desta é a inclusión de criterios sociais e ambientais desde a propia definición do obxecto do contrato, ademais de facer unha delimitación preliminar dos diferentes tipos de contratos e das novidades que, a este respecto, introduce a citada lei, deténdose especialmente na novidade que supón a definición de contratos de concesión de obras e servizos baseándose no criterio principal da transferencia do risco operacional ao contratista. Moi vinculado a este primeiro capítulo, no segundo analízanse determinadas figuras xurídicas cuxa confusión cos contratos do sector público é necesario aclarar polas, como acertadamente expoñen os autores, importantes consecuencias prácticas que implica a utilización dunhas ou outras figuras; estámonos referindo a delimitar a liñas divisorias cos convenios administrativos e os encargos de xestión, pero non só dun xeito teórico, senón afondando en supostos concretos, como o de TRAGSA, ademais de aclarar as novidades que a este respecto introduce a Lei 9/2017, especialmente en relación cos novos supostos de exclusión previstos por ela.

A partir deste punto, a obra céntrase na análise de cada un dos contratos regulados pola citada lei. Nos capítulos III a VII estúdase de xeito pormenorizado os contratos de obras, de concesión de obras, de subministracións, de servizos e de concesión de servizos, analizando en cada capítulo específico aspectos preliminares, como o concepto e a regulación de cada un deles na normativa da Unión Europea, para deterse e afondar en todos os elementos do procedemento de contratación que caracteriza cada un deles, resaltando non só as novidades introducidas pola Lei 9/2017, senón as particularidades de cada tipo contractual ou de cada procedemento de contratación específico, e ademais cunha exhaustividade que pon de manifesto a calidade da obra

que estamos a comentar; por pór un exemplo, baste aludir, no capítulo III, onde se regula o contrato de obras, á referencia específica que se dedica á problemática da consideración das obras de urbanización e os convenios urbanísticos como contratos públicos de obras, ou, no capítulo V, dedicado ao contrato de subministracións, á análise concreta que se fai dos contratos no ámbito da defensa. Por último, o capítulo VIII dedícase, de xeito exclusivo, a estudar as diferenzas entre o contrato de servizos e o contrato de concesión de servizos, tendo en conta a tradicional diverxencia que houbo entre o dereito da Unión Europea e o dereito español no referido á concepción dos dous tipos contractuais, e para o cal a análise da xurisprudencia e doutrina ao respecto se configura como un elemento imprescindible.

Como se pode observar, a exhaustividade, completitude e claridade do traballo que agora se comenta converte esta obra nunha referencia no eido da contratación pública en España, e que debe ocupar un posto destacado na biblioteca de calquera operador xurídico que desenvolva a súa actividade neste sector. Os autores volven demostrar os seus amplísimos coñecementos neste ámbito, así como a súa facilidade e claridade para analizar unha materia francamente complicada pero que, grazas a obras como a exposta, se converte en moito máis sinxela. Certamente, iso non pode sorprenden aos que coñecemos a impecable traxectoria científica dos autores referenciados, pero, na miña opinión, esta obra vai máis alá dunha monografía especializada nun eido do dereito administrativo, configurándose como unha obra imprescindible para coñecer a regulación xurídica da contratación do sector público en España, e non só desde un punto de vista puramente teórico, senón que a súa vocación práctica é innegable, intentando que o traballo realizado poida ser utilizado por un amplo espectro de profesionais aos que os asaltan unha gran cantidade de dúbidas cada vez que se teñen que enfrontar a un procedemento de contratación pública. Iso é o que fai diferente esta obra, a súa intención de ser un instrumento accesible e útil nun ámbito moi especializado do dereito administrativo, que non sempre é doado de entender e aplicar, e para o cal este libro se constitúe como unha ferramenta básica, e todo iso sen deixar de posuír a calidade científica que sempre caracterizou os seus autores.

REGAP



RECENSIONES





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 63\_xaneiro-xuño 2022 | pp. 141-145  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i63.4916>  
© Agustín Enrique Ferraro Cibelli  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 05/03/2022 | Aceptado: 14/07/2022

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Crisis, reacción y evolución: el teletrabajo en el sector público

63 Regap

Regap



RECENSIONES

AGUSTÍN ENRIQUE FERRARO CIBELLI  
Profesor titular de Ciencia Política e da Administración  
Universidade de Salamanca  
<https://orcid.org/0000-0001-5759-1890>  
[agustinferraro@usal.es](mailto:agustinferraro@usal.es)

RASTROLLO SUÁREZ, J.J.: *Crisis, reacción y evolución: el teletrabajo en el sector público*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2021, 183 pp. ISBN: 978-84-1390-825-0.

A crise sanitaria motivada pola COVID-19 trouxo consigo relevantes transformacións no eido da Administración e do dereito administrativo que tiveron reflexo en moi distintos aspectos como o servizo público, a contratación pública ou a actividade de policía. No interior da Administración –como ocorreu en practicamente todas as organizacións– a chegada do teletraballo ocupou, sen lugar a dúbida, un lugar destacado. O propósito da monografía de RASTROLLO SUÁREZ é, precisamente, analizar ao longo de cinco capítulos a –non pouca– singularidade que supón o exercicio do

teletraballo no ámbito do sector público, examinándoa desde a perspectiva do dereito administrativo e da ciencia da Administración.

O prólogo corre a cargo de Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, que destaca e eloxia a contextualización teórica e comparada do fenómeno que fai o autor, a minuciosa análise da normativa autonómica e a sólida perspectiva xurídico-administrativa do estudo, que axuda a identificar os diversos retos que supón a implantación do teletraballo no sector público.

O primeiro dos capítulos está dedicado ao estudo da orixe e evolución do teletraballo desde a súa irrupción na década dos setenta nos Estados Unidos, da man de Jack NILLES. O autor describe como a historia moderna do teletraballo pode dividirse en tres etapas. Unha primeira, ata mediados da década dos oitenta, influída polos efectos da crise do petróleo, o desenvolvemento urbano estadounidense caracterizado pola dispersión urbana e afastado do concepto europeo da cidade compacta e a irrupción das novas tecnoloxías no interior das organizacións. Unha segunda, ata a década dos dous mil, caracterizada polo paulatino abaratamento da tecnoloxía e a súa progresiva integración dentro da vida cotiá das persoas. A última, ata os nosos días, singularizada pola aparición de Internet, a diminución do tamaño dos dispositivos tecnolóxicos ou a existencia de solucións na nube.

Máis alá de expor os retos concretos que o paso por cada unha destas fases supuxo, o autor formula cales foron as consecuencias no eido das administracións e os elementos que distinguen o teletraballo no sector público do da empresa privada. Se o teletraballo está en xeral relacionado coa aparición de crises e a necesidade de optimizar recursos, esta urxencia revélase aínda máis necesaria no ámbito da Administración, obrigada a seguir prestando servizos públicos en situacións especialmente difíciles como catástrofes naturais, ataques terroristas ou epidemias.

O segundo capítulo está consagrado á análise da evolución da Administración electrónica en España dentro do contexto da Unión Europea, con especial atención ao tratamento que os informes, comunicacións e plans lle deron ao teletraballo desde o informe Bangemann de 1994. Ao longo das súas primeiras páxinas, podemos comprobar como, ademais de ser obxecto dunha escasa atención, o teletraballo era visto con certa reticencia en Europa ao entenderse que podía supor un aliciente para a deslocalización laboral ou mesmo que cabía a posibilidade de que supuxese un obstáculo para conseguir a independencia económica e laboral da muller, na medida en que podía propiciar un xeito encuberto de volta ao fogar.

Repasando a evolución da Administración electrónica en España, atopámonos con que o teletraballo nunca foi –tampouco no ámbito estatal– obxecto de especial atención. Máis alá dalgunhas excepcións como o Programa STAR, o Plan Concilia ou a disposición adicional sexta da Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos, ao determinar que o Ministerio de Administracións Públicas, en colaboración cos Ministerios de Economía e Facenda, Industria, Turismo e Comercio, e Traballo e Asuntos Sociais, regularía antes do 1 de marzo de 2008 as condicións do teletraballo na Administración xeral do Estado, esta habilitación nunca atopou desenvolvemento.

A falta de atención que o teletraballo no sector público suscitou na Administración española –agás nalgunhas comunidades autónomas, cuestión á que o autor se dedica máis adiante– queda aínda máis en evidencia cando no terceiro dos capítulos se relata a súa evolución en distintos países da nosa contorna. A experiencia dos Estados Unidos (país no que o teletraballo atopou un desenvolvemento máis temperán e que conta coa regulación máis evolucionada na materia), deixa claro que as situacións de crise, como catástrofes naturais ou atentados terroristas, supoñen un forte revulsivo para o seu impulso. Respecto a Alemaña, atopámonos con que, igual que sucede no caso español, a regulación é escasa e está fundamentalmente vencellada a aspectos como a igualdade ou a conciliación. Francia, non obstante, conta cunha regulación estatal detallada desde o ano 2012, ampliada considerablemente desde 2016. Italia caracterízase por ser un país pioneiro –ao contar con regulación na materia desde o ano 1997– e incorporar na súa lexislación o concepto de *lavoro agile*, que supón unha ampliación do concepto inicial de teletraballo. En Portugal, a regulación nace en 2014, aínda que apenas supón a extensión do réxime do teletraballo no sector privado ao eido da Administración. Pola súa banda, o Reino Unido viu como a progresiva implementación do teletraballo no ámbito do sector privado se viu vinculada tradicionalmente a diferentes programas destinados á reforma e modernización da Administración pública –como o programa *Transforming the way we work, TW3*– identificándose na actualidade co *smart work*, que, como ocorre no caso italiano, supón un concepto de teletraballo máis completo que o que se podería vincular simplemente co traballo a distancia.

O seguinte capítulo está dedicado á regulación do teletraballo en España. Ao longo deste capítulo examínanse, partindo do Acordo Marco Europeo sobre teletraballo de 2002, tanto a regulación do teletraballo no sector privado –desde a incorporación da referencia a este no Estatuto dos traballadores ata a aprobación da Lei 10/2021, do 9 de xullo, de traballo a distancia– como a regulación do teletraballo no sector público, culminada a través do Real decreto-lei 29/2020, do 29 de setembro, de medidas urxentes en materia de teletraballo nas administracións públicas e de recursos humanos no Sistema Nacional de Saúde para facer fronte á crise sanitaria ocasionada pola COVID-19.

A segunda parte do capítulo dedica a RASTROLLO SUÁREZ a examinar as distintas lexislacións autonómicas que foron xurdindo en materia de teletraballo no sector público. Así, atopámonos con que, mentres nalgunhas comunidades que empezaron a regular a cuestión relativamente pronto (Balears e Estremadura en 2012, Castela e León en 2011 ou Castela-A Mancha en 2013) contan xa con dúas normas sobre a cuestión, outras –algunhas cunha cantidade de empregados públicos moi relevante, como Andalucía– carecían dunha lexislación integral na materia. A análise da lexislación autonómica destaca tanto aspectos positivos –entre os que se atoparía o programa de teletraballo propio da lexislación valenciana, que permite un deseño axeitado das políticas de teletraballo nos distintos departamentos a partir dos recursos e necesidades existentes– como negativos –entre os que sobresa a falta de visión do lexislador autonómico que en moitos casos se dá, obviando a necesidade

regap



RECENSIONES

de vincular o teletraballo á consecución de determinadas políticas públicas, como a loita contra a despoboación–.

O sexto capítulo está dedicado ao debate e a xurisprudencia acerca da cuestión. Nel faise un exhaustivo percorrido pola escasa xurisprudencia que, nos distintos niveis da planta xudicial, existe arredor do teletraballo. Para iso o autor céntrase en distintos tópicos. Ao abordar “o sentido do teletraballo no ámbito da Administración” o autor reflexiona sobre a ligazón entre este fenómeno e algúns conceptos clásicos (como a eficacia) ou máis modernos (como o talento) presentes na lexislación sobre emprego público. Ao abordar “A existencia de postos susceptibles de teletraballo e a necesidade de incorporar a referencia ao teletraballo ás relacións de postos de traballo”, o autor examina o necesario cambio que debe darse neste instrumento coa chegada da nova modalidade laboral. Nas “necesidades do servizo ou necesidades de organización administrativa”, RASTROLLO SUÁREZ aborda o exame deste concepto xurídico indeterminado –recuperado por moitas lexislacións autonómicas sobre a materia– como elemento diferenciador respecto á regulación deste no sector privado. Ao examinar a potestade de autoorganización, o autor reflexiona sobre o sentido e os límites desta no ámbito do teletraballo. Por último, examínanse as modulacións experimentadas, dentro deste particular contorno, nos ámbitos do control, a avaliación do desempeño e a formación ou os dereitos e deberes dos traballadores, para pasar, en última instancia, a analizar as singularidades dos órganos especificamente creados por distintas lexislacións autonómicas e dedicados ao teletraballo.

Finalmente, o autor culmina a monografía cunha serie de interesantes reflexións sobre os necesarios cambios organizativos que unha correcta regulación do teletraballo –que incuestionablemente veu para quedar– debe traer consigo no seo da Administración.

En primeiro lugar, advirte o autor sobre a necesidade de que o teletraballo conte cunha tripla dimensión como elemento dinamizador e modernizador da actividade administrativa, xerador de melloras no clima laboral e, por último, impulsor de externalidades positivas en relación con aspectos como a deslocalización de postos de traballo e o desenvolvemento equilibrado entre rexións, o aforro de enerxía, a mellora das condicións laborais das persoas con discapacidade, a repartición de tarefas domésticas entre o home e a muller ou a continuidade da relación laboral das persoas de idade.

Ademais, fai unha chamada a limitar a discrecionalidade, reivindicando a necesidade de concretar con rigor os postos susceptibles de seren teletraballados, demanda unhas relacións de postos de traballo dinámicas que delimiten con claridade esta posibilidade e recorda que o concepto “necesidades do servizo” exige a motivación suficiente da Administración á hora de establecer aqueles supostos en que o teletraballo non teña un carácter voluntario para os empregados públicos. Tamén destaca a modulación que tanto os dereitos e deberes dos empregados públicos (en aspectos como o control ou a privacidade) como a avaliación do desempeño (en relación coa necesidade de primar os resultados en lugar do presencialismo) deben ter no contorno do teletraballo. Por último, reclama a necesaria independencia dos órganos creados

especificamente para o proceso de implementación do teletraballo, como ferramenta clave para impulsar a profesionalización da función pública.

Como observación final desta recensión, debemos dicir que o importante estudo de RASTROLLO SUÁREZ sobre o teletraballo representa, sen lugar a dúbida, unha referencia ineludible para os expertos en dereito administrativo e laboral, así como para todas aquelas administracións públicas que teñan a necesidade de regular esta cuestión ou de mellorar as súas regulacións no futuro.

Regap



RECENSIONES





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 63\_xaneiro-xuño 2022 | pp. 147-150  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i63.4946>  
© Irene Ruiz Olmo

ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 07/06/2022 | Aceptado: 14/07/2022

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Los entes locales ante la transición y sostenibilidad energética: Nuevos desafíos jurídico-administrativos

63 Regap

Regap



RECENSIONES

IRENE RUIZ OLMO  
Profesora axudante doutora  
Universidade de Sevilla

<https://orcid.org/0000-0002-0240-8160>

[iruiz4@us.es](mailto:iruiz4@us.es)

GONZÁLEZ RÍOS, I.: *Los entes locales ante la transición y sostenibilidad energética: Nuevos desafíos jurídico-administrativos*, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, 424 pp. ISBN: 978-84-1390-270-8.

A obra obxecto de recensión ofrece unha completa visión do papel que están chamadas a desempeñar as entidades locais no proceso de sustentabilidade enerxética que desde hai máis dunha década emprende a Unión Europea. Correspóndelles un papel protagonista na estrutura organizativa do Estado, constituíndose como o punto directo de conexión entre o cidadán e a estrutura pública, para executar as actuacións e instrumentos propostos polo dereito derivado comunitario tendentes a contribuír na transición e sustentabilidade enerxética.

O libro estrutúrase en dez capítulos, sendo a sustentabilidade enerxética na súa vertente ambiental, social e económica o groso da obra. Este sector, xunto co da renovación da edificación por razóns de eficiencia enerxética, mobilidade sustentable, redes de calefacción e refrixeración urbanas ou contratación enerxética, son analizados desde un punto de vista xurídico e prestando especial atención a como se compatibilizan estas recentes actuacións propostas polo dereito derivado comunitario co desenvolvemento da descarbonización. Abórdanse temas de grande actualidade, como as técnicas de ordenación e control de que dispoñen os entes locais para intervir na planificación, a construción de infraestruturas enerxéticas, a construción de edificios novos, a reforma e rehabilitación da edificación por razóns de eficiencia enerxética, a contaminación lumínica e a adaptación da iluminación pública, o transporte sustentable e a mobilidade urbana, o vehículo eléctrico ou as comunidades locais de enerxía.

No primeiro capítulo, “Novos desafíos en sustentabilidade enerxética para os entes locais”, GONZÁLEZ RÍOS presta especial atención ao concepto de sustentabilidade en relación coa transición enerxética, para analizar cal é o papel que lles corresponde aos entes locais e constatar que a redución de emisións contaminantes a nivel europeo e internacional deben necesariamente coordinarse coa actuación a nivel local. No segundo capítulo da obra, “A intervención dos entes locais na planificación e construción sustentable de infraestruturas enerxéticas. Especial referencia a Andalucía”, a autora analiza os instrumentos que o marco normativo pon á disposición dos entes locais para contribuír a un uso menos contaminante, máis eficiente e limpo da enerxía. Neste sentido, a autora subliña que, coa apertura á competencia do sector enerxético en España, a maior parte da planificación enerxética ten carácter indicativo (a actividade de xeración, de distribución e comercialización). Na planificación enerxética de Andalucía, os entes locais tiveron ocasión de participar na súa formulación e, ao mesmo tempo, son destinatarios de importantes medidas para alcanzar os obxectivos rexionais na materia, que melloran os obxectivos nacionais, sendo especialmente relevante o papel que desempeñan respecto ás instalacións de autoconsumo eléctrico.

Segundo a Unión Europea, arredor do 40 % do consumo total de enerxía na UE e ata o 36 % das emisións de efecto invernadoiro do continente corresponden aos edificios. Co obxectivo de reducir o seu consumo enerxético, a Directiva de “eficiencia enerxética de edificios 2010/31/EC” sinalou a necesidade de apostar por edificios altamente eficientes ou de consumo enerxético case nulo, chamados NZEB (Nearly Zero Energy Buildings). Para conseguir edificios máis sustentables, respectuosos co medio ambiente e cun nivel de eficiencia enerxética moi alto, España aprobou un extenso marco normativo sobre edificación que dá cumprimento ás disposicións comunitarias.

O terceiro capítulo, titulado “Edificación enerxeticamente sustentable. O papel dos entes locais”, céntrase precisamente nos aspectos máis relevantes desta regulación da construción, reforma e xestión de edificios desde a perspectiva do uso eficiente da enerxía, prestando especial atención aos edificios públicos locais e aos mecanismos

de que dispoñen os entes locais respecto á edificación privada para contribuír á sustentabilidade enerxética.

En materia de patrimonio histórico, o marco normativo do solo, así como a lexislación urbanística, xunto coas referencias transversais na materia da normativa enerxética, constitúen os piares básicos para a súa conservación e mantemento, así como para a súa necesaria adaptación ás necesidades de confort térmico e de uso máis eficiente de enerxía. Agora ben, non é doado cumprir coas exixencias básicas de aforro de enerxía sen comprometer os valores arquitectónicos que se desexan conservar. Neste contexto, no capítulo cuarto “Intervención municipal no patrimonio histórico: conservación *versus* sustentabilidade enerxética”, a autora afonda no papel que representan as entidades locais na materia, así como nos desafíos que supón o cumprimento dalgunhas exixencias básicas de aforro de enerxía, mostrándose crítica ao entender que é necesario que a normativa sobre patrimonio histórico se coordine coas medidas relativas a edificación contidas na actual lexislación sobre descarbonización e transición enerxética.

Precisamente un ámbito no que os municipios poden incidir para mellorar a sustentabilidade enerxética é a iluminación pública no patrimonio histórico, polo que resulta especialmente relevante a análise da normativa sobre a contaminación lumínica ditada por algunhas comunidades autónomas, así como os preceptos contidos no Regulamento “de eficiencia enerxética en instalacións de iluminación exterior”.

Seguidamente, no capítulo quinto: “Sustentabilidade enerxética na iluminación exterior: instrumentos de intervención municipal”, séguese afondando na contaminación lumínica provocada pola iluminación exterior, e máis concretamente pola iluminación pública. Neste sentido, cobra especial relevancia a zonificación lumínica como instrumento de loita fronte á iluminación inadecuada ou excesiva, que, polo seu resplandor ou alcance, pode ter variados efectos negativos sobre o medio, ademais de implicar un uso irracional da enerxía. Non obstante, non se debe pasar por alto o custo económico que implica a substitución das actuais iluminacións públicas, altamente contaminantes, o que sen dúbida pode frear a acción municipal. Por este motivo, a xuízo da autora, a loita contra a contaminación lumínica e o fomento da eficiencia enerxética na iluminación exterior existente deben vir impostos pola lexislación básica estatal.

Desde o punto de vista da sustentabilidade ambiental, o transporte pode supor outro grave problema ambiental. Respetar os criterios de condicionalización ambiental dos transportes axuda a controlar o consumo irracional de enerxía e de combustibles fósiles. No capítulo VI, “Sustentabilidade enerxética a través do transporte e a mobilidade urbana”, GONZÁLEZ RÍOS aborda o estudo da normativa sobre o transporte e a mobilidade sustentable dos transportes terrestres no eido urbano desde dúas grandes perspectivas: a ordenación sustentable do transporte e a adaptación á normativa ambiental dos sistemas de mobilidade urbana, onde cobran especial relevancia o uso de biocombustibles e o vehículo eléctrico; e todo iso facendo especial fincapé na incidencia que ten a intervención municipal na materia.

regap



RECENSIONES

A contratación pública enerxeticamente sustentable permite ás administracións, no desenvolvemento da súa actividade, fomentar e contribuír aos obxectivos de sustentabilidade ambiental. No capítulo VII, “Outros instrumentos locais para a sustentabilidade enerxética (contratación local enerxeticamente sustentable e comunidades locais de enerxía)”, a autora examina as innovacións lexislativas máis destacadas na materia, co obxectivo de evidenciar a súa influencia no cumprimento dos obxectivos de sustentabilidade enerxética.

GONZÁLEZ RÍOS, no capítulo VIII, titulado “Réxime sancionador en materia de sustentabilidade enerxética: a reducida intervención da administración local”, analiza o procedemento sancionador establecido para garantir a sustentabilidade enerxética, así como o réxime de financiamento e axudas para alcanzala. Ao seu xuízo, a pesar de que a intervención local resulta cada vez máis necesaria para garantir a tan desexada transición enerxética, cómpre corrixir algunhas deficiencias relativas sobre todo á escasa participación das entidades locais en todos aqueles ámbitos chamados a garantila.

Non cabe dúbida de que o cumprimento das obrigas recollidas na normativa da Unión Europea sobre eficiencia enerxética exige ineludiblemente un correcto sistema de financiamento. No contexto da pandemia da COVID-19, cobra especial relevancia a resposta económica dada por parte da Unión Europea a través dos fondos comunitarios. O capítulo “Medidas de fomento para a sustentabilidade enerxética: a súa incidencia nos entes locais” evidencia a súa influencia no cumprimento dos obxectivos sobre sustentabilidade enerxética e analiza os fondos e programas existentes. A obra finaliza cun último capítulo de “Reflexións e propostas finais”.

En definitiva, as reflexións xurídicas recollidas nesta obra permiten ofrecer unha visión do estado da cuestión do papel dos entes locais na sustentabilidade enerxética; sen dúbida, un tema transversal de grande importancia á vez que problemático e que en todo caso evidencia que a súa actuación se debe enmarcar en fórmulas de colaboración e cooperación interadministrativas e de colaboración público-privadas, tal como subliña a autora. Algúns dos ámbitos nos que incide a intervención das entidades locais para contribuír á sustentabilidade enerxética foron analizados en profundidade, prestando especial atención sobre todo a aqueles que máis poden contribuír á descarbonización da economía. Como consecuencia, esta obra constitúe un referente na actualidade xurídica da materia, de lectura imprescindible para funcionarios públicos, profesionais interesados no sector, e estudosos do dereito administrativo, xa que proporciona todas as ferramentas teóricas para unha análise rigorosa da materia.

# 63 Regap

Revista Galega de Administración Pública

ISSN-L: 1132-8371

Núm. 63, enero-junio 2022 \ Number 63, January-June 2022

## Sumario/Summary

### 1 ESTUDIOS / STUDIES

**Luis Jimena Quesada**

Democracia de calidad y exigencias de buen gobierno tras la crisis  
pandémica ..... 155  
*Quality democracy and demands for good government in the aftermath of  
the pandemic crisis*

**María Olaya Godoy Vázquez**

Impacto del COVID-19 en la transparencia ..... 183  
*Impact of COVID-19 on transparency*

**Sara García García**

La protección cuantitativa del agua: un breve repaso a lo más esencial  
ante el reto de la escasez y la sequía en España ..... 209  
*Quantitative water protection: a brief overview of the essentials in the face  
of the challenge of scarcity and drought in Spain*

### 2 COMENTARIOS Y CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

**Víctor José Barbeito Pose y Julián Bustelo Abuín**

Algunas consideraciones sobre el tratamiento jurídico del patrimonio  
arqueológico en la Ley 5/2016, del patrimonio cultural de Galicia ..... 233  
*Some considerations on the legal treatment of archaeological heritage in  
Law 5/2016, on the cultural heritage of Galicia*

**Francisco de Cominges Cáceres**

Jurisprudencia contencioso-administrativa ..... 253  
*Contentious-administrative jurisprudence*

### 3 RECENSIONES / *REVIEWS*

<b>María Dolores Fernández Uceda</b> Todo sobre el contrato menor .....	283
<b>Antonio Villanueva Cuevas</b> Los contratos administrativos y su aplicación: Obras, suministros, servicios y concesiones de obra y servicios .....	287
<b>Agustín Enrique Ferraro Cibelli</b> Crisis, reacción y evolución: el teletrabajo en el sector público .....	291
<b>Irene Ruiz Olmo</b> Los entes locales ante la transición y sostenibilidad energética: Nuevos desafíos jurídico-administrativos .....	297
Proceso de selección e evaluación dos orixinais Normas de publicación .....	303
Proceso de selección y evaluación de los originales Normas de publicación .....	307
Selection and evaluation process of originals Publication requirements .....	311

# Regap

Estudios

1





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 63\_enero-junio 2022 | pp. 155-182  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i63.4940>  
© Luis Jimena Quesada  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 30/05/2022 | Aceptado: 14/07/2022  
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Democracia de calidade e  
exixencias de bo goberno  
tras a crise pandémica

## Democracia de calidad y exigencias de buen gobierno tras la crisis pandémica

63 Regap

Quality democracy and demands  
for good government in the  
aftermath of the pandemic crisis

Regap



ESTUDIOS

LUIS JIMENA QUESADA  
Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Valencia

<https://orcid.org/0000-0003-4041-0576>

[luis.jimena@uv.es](mailto:luis.jimena@uv.es)

**Resumo:** Este artigo analiza a noción de democracia de calidade en conxunción coas exixencias de bo goberno no contexto da pandemia de COVID-19. En efecto, desde unha perspectiva de constitucionalismo multinivel, sométense a escrutinio diversos perfís do *bo goberno* (incluídas *boa gobernanza* e *boa gobernabilidade*) no escenario da era tecnolóxica. As conclusións son críticas en canto á inflación de novas nocións e lexislacións (especialmente nas comunidades autónomas españolas) relacionadas coa transparencia, o bo goberno e a participación cidadá, pois ponse de manifesto que as novidades terminolóxicas e normativas non deben ser meramente cosméticas, senón auténticos indicadores dunha democracia de calidade.

**Palabras clave:** Calidade democrática, goberno aberto, era tecnolóxica, técnica lexislativa, participación cidadá, COVID-19.

**Resumen:** El presente artículo analiza la noción de democracia de calidad en conjunción con las exigencias de buen gobierno en el contexto de la pandemia de COVID-19. En efecto, desde una perspectiva de constitucionalismo multinivel, se someten a escrutinio diversos perfiles del *buen gobierno* (incluidas

*buena gobernanza y buena gobernabilidad*) en el escenario de la era tecnológica. Las conclusiones son críticas en cuanto a la inflación de nuevas nociones y legislaciones (especialmente en las comunidades autónomas españolas) relacionadas con la transparencia, el buen gobierno y la participación ciudadana, pues se pone de manifiesto que las novedades terminológicas y normativas no deben ser meramente cosméticas, sino auténticos indicadores de una democracia de calidad.

**Palabras clave:** Calidad democrática, gobierno abierto, era tecnológica, técnica legislativa, participación ciudadana, COVID-19.

**Abstract:** This essay analyses the notion of quality democracy in conjunction with the demands of good government in the context of the COVID-19 pandemic. Indeed, from a multilevel constitutionalism perspective, various profiles of *good government* (*good governance* and *good governability* as well) in the technological age are scrutinised. The conclusions are critical in terms of the inflation of new notions and legislation (especially in the Spanish autonomous communities) related to transparency, good government and citizen participation, as it becomes clear that new terminological and regulatory developments should not be merely cosmetic, but rather authentic indicators of a quality democracy.

**Key words:** Democratic quality, open government, technological era, legislative technique, citizen participation, COVID-19.

**SUMARIO:** 1 Consideraciones preliminares sobre las nociones de democracia de calidad y buen gobierno. 1.1 Democracia de calidad y de cantidad. 1.2 Delimitación del Gobierno como parte del sistema de órganos y constitucionalismo multinivel. 2 Calidad democrática de la acción del buen gobierno "orgánico". 2.1 La acción ética y regeneradora como consustancial al *buen gobierno*. 2.2 La acción eficiente y eficaz como exponente de *buena gobernanza*. 2.3 La acción abierta y transparente como elemento de *buena gobernabilidad*. 3 Calidad democrática de la proyección del buen gobierno "dogmático". 3.1 El buen gobierno como instrumento de confianza legítima. 3.2 El buen gobierno como vector de participación ciudadana. 4 Reflexiones finales sobre bondades y novedades de la democracia de calidad y del buen gobierno tras la crisis pandémica.

# 1 Consideraciones preliminares sobre las nociones de democracia de calidad y buen gobierno

## 1.1 Democracia de calidad y de cantidad

De entrada, conviene aclarar que, obviamente, no constituye el objeto del presente trabajo teorizar sobre la democracia. Ni se trata ahora de poner en entredicho si, parafraseando a Churchill, la democracia es la menos mala o imperfecta de las formas de gobierno<sup>1</sup>. La discusión terminológica ha sido una constante en la historia de las ideas políticas (con uso "alternativo" del término, incluso, en la sospechosa denominación oficial de algunos países no precisamente democráticos), entre democracia liberal y verdadera, democracia formal y real, democracia política y social (a cuenta del mayor o menor énfasis y tensión entre la libertad y la igualdad, y la confluencia evolutiva de valores y derechos en torno a la solidaridad<sup>2</sup>), directa y representativa, o

<sup>1</sup> Una interesante aproximación evolutiva a la vieja pregunta sobre la mejor forma de gobierno, la democracia, en COTARELO GARCÍA, R., "La universalización de la democracia", *Sistema*, n. 4, 1991, pp. 9-10.

<sup>2</sup> JIMENA QUESADA, L., "El tríptico liberal en el constitucionalista social", *Revista General de Derecho Público Comparado* (Monográfico sobre *Liberté, Égalité, Fraternité*), n. 20, 2017, pp. 1-33.

democracia procedimental y sustantiva (con mayor acento en el derecho de sufragio y la puntual participación electoral o, asimismo, haciendo hincapié en el ejercicio cotidiano de todos los demás derechos como contrapunto al relativismo kelseniano)<sup>3</sup>.

En todo caso, ese elenco variopinto de tipos y definiciones de democracia pone de manifiesto la dificultad para hallar un consenso en torno a su concepción y, consiguientemente, para aprehender sus atributos cualitativos y cuantitativos. Tal vez porque, como perspicazmente se ha argüido, “parte del talante democrático reside en admitir la pluralidad de definiciones de la democracia e incluso la posibilidad de que sea imposible ponerse de acuerdo a la hora de especificar una en concreto. Hasta puede afirmarse que la democracia empieza allí donde compiten pacíficamente distintas ideas de la democracia”<sup>4</sup>, por lo que seguramente lo más realista sea consensuar unos parámetros mínimos e irrefutables sobre la noción y caracterización de la democracia<sup>5</sup>.

Es más, algunas definiciones clásicas y famosas, a la postre plasmadas en textos constitucionales vigentes, no han resistido a la crítica. Así sucedió con la pronunciada por Abraham Lincoln en la inauguración del cementerio nacional de Gettysburg el 19 de noviembre de 1863 cuando al aproximarse a la democracia señaló que “el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo no desaparecerá de la tierra” (“*the government of the people, by the people, and for the people shall not perish from the earth*”). Como es sabido, la UNESCO abordó en 1949 un análisis crítico de esta fórmula, concluyéndose que el inciso “por el pueblo” se aproximaba más al espíritu esencialmente democrático, mientras que “del pueblo” y “para el pueblo” suscitaban ciertas reservas, dado que en nombre del pueblo y para su teórico beneficio se han pretendido justificar intervenciones supuestamente *sociales* que realmente escondían prácticas antidemocráticas<sup>6</sup>.

Sea como fuere, el debate sobre la consciente y provocada confusión terminológica, o quizá por el peso de la inercia histórica<sup>7</sup>, pervive en la actualidad, tanto en clave de calidad como de cantidad democráticas. El caso es que resulta verdaderamente complejo verificar cuándo contamos con una democracia de calidad, tanto por los parámetros de medición utilizados (método multidimensional, clasificación de las Constituciones de Loewenstein, decisiones mediante referéndum y decisiones de representantes más inclusivas, toma en consideración de los objetivos de desarrollo sostenible teniendo en cuenta el imperativo de universalizar la democracia, etc.),

<sup>3</sup> Véase DE MIGUEL BÁRCENA, J. y TAJADURA TEJADA, J., *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, 3ª ed., Ed. Guillermo Escolar, Madrid, 2022, p. 177.

<sup>4</sup> COTARELO GARCÍA, R., “La universalización de la democracia”, cit., p. 10.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 11: “Entiendo por democracia aquella forma de organizar el Estado de Derecho en el cual *las decisiones se adoptan por mayoría con el debido respeto a los derechos de las minorías*, siendo el primero de éstos la posibilidad de convertirse en mayorías en un proceso electoral periódico, libre e igual. Dentro de la definición se encuentran algunas determinaciones que son condiciones imprescindibles de aquélla: el imperio de la ley, los derechos fundamentales de la persona, y la limitación del poder o andamiaje de frenos y contrapesos”.

<sup>6</sup> JIMENA QUESADA, L., *La Europa social y democrática de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 140.

<sup>7</sup> SARTORI, G., *Teoría de la democracia. Tomo II: Los problemas clásicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pp. 357-358. Como es conocido, la Constitución francesa vigente de 1958 se hace eco de la famosa definición de Lincoln, en el párrafo quinto de su artículo 1.º: “Su principio –de la República francesa– es: gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo” (“*Son principe est: gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple*”).

como por la misma credibilidad y fiabilidad de los “medidores” más reputados de la democracia (por ejemplo, el Índice de *Democracia* según la clasificación de la Unidad de Inteligencia de la revista *The Economist*).

En este sentido, para la teoría de la calidad de la democracia, el derecho al voto es apenas el punto inicial. La construcción de un régimen democrático no concluye en la urna; no obstante, es un salvoconducto fundamental para transportarse hacia un sistema efectivamente democrático y es pieza básica para armar el rompecabezas de un régimen que se precie de serlo. Al respecto, se han apuntado cinco interesantes aspectos para verificar el desempeño efectivo de las democracias, entre ellos: respeto al Estado de derecho; transparencia (gobierno abierto e información pública) y rendición de cuentas; capacidad de respuesta de los representantes legítimos para satisfacer las demandas ciudadanas; resolución de problemas de desigualdad y de justicia; profundización y creación de nuevos derechos<sup>8</sup>.

Al hilo de esto último, la calidad y cantidad de la democracia se pondera desde la perspectiva de la más reciente noción de democracia participativa, esto es, de las nuevas formas de democracia directa tendentes a incentivar la participación ciudadana. Esto comporta que la ciudadanía asuma un rol más protagónico, activo, directo y propositivo (mediante consultas populares – “presupuestos participativos” –, revocatoria del mandato, mayor implicación de las organizaciones de la sociedad civil –ONG–, asambleas ciudadanas, etc.).

Ahora bien, es difícil sopesar el impacto de la puesta en marcha de esos institutos de participación ciudadana, pues el hecho de organizar o celebrar un mayor número en términos cuantitativos no asegura necesariamente (dependerá del peso e influjo de gobiernos más o menos populistas al alentar el uso y/o abuso de dichos instrumentos) una ecuación en términos de calidad democrática. Como se verá en los apartados siguientes, las nociones involucradas en la calidad de la democracia no dejan de multiplicarse, al tiempo que se amplía la legislación en la materia (además de la europea, la estatal y, sobre todo, la autonómica), de tal suerte que, en ocasiones, se suceden normas que generan mayor inseguridad jurídica y, por ende, menos confianza legítima en la ciudadanía con respecto a una acción de supuesto buen gobierno que, en verdad, parece reflejar más preocupaciones estéticas (sin que, paradójicamente, satisfagan mínimamente el arte de legislar) que éticas.

## 1.2 Delimitación del Gobierno como parte del sistema de órganos y constitucionalismo multinivel

Expuesto lo anterior, conviene aclarar que la noción de buen gobierno se va a reconducir en el presente trabajo no a todas las ramas del poder público o a las diversas autoridades públicas (al conjunto del sistema de gobierno), sino más estrictamente al gobierno o poder ejecutivo. En este sentido, para los gobiernos estatales y regionales (en el caso de España, autonómicos), aludiremos tanto a quienes ostenten la

---

<sup>8</sup> MORLINO, L., *La calidad de las democracias en América Latina*, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), San José de Costa Rica, 2014, p. 26.

titularidad de ministerios y equivalentes autonómicos (consejería) como a altos cargos y los puestos directivos asimilados del sector público que llevan a cabo las tareas de diseño, dirección, estrategia y puesta en práctica de su acción política.

Tal enfoque subjetivo propicia asimismo una delimitación inicial en clave objetiva, puesto que el “buen gobierno” se proyectaría sobre esas tareas de dimensión política, discerniéndolas de las actividades de índole administrativa y de precisa ejecución material que lleva a cabo el funcionariado en perspectiva de “buena administración”<sup>9</sup>. En otras palabras, nuestro abordaje comporta distinguir entre quienes deben desarrollar un buen gobierno en el ejercicio de sus cargos públicos (libre designación) y quienes se ven compelidos a realizar una actividad de buena administración en el ejercicio de sus funciones públicas (concurso-oposición).

En efecto, no perseguimos ahora teorizar sobre una acepción más o menos restringida de gobierno, sino abarcar a todos los integrantes (miembros del Ejecutivo –presidente, vicepresidente(s) y ministros–, así como altos cargos y asimilados)<sup>10</sup>, con una concepción amplia de “cargo público”<sup>11</sup>, lo cual favorece el engarce y la re-actualización entre buen gobierno y buena administración<sup>12</sup>.

Cabalmente, podría observarse que ese ensanchamiento de las personas sometidas a los principios de buen gobierno (altos cargos y puestos directivos) persigue una mayor operatividad del control sobre el buen hacer y el rendimiento institucional de los ejecutivos en su dimensión política, para que vaya a la par de una buena administración (derivada de la acción del funcionariado) en su dimensión profesional; de este modo, se producirá una óptima combinación de la legitimidad democrática aportada por el político y de la legitimidad técnica aportada por el funcionario<sup>13</sup>.

A este respecto, la ventaja de la ampliación de los sujetos afectados por el buen gobierno reside en extender su régimen a los puestos directivos asimilados *políticamente* a los altos cargos, para que ese “tercer género”, conocido como “politécnico”

<sup>9</sup> El preámbulo de la actual ley estatal española, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, aclara en tal sentido: “La Constitución recoge en su título IV, bajo la rúbrica «Del Gobierno y la Administración», los rasgos propios que diferencian al Gobierno de la Nación de la Administración, definiendo al primero como un órgano eminentemente político al que se reserva la función de gobernar, el ejercicio de la potestad reglamentaria y la dirección de la Administración y estableciendo la subordinación de ésta a la dirección de aquel”.

<sup>10</sup> Véase art. 25 (ámbito de aplicación) de la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

<sup>11</sup> En tal dirección, en el ámbito regional español, el preámbulo de la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura apuesta por una “ampliación del concepto de «cargo público» [que] tiene su fundamento externo en la necesidad de que las medidas de buen gobierno afecten a todas aquellas personas de libre elección y designación política o profesional que desempeñan funciones vinculadas a la toma de decisiones en la acción de gobierno”.

<sup>12</sup> En la legislación autonómica comparada española cabe encontrar preceptos equiparables al art. 25 de la Ley estatal 19/2013, tanto precedentes como posteriores: entre ellos, el art. 14 (combinado con el art. 1) de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega; el art. 6 (conjuntamente con el art. 1) de la previa Ley de Cantabria 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos; el art. 1 de la Ley foral de Navarra 2/2011, de 17 de marzo, que establece un código de buen gobierno; el art. 30 de la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears; el art. 30 (en combinación con el art. 2) de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura; el art. 21 (en conjunción con el art. 2) de la Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de transparencia y buen gobierno de La Rioja; o el art. 54 (en conexión con el art. 3.1) de la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

<sup>13</sup> RAMIÓ, C., *La extraña pareja. La procelosa relación entre políticos y funcionarios*, 2.ª ed., Catarata, Madrid, 2015, p. 75.

(que de alguna forma aglutinaría las dos legitimidades, democrática y técnica)<sup>14</sup>, no quede exento de control democrático en su acción. En síntesis, puede sostenerse que el sometimiento de los altos cargos y de la tecnoburocracia que ejecutan la acción política acarrea una reducción del potencial déficit democrático o, en clave positiva, comporta una optimización de la calidad democrática.

Con dichos parámetros, el análisis tendrá como foco de interés el escenario español (en sus diversas manifestaciones territoriales). No obstante, no cabrá descuidar la vertiente transnacional europea de la calidad democrática (pues la adhesión a los valores democráticos constituye *conditio sine qua non* de integración europea<sup>15</sup> o interamericana<sup>16</sup>), tanto por la imparable corriente de constitucionalismo multinivel como por el creciente movimiento de internacionalización del derecho constitucional y correlativa constitucionalización del derecho internacional.

Efectivamente, la crisis económica y financiera mundial de los últimos años (agudizada por la actual crisis provocada por la pandemia de COVID-19) ha hecho aflorar no solo una globalización de tipo prevalentemente mercantilista, sino, igualmente, una mayor atención a la mundialización del derecho constitucional<sup>17</sup>. Por desgracia, hemos comprobado que las medidas económicas (y, con el coronavirus, otras de anormalidad o excepcionalidad constitucional) adolecen de un gran déficit de legitimación popular; en puridad, reflejan una crisis no únicamente de corte económico-financiero, sino igualmente sanitaria y de valores, reveladora de una crisis de legitimidad del propio sistema democrático. En la superación de semejante déficit democrático, dicho sea de paso, radica el verdadero desafío del constitucionalismo como teoría jurídica de los límites del poder<sup>18</sup>.

En cualquier caso, esas crisis recientes y presentes deben generar una más fuerte concienciación ciudadana nacional y una mayor sensibilidad en la opinión pública internacional para acentuar los hasta ahora laxos controles frente a las maniobras que corrompen el buen gobierno, lastran la buena gobernanza y condescienden con la mala gobernabilidad. Todo lo cual nos dará pie para concluir una configuración

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 83-84: "existe un tercer actor, además de los políticos y de los altos funcionarios. Es el politécnico conocido como el 'tercer género'. El politécnico es el que aglutina las dos legitimidades, ya que ocupa un puesto directivo tanto por sus competencias y conocimientos profesionales como por la confianza política y personal del político que lo selecciona y lo ubica en un puesto directivo. El caso más claro de politécnicos son los gerentes, vicegerentes o similares de la Administración local. Pueden ser funcionarios del propio ayuntamiento, de otro ayuntamiento o Administración o incluso proceder de una empresa privada".

<sup>15</sup> *Vid.* BAR CENDÓN, A., "La Unión Europea como unión de valores y derechos: teoría y realidad", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 33, 2014, pp. 99-140.

<sup>16</sup> *Vid.* la *Carta Democrática Interamericana* adoptada por la Asamblea General de la OEA en 2001.

<sup>17</sup> DE VEGA GARCÍA, P., "Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", *Revista de Estudios Políticos*, n. 100, 1998, pp. 13-56. Siguiendo la estela del maestro De Vega, se ha alertado sobre la necesidad de que la lógica de la globalización (y de la denominada "aldea global") no acabe destruyendo los principios conformadores del constitucionalismo (entre ellos, la división de poderes, la garantía de los derechos, el principio de supremacía constitucional, el principio democrático –para que no sea remplazado por el tecnocrático–, o la rigidez y estabilidad constitucionales –para que no se subvertan por una falaz "Constitución abierta"–): RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado Constitucional democrático y social*, UNAM, Ciudad de México, 2005, p. 202.

<sup>18</sup> PACE, A., *I limiti del potere*, Jovene Editore, Napoli, 2008, pp. 18-19.

de la calidad democrática y del buen gobierno en su esencia, apariencia y proyección en el mundo actual.

## 2 Calidad democrática de la acción del buen gobierno “orgánico”

### 2.1 La acción ética y regeneradora como consustancial al buen gobierno

El primer perfil evolutivo del buen gobierno viene dado por los dictados de la ética y la regeneración democrática<sup>19</sup>, que cuenta con impactantes ilustraciones actuales, más o menos controvertidas, de procedimientos jurídico-constitucionales de exigencia de responsabilidad política (con implicaciones penales): recuérdese el proceso de destitución por corrupción de la entonces presidenta brasileña (Dilma Rousseff) activado durante el primer semestre de 2016, o el argumento “anticorrupción” esgrimido por los proponentes de la moción de censura frente al presidente del gobierno español a la sazón (Mariano Rajoy) en mayo-junio de 2018. La sombra de la corrupción estuvo asimismo presente en la formulación en el Parlamento Europeo de una moción de censura contra la Comisión Europea (liderada en aquel momento por Jacques Santer) en enero de 1999<sup>20</sup>.

La corrupción, al alterar el modo democrático de funcionamiento de la sociedad y privar a los Estados de los recursos necesarios para llevar a cabo sus tareas esenciales en materia de producción de servicios básicos y estabilidad institucional, se encuentra en el origen directo o indirecto de la mayor parte de las violaciones de derechos humanos. Por tal motivo, resulta necesario a escala nacional e internacional fortalecer los mecanismos de promoción de la regeneración democrática y la lucha contra la corrupción, de carácter jurisdiccional y no jurisdiccional, vinculantes y no (buenas prácticas), así como la implicación de las autoridades públicas y de los operadores

regap



ESTUDIOS

<sup>19</sup> Una referencia clásica es la obra de RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Principios de ética pública. ¿Corrupción o servicio?*, Montecorvo, Madrid, 1993.

<sup>20</sup> En la Eurocámara también se debatió acerca de la investigación de las corruptelas en el seno de la FIFA (Federación Internacional de Football Association) a la hora de atribuir la organización de mundiales de fútbol (incluso en el curso de sesiones plenarias, por ejemplo, en junio de 2015, en relación con prácticas sospechosas en la organización de los Juegos Europeos de Bakú –celebrados en junio de 2015– en conexión con la situación de los derechos humanos en Azerbaiyán). Por otra parte, resulta interesante la Decisión de inadmisibilidad del TEDH de 11 de febrero de 2020 en el caso *Platini c. Suiza* (demanda n. 526/18, ECLI:CE:ECHR:2020:0211DEC000052618), en donde el gran exjugador francés de fútbol, a la sazón presidente de la UEFA y vicepresidente de la FIFA, había sido objeto de una fuerte sanción disciplinaria (económica y de prohibición durante cuatro años para ejercer una actividad profesional vinculada al fútbol) por las instancias de la FIFA (sanción confirmada en gran medida por el Tribunal Arbitral del Deporte) por haber percibido un salario desorbitante a través de un contrato oral suscrito con el anterior presidente de la FIFA; el TEDH basó la inadmisión en la falta de agotamiento de los recursos internos (con respecto al art. 6 CEDH), en no entrar la sanción impuesta en el ámbito penal (a la luz del art. 7 CEDH) y en estar manifiestamente infundada (en cuanto a la reputación y vida privada bajo el ángulo del art. 8 CEDH).

del sector privado<sup>21</sup>, de los medios de comunicación y del conjunto de la sociedad civil a través de una buena educación para la ciudadanía y los derechos humanos<sup>22</sup>.

De todos modos, la preocupación por asentar el buen gobierno y atajar la corrupción no es ajena a las inquietudes del constitucionalismo contemporáneo, ya desde sus orígenes. Lo ejemplifica la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que ya en su preámbulo afirmaba que “la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos”. El preámbulo de la paralela y correlativa Declaración francesa de derechos de la mujer y de la ciudadana de 1791 promovida por Olympe de Gouges sostenía lo mismo por referencia a “los derechos de la mujer”. De igual modo, el coincidente artículo 15 de ambas declaraciones propugnaba que “la sociedad”/“la masa de mujeres” tiene el derecho de “pedir cuentas de su administración a todo funcionario público”.

Naturalmente, la falta de transparencia y la existencia de corrupción comportan un déficit de democracia y una violación de derechos humanos y, por tanto, una imperfección del Estado social y democrático de derecho<sup>23</sup>. Así las cosas, como quiera que dicho Estado, y la integralidad de sus tres calificativos, se ha convertido en una exigencia axiológica de orden internacional, debe destacarse la relevancia de la asunción de estándares y compromisos internacionales (universales y regionales) de transparencia y anticorrupción por la vía aplicativa (arts. 93 a 96 de la Constitución española, CE) e interpretativa (art. 10.2 CE) impuesta por los mandatos constitucionales.

En el terreno universal, la Convención internacional contra la corrupción, adoptada el 31 de octubre de 2003<sup>24</sup>, subraya en su preámbulo que la globalización de la corrupción discurre paralela al fenómeno de la globalización económica, afirmándose que “la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella”, enfatizándose que “el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley”, lo que trasciende las fronteras estatales.

Por ello, se incide en que la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que “estos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones

---

<sup>21</sup> De hecho, en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo se ha utilizado la noción de “buen gobierno” del sector bancario para aludir a la garantía de la estabilidad del sistema financiero: como ilustración, la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 (asunto C-686/18, *Adusbef y otros*, ECLI:EU:C:2020:567), apdo. 91.

<sup>22</sup> Con tal espíritu, por ejemplo, la *Carta sobre la educación para la ciudadanía democrática y la educación en derechos humanos*, Recomendación CM/Rec(2010)7 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de mayo de 2010.

<sup>23</sup> CABANAS VEIGA, M., “La raíz de la corrupción política en España”, *Política Hoy*, n. 1, 2020, p. 75: la corrupción provoca “que el Estado pierda su esencia democrática”.

<sup>24</sup> La Asamblea General de la ONU, con motivo de su adopción el 31 de octubre de 2003, declaró como Día Internacional contra la Corrupción el 9 de diciembre (no por casualidad como víspera al Día Internacional de los Derechos Humanos), con objeto de aumentar la sensibilización respecto de semejante lacra para el conjunto de la sociedad.

de base comunitaria, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces”. Sobre esta cuestión, en los últimos años, al margen de los mecanismos públicos de exigencia de responsabilidad, se viene introduciendo un concepto de *accountability* social que apuesta por las iniciativas de los movimientos sociales y de los medios de comunicación frente a las prácticas corruptas<sup>25</sup>.

En este punto, el artículo 7 se refiere tanto a funcionarios como a cargos públicos, efectuando un llamamiento a los Estados partes para que adopten medidas legislativas y administrativas apropiadas “a fin de establecer criterios para la candidatura y elección a cargos públicos”, agregándose la pertinencia de “adoptar sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses”. En ello incidió, a finales de 2015, uno de los informes sobre España, el elaborado por la ONG Transparencia Internacional (TI), proponiendo un conjunto de sesenta propuestas de *Medidas de transparencia y prevención de la corrupción en subvenciones, licitaciones y contratos públicos*, por considerar insuficiente el marco establecido mediante la Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; entre esas medidas, resulta de interés la idea de proteger al informante, delator o “soplón” de casos de corrupción (*whistleblower*) como estrategia de prevención, en lugar de resignarse con investigados o condenados arrepentidos que, por despecho, solo “tiran de la manta” *a posteriori*.

Por lo demás, el preámbulo de la Convención de la ONU de 2003 acomete la lucha multinivel contra la corrupción, apelando a las sinergias con los sistemas regionales de protección de los derechos humanos<sup>26</sup>. Más precisamente, en el Consejo de Europa, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ofrece pronunciamientos relativos a justiciables que han sido víctimas de un sistema judicial corrupto (verbigracia, Sentencia del TEDH *Ramanauskas c. Lituania*, de 5 de febrero de 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0205JUD007442001 –violación del artículo 6 CEDH–) o que han perseguido hacer valer la tutela judicial efectiva frente a posibles espacios de inmunidad de la clase política (Sentencia del TEDH *Cordova c. Italia n. 2*, de 30 de enero de 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0130JUD004564999). En todo caso, al margen de otros tratados o de instrumentos no vinculantes<sup>27</sup>, vale la pena mencionar mecanismos de monitoreo dirigidos directa o indirectamente a combatir la corrupción:

<sup>25</sup> Entre otros, PERUZZOTTI, E. y SMULOVITZ, C., “Accountability Social: la otra cara del control”, Peruzzotti, E. y Smulovitz, C. (eds.), *Controlando la política: ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas*, Temas, Buenos Aires, 2002, así como RAJAGOPAL, B., “International Law and Social Movements: Challenges of Theorizing Resistance”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41, n. 2, 2003, pp. 397-434.

<sup>26</sup> Particularmente, se expresa “reconocimiento” por “los instrumentos multilaterales encaminados a prevenir y combatir la corrupción, incluidos, entre otros, la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 26 de mayo de 1997, el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos el 21 de noviembre de 1997, el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999, el Convenio de derecho civil sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1999, y la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 12 de julio de 2003”.

<sup>27</sup> En el Consejo de Europa, además de algunos convenios (entre ellos, los mencionados en el preámbulo de la Convención de la ONU de 2003, *supra*), se han adoptado normas de *soft-law* en la materia (como la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre reglas comunes contra la corrupción relativa a financiación de partidos políticos y campañas

concretamente, el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), el Comité de expertos para la evaluación de medidas contra el blanqueo de dinero y financiación del terrorismo (MONEYVAL), la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (conocida como “Comisión de Venecia”), el Comisario de Derechos Humanos o la propia Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa<sup>28</sup>.

En el seno de la Unión Europea (UE), tanto el derecho primario como el derecho derivado se han ocupado de esa regeneración democrática<sup>29</sup>. Por su lado, en la jurisprudencia comunitaria se han resuelto supuestos en los que se pretendía evitar la interferencia de prácticas mafiosas en la atribución de contratos públicos: así, la Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, *Edilux* (asunto C-425/14)<sup>30</sup>. Además, el Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado sobre asuntos relacionados con la acción de la justicia penal contra la corrupción, incluso con manifestaciones transnacionales que trascienden las fronteras comunes europeas<sup>31</sup>: verbigracia, la Sentencia del TJUE de 5 de marzo de 2015 (*Ahmed Abdelaziz Ezz*, asunto C-220/14 P)<sup>32</sup>. Por otra parte, es menester mencionar que el Parlamento Europeo ha modificado en los últimos años su normativa interna para establecer procedimientos más rigurosos de control en materia de desplazamientos o de dietas de los eurodiputados, mientras que *ad extra* no ha rehuido debates plenarios como el ya mencionado sobre las sospechas de irregularidades en la organización de eventos deportivos europeos; ello sin olvidar el papel de la propia Comisión Europea en su cometido de “guardiana de los Tratados”<sup>33</sup> o la más específica Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)<sup>34</sup>.

---

electorales de 8 de abril de 2003, o la previa Recomendación del mismo órgano político del Consejo de Europa sobre códigos de conducta para los funcionarios públicos de 11 de mayo de 2000).

<sup>28</sup> Esta lanzó en abril de 2014 una plataforma contra la corrupción para crear en Estrasburgo un nuevo espacio de diálogo frente a esa amenaza de los valores europeos promoviendo transparencia y honestidad en la vida pública (a modo de *guardianes* en sus respectivos parlamentos nacionales) y velando por las recomendaciones del GRECO.

<sup>29</sup> En el caso del derecho primario, el art. 83 TFUE. En desarrollo de esa base habilitante, el derecho secundario ha producido normas como la Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales; la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, y el Convenio de 26 de mayo de 1997 establecido sobre la base del apartado 2.c) del artículo K.3 del TUE relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la UE.

<sup>30</sup> ECLI:EU:C:2015:721. Se resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por el Consejo de Justicia Administrativa de la Región Siciliana (Italia) referente a la interpretación del art. 45 de 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.

<sup>31</sup> BASSIOUNI, M.C. y VETERE, E., “Organized Crime and its Transnational Manifestations”, Bassiouni, M.C. (ed.), *International Criminal Law: Crimes*, Vol. I, 2ª ed., Transnational Publishers, New York, 1999.

<sup>32</sup> ECLI:EU:C:2015:147. Dicha sentencia abordó medidas restrictivas contra determinadas personas habida cuenta de la situación en Egipto en relación con la inmovilización de capitales de personas imputadas en procedimientos judiciales por malversación de fondos públicos a la luz de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003.

<sup>33</sup> Como ilustración, en su *Informe anticorrupción* presentado al Consejo y al Parlamento Europeo en febrero de 2014, la Comisión Europea puso su foco de atención en la lucha contra la corrupción en el seno de los sistemas nacionales de adjudicación pública, dada la importancia crucial que se atribuye a esos mercados públicos para el funcionamiento del mercado interior. Con ese enfoque, la Comisión toma como premisa que la corrupción resulta gravemente nociva para la economía y para la sociedad en su conjunto, alertando de que numerosos países en el mundo sufren una corrupción endémica que obstaculiza el desarrollo económico, amenaza la democracia y compromete la vigencia de la justicia social y del Estado de derecho.

<sup>34</sup> La OLAF se creó en 1999 y tiene un cometido relevante de supervisión tendente a evitar la corrupción y faltas graves en las instituciones de la UE y a asegurar la regular ejecución del presupuesto comunitario, en aras de la protección de los intereses financieros de la UE.

En fin, la Organización sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE, con 57 Estados miembros, no solo europeos, sino asimismo otros como Canadá, Estados Unidos de América o la Federación de Rusia) no ha permanecido ajena a la lucha contra la corrupción. El documento más significativo en dicho terreno viene constituido por la *Declaración sobre el fortalecimiento de la buena gobernanza y la lucha contra la corrupción, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo*, adoptada en Dublín por el Consejo Ministerial de la OSCE el 7 de diciembre de 2012. En realidad, este documento acomete no únicamente esa primera vertiente del buen gobierno en clave de regeneración democrática contra la corrupción, sino igualmente la segunda dimensión relativa a la buena gobernanza, realzando la importancia de “educar y formar a los funcionarios públicos en materia de conducta ética, elaborando y haciendo obligatorios códigos de conducta y normas legislativas pertinentes en materia de conflicto de intereses, así como adoptando y aplicando sistemas integrales de declaración de ingresos y de activos para dichos funcionarios”, lo cual nos allana el terreno para adentrarnos en esa segunda dimensión.

## 2.2 La acción eficiente y eficaz como exponente de buena gobernanza

Enfocando la segunda vertiente del buen gobierno desde la normativa española, conviene aclarar que la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, rehúye una definición de buen gobierno en sus diversas manifestaciones; y, con tal planteamiento, bajo el ángulo de la técnica legislativa, no incluye una disposición con definiciones, ya sea en la primera parte del texto articulado (en un título preliminar o primero), ya sea en un anexo en la parte final. Ese mismo proceder es secundado por algunas leyes regionales<sup>35</sup>, mientras otras disposiciones autonómicas sí incorporan definiciones de modo asimétrico<sup>36</sup>. Sea como fuere, se aventuren o no a definir, lo fundamental radica en extraer los principios generales y específicos de buen gobierno para satisfacer los dictados de la eficiencia y eficacia democráticas.

En esta línea, es una ley regional la que nos ofrece unas primeras pistas sobre esa buena gobernanza: particularmente, la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears, la entiende como “las normas, los procesos y los comportamientos que afectan a la calidad del ejercicio del poder o influyen en él, basados en los principios de apertura, de participación, de responsabilidad, de eficacia y de coherencia. La gobernanza se basa en una nueva forma de entender la interacción de las instancias públicas tradicionales, los entornos cívicos y económicos y la ciudadanía. Se perseguirá la coordinación y la cooperación entre

<sup>35</sup> Por ejemplo, no se incluye definición alguna en el conjunto del texto, ni en el específico título II sobre el “Buen gobierno”, de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunitat Valenciana.

<sup>36</sup> De este enfoque participa la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en cuyo art. 2 (incluido en el título I, “Disposiciones generales”), bajo la rúbrica “definiciones”, incluye entre otras la de “transparencia” [letra a)], la de “buen gobierno” [letra d)] o la de “gobierno abierto” [letra e)]. Por su lado, la Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de transparencia y buen gobierno de La Rioja, cuenta asimismo con una disposición sobre “definiciones” (art. 3, integrada en el título I, “Disposiciones generales”), pero llamativamente define las nociones de “transparencia” y de “participación y colaboración ciudadanas” [letras a) y d) respectivamente] sin mención alguna a “buen gobierno”.

las diferentes administraciones públicas y en el interior de cada una, para hacer posible el desarrollo de un gobierno multinivel” (art. 3). Con ese entendimiento, en paralelo a la noción de buena administración, la exposición de motivos de esa ley balear cita como fuente inspiradora la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (art. 41), agregando que “no se puede perder la ocasión para avanzar hacia un espacio complementario e imprescindible como es el de la potenciación y la consolidación de la calidad democrática en aquello que tiene que ver con el ejercicio de la acción de gobierno, es decir, lo que se llama buen gobierno, todo aquello relacionado con una manera de actuar de los líderes políticos de las instituciones públicas de conformidad con referencias jurídicas, morales o éticas. Esta manera exigente de actuar valora, además de a los mismos protagonistas de la acción de gobierno, a las organizaciones públicas y a los programas y proyectos que desarrollan”.

Pues bien, de la legislación estatal y regional española (en la estela del constitucionalismo multinivel nacional, en sinergia con el proceso de constitucionalización europeo) se desprenden como principios generales de actuación de esa buena gobernanza la sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (que indudablemente comprende las normas de producción nacional e internacional), así como al fin de satisfacer los derechos fundamentales. Desde esta óptica, esa doble proyección del buen gobierno (respeto de la legalidad nacional e internacional y de los derechos fundamentales) no es expresión solamente de la dimensión del Estado de derecho (respeto del sistema de normas y garantía de derechos civiles), sino igualmente de la apuesta por la sociedad del bienestar a la que atiende la vertiente social del Estado (garantía de los derechos sociales) y por la calidad democrática del Estado (garantía de los derechos de participación y de la era tecnológica)<sup>37</sup>. Con relación a esto último, con razón se ha destacado que las nuevas TIC pueden contribuir a un control del poder desde abajo, a través del diseño de instrumentos para que los representantes políticos den cuenta inmediata de sus actuaciones a la ciudadanía; al tiempo, las TIC permiten facilitar la participación política de la ciudadanía en las decisiones públicas en la dirección de una “tele-democracia” o una “ciber-democracia”, a condición de una previa alfabetización digital<sup>38</sup>.

En este contexto, varias disposiciones regionales aluden al transversal mandato interpretativo de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos establecido en el artículo 10.2 CE<sup>39</sup>. Es más, alguna ley autonómica en la materia

<sup>37</sup> Cabría hablar, de tal suerte, de un derecho al buen gobierno en sentido amplio, aplicando *mutatis mutandis* la reflexión efectuada por TOMÁS MALLÉN, B., “El derecho a una buena administración. Nuevos perfiles de una vieja aspiración ciudadana”, Peces-Barba Martínez, G. y otros (coords.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, tomo IV (Siglo XX), volumen VI (*El derecho positivo de los derechos humanos*), libro III (*Los derechos económicos, sociales y culturales*), Madrid, Dykinson, 2013, p. 2227: “el derecho a una buena administración abarca otros subderechos o garantías frente a la Administración, afirmación que ciertamente no persigue en absoluto reconducir dicho derecho a un terreno eminentemente liberal como clásico derecho frente al poder, sino enfocarlo como un derecho que se ejerce frente y ante la Administración en el marco del contemporáneo Estado social y democrático de Derecho, es decir, tanto frente a la Administración de modo directo como, indirectamente, ante ella con apoyo en la noción de acción positiva u obligación positiva”. De la misma autora, más exhaustivamente su obra *El derecho fundamental a una buena administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004.

<sup>38</sup> TERUEL LOZANO, G.M., “Perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital”, *Fundamentos*, n. 9 (Monográfico sobre *La era de los derechos*), 2016, p. 234.

<sup>39</sup> Verbigracia, en el preámbulo de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura, se señala: “El artículo 37 del Estatuto de autonomía, como plasmación a nivel autonómico de los principios consagrados en los artículos 1.1, 9.2, 10.2,

(por ejemplo, la andaluza) llega incluso a citar algún instrumento internacional (como el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a documentos públicos de 18 de junio de 2009) que curiosamente no había sido ratificado por España<sup>40</sup>.

A mayor abundamiento, el panorama normativo español presenta un minucioso elenco de principios específicos asociados a la buena gobernanza, pudiendo mencionarse:

- la actitud de respeto con la igualdad en el trato y sin discriminación ni trato arbitrario de ningún tipo;
- la evitación y denuncia de cualquier actuación irregular, acompañada de la obligación de uso adecuado de los recursos que no se aparte de las actividades o fines permitidos por la normativa aplicable, sirviendo consiguientemente con objetividad los intereses generales<sup>41</sup>;
- la actuación transparente, rindiendo cuentas de manera responsable y fomentando la proximidad y accesibilidad ciudadanas (incluido el acceso a los registros, archivos y documentos públicos);
- la publicidad de los compromisos gubernamentales, diseñando y evaluando de forma objetiva periódicamente la implementación de las políticas públicas;
- la audiencia de la ciudadanía en cuanto a la elaboración de las disposiciones generales y los actos administrativos, fortaleciendo así el primado de la participación de la sociedad civil en el diseño de las políticas públicas; y
- la conducta acorde con el primado de la buena fe, la cual no es sino exigencia inexorable del estatuto de los sujetos afectados (incluido el sistema de incompatibilidades)<sup>42</sup>, cuyo contenido suele reflejarse adicionalmente en el juramento, promesa o fórmula solemne de asunción de funciones expresándose el compromiso de obrar con imparcialidad y guardando la debida reserva

---

20 y 103 de la Constitución española, impone a la Administración regional, bajo la dependencia de la Junta de Extremadura, servir con objetividad a los intereses generales y procurar satisfacer, con eficacia y eficiencia, las necesidades públicas, de conformidad con los principios constitucionales y estatutarios, respetando los principios de buena fe, confianza legítima, transparencia y calidad en el servicio a los ciudadanos<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> Vid. preámbulo de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de transparencia pública de Andalucía. En realidad, ese Convenio del Consejo de Europa ni siquiera había sido firmado entonces (la firma se ha producido el 23 de noviembre de 2021, estando avanzado el proceso de ratificación a finales de mayo de 2022) por parte de España.

<sup>41</sup> Lo cual tiene diversas manifestaciones en la normativa estatal y regional, como la obligación de obrar con imparcialidad respecto de los intereses privados afectados; de abstenerse de intervenir en los asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a esa imparcialidad; o de no someterse a ningún condicionamiento aceptando regalos, favores y reconocimientos honoríficos o conmemorativos susceptibles de hacer sospechar; de impedir que se ponga en riesgo el interés público o el patrimonio de las administraciones públicas, garantizando correlativamente una gestión financiera justa y equitativa dedicada a la mejora del bienestar de la ciudadanía; o de actuar con austeridad y rigor no utilizando en beneficio propio tarjetas de crédito o débito con cargo a cuentas del sector público.

<sup>42</sup> La compatibilidad e idoneidad para ocupar el puesto público sin conflicto de intereses suele ir acompañada de la obligación legal de presentar diversos tipos de acreditaciones, como una declaración de todas las actividades (de carácter público o privado) anteriores a la asunción del cargo público (y posteriores durante un cierto tiempo tras el cese), una declaración de bienes e intereses y una declaración sobre las rentas percibidas (con indicación del concepto y su procedencia).

respecto a los hechos o informaciones conocidos con motivo del ejercicio de sus competencias.

Sobre este último aspecto, en fin, no resultará desdeñable acreditar la preparación y el perfil de cada cargo público aplicando el principio de transparencia, es decir, haciendo públicos sus currículums y, con tal proceder, reforzando la credibilidad de su idoneidad para actuar como buen gobernante<sup>43</sup>.

### 2.3 La acción abierta y transparente como elemento de buena gobernabilidad

Si los dos perfiles anteriormente analizados tienen que ver, respectivamente, con una acepción negativa (no incurrir en actividades de “mal gobierno” que se aparten de las exigencias de regeneración democrática) o con una significación objetiva (servir con imparcialidad de conformidad con los dictados de la eficiencia y eficacia democráticas previstos por la ley en clave de buena gobernanza), el tercer perfil adopta una dimensión menos neutral (puesto que implica apertura y militancia democráticas mediante una conducta guiada por acciones positivas a favor de la buena gobernabilidad).

Sobre esto último, más allá de los rasgos polisémicos de los que participa el concepto de gobernabilidad, no cabe eludir la imbricación y vinculación entre gobernabilidad y democracia, y, consecuentemente, la buena gobernabilidad equivale a una gobernabilidad democrática en cuyo marco “la sociedad civil se desplaza hacia modalidades de desarrollo expresadas en demandas que constituyen una exigencia y al mismo tiempo un reto para quienes gobiernan, estableciendo condiciones de gobernabilidad que sean capaces de hacerse cargo de dichas demandas”<sup>44</sup>. Desde este prisma, semejante apertura democrática se refleja en la noción de “gobierno abierto”. En conexión con ello, se ha destacado que la obligación de “políticas de cultura de transparencia y de gobierno abierto” se ha integrado en “el contenido del derecho de acceso a la información”<sup>45</sup>, el cual, lamentablemente, queda bastante desdibujado a causa del bombardeo de *fake news* que perturba actualmente el sistema de comunicación democrático<sup>46</sup>.

Esa proyección se recoge en la legislación española: a título de ejemplo, la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de gobierno abierto de Extremadura, conceptúa el “gobierno abierto” [letra b) del art. 3] como “aquel que es capaz de entablar una permanente

<sup>43</sup> Semejante obligación de publicidad de los currículums del buen gestor se establece incluso en algunas normas regionales con rango de ley: por ejemplo, art. 38.3 de la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears; art. 57 de la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; o art. 9 de la Ley 11/2017, de 22 de diciembre, de buen gobierno y profesionalización de la gestión de los centros y organizaciones sanitarias del Servicio Madrileño de Salud.

<sup>44</sup> BROWER BELTRAMIN, J., “En torno al sentido de gobernabilidad y gobernanza: delimitación y alcances”, *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, n. 67, 2016, p. 152.

<sup>45</sup> COTINO HUESO, L., “El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 40, 2017, p. 303.

<sup>46</sup> ABA CATOIRA, A., “Los desórdenes informativos en un sistema de comunicación democrático”, *Revista de Derecho Político*, n. 109, 2020, pp. 119-151.

conversación con los ciudadanos con el fin de escuchar lo que dicen y solicitan; que toma sus decisiones centrándose en las necesidades y preferencias de estos; que facilita la participación y la colaboración de la ciudadanía en la definición de sus políticas y en el ejercicio de sus funciones; que proporciona información y comunica aquello que decide y lo hace de forma transparente; que se somete a criterios de calidad y de mejora continua; y que está preparado para rendir cuentas y asumir su responsabilidad ante los ciudadanos a los que ha de servir”.

Esa capacidad de apertura y proyección hacia la ciudadanía exige, consiguientemente, aunar las dotes de buen gobernante como persona ejemplar, como servidor público profesional y como cargo político vocacional en pro de la gobernabilidad democrática. De alguna manera, esas dotes (congruentes con los tres perfiles referentes al buen gobierno, a la buena gobernanza y a la buena gobernabilidad) se han aglutinado con mayor o menor detalle, en los últimos años, en los llamados “Códigos de buen gobierno” que se recogen en normas de diverso rango y naturaleza: en el panorama normativo español van desde normas gubernamentales en el ámbito estatal<sup>47</sup> o autonómico<sup>48</sup> hasta otras disposiciones integradas en normas con rango de ley<sup>49</sup>, las cuales, por otra parte, no desconocen estándares análogos adoptados en el ámbito de la UE<sup>50</sup>.

De esos códigos, resulta interesante dedicar unas líneas a uno de los más recientes, el aprobado por el Gobierno de la Comunidad Valenciana en 2016. En cuanto a su objeto, según el artículo 1, persigue “el fin de favorecer el desarrollo de unas instituciones y administraciones públicas íntegras, transparentes, eficaces y eficientes” (apartado 1), en vista de la promoción de la mejora de la calidad democrática y la generación de confianza en las instituciones “mediante la ejemplaridad, la integridad y la transparencia en las actuaciones de las personas que ocupan cargos directivos” (apartado 2),

<sup>47</sup> Código de buen gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración general del Estado, aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005 (su publicación se dispuso mediante Orden APU/516/2005, de 3 de marzo, BOE n. 56, de 7 de marzo de 2005).

<sup>48</sup> Por ejemplo, el Código de buen gobierno de la Generalitat, aprobado por el Gobierno valenciano mediante Decreto 56/2016, de 6 de mayo. Con anterioridad, puede mencionarse: la Resolución 3/2011, de 11 de mayo, de la Presidencia del Gobierno Vasco mediante la que se dispone la publicación (en el *Boletín Oficial del País Vasco* n. 102 de 31 de mayo de 2011) del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Código de Ética y Buen Gobierno de los miembros del Gobierno, altos cargos, personal eventual y demás cargos directivos al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Una solución similar se había alcanzado antes en Extremadura: Resolución de 31 de marzo de 2009, del Consejero, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se aprueba el código ético de conducta de los miembros del Consejo de Gobierno y Altos Cargos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se adoptan medidas de transparencia, contención y austeridad en la ejecución del gasto público (*Diario Oficial de Extremadura* n. 64 de 2 de abril de 2009). Para un encuadre del Código valenciano de buen gobierno y su comparación con otras normas autonómicas similares, véase JIMENA QUESADA, L., “Título II. Buen Gobierno”, Díez Sánchez, J.J. y García Macho, R. (eds.), *Comentarios a la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana*, Editorial Reus, Madrid, 2019, pp. 205-252.

<sup>49</sup> Tal es el caso de Navarra, con su Ley foral 2/2011, de 17 de marzo, por la que se establece un Código de buen gobierno; o, al mismo nivel normativo, la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña, cuyo título V (“Del buen gobierno”) incluye un capítulo I que lleva por rúbrica “Código de conducta de los altos cargos”.

<sup>50</sup> En particular, el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, aprobado en septiembre de 2001 por el Parlamento Europeo. El Código fue actualizado en 2012 (véase la versión actualizada en el siguiente enlace: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/code\_2015\_ES.pdf, anteponiendo al código cinco principios referentes a los servidores públicos en la UE, a saber: 1. Compromiso con la UE y sus ciudadanos. 2. Integridad. 3. Objetividad. 4. Respeto hacia los demás. 5. Transparencia.

así como el reforzamiento del “respeto a los principios y valores de la Constitución española y del Estatuto de autonomía de la Comunitat Valenciana” (apartado 3)<sup>51</sup>.

Como puede apreciarse, en esos apartados se sintetizan los tres niveles de buen gobierno examinados. Ahora nos interesa el tercero, que, además de la mencionada faceta de gobierno abierto, se completa con una ambiciosa dosis de militancia democrática, puesto que en el artículo 41 se prescribe “la adhesión previa e individualizada al contenido íntegro” del Código en el momento de la toma de posesión del cargo, implicando dicha adhesión “la asunción del deber de mantener una conducta y comportamiento en su vida pública acordes con el contenido expreso, la intención y el espíritu de los principios y normas de conducta establecidas en él”. Se trata de una apreciable obligación que vendría a reforzar la promesa o juramento de acatamiento del orden constitucional, en la medida en que el mandato de lealtad constitucional se vería aderezado por el plus de democraticidad derivado del expreso “compromiso con los valores democráticos” establecido en la sección primera del capítulo II del título II del Código<sup>52</sup>. En otros términos, como se avanzaba, se incorpora una especie de militancia democrática para los cargos públicos que, en el marco de nuestra carta magna, cabría entenderla expresamente instaurada en materia educativa en el artículo 27.2, el cual proyectaría una especie de principio de enculturización democrática y universalismo cultural de los derechos humanos<sup>53</sup>.

Resta por reflexionar acerca del valor de ese compromiso, lo que equivale a ponderar el propio peso de los códigos y, en general, de las normas sobre buen gobierno. De hecho, ese compromiso de adhesión en términos de beligerancia democrática, en el caso del Código valenciano, se ubica entre los mecanismos de implementación y de sanción previstos en el capítulo III (“cumplimiento del Código”, arts. 41 a 44.) del título II del Código. Lógicamente, el grado de cumplimiento, exigibilidad y responsabilidad estará en función del tipo de normas de conducta<sup>54</sup>.

Por lo pronto, no cabe una consideración homogénea e *in toto* del alcance práctico de estos códigos, dado que los principios incluidos en ellos son de índole diversa, más o menos jurídica, más o menos ética. Ciertamente, cada Código devendrá tanto

<sup>51</sup> El Código regula además “el Registro de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales de Altos Cargos de la Administración de la Generalitat y de su Sector Público Instrumental, así como las declaraciones de actividades, de bienes e intereses y de rentas percibidas que han de presentar los altos cargos de la Administración de la Generalitat y el personal directivo del sector público instrumental de la Generalitat” (apartado 4).

<sup>52</sup> Concretamente, la sección primera (“compromiso con los valores democráticos y sociales”, arts. 5 a 14) desglosa una serie de obligaciones que, o bien encierran cierta transversalidad, como la “sujeción a los principios constitucionales” (art. 5), el respeto a los derechos humanos (art. 6), el compromiso contra la violencia (art. 7), la no discriminación y el respeto a la diversidad (art. 8), o la igualdad de mujeres y hombres (art. 9); o bien, con un enfoque más concreto, aluden al respeto a la intimidad, al honor y a la propia imagen (art. 10), a la aconfesionalidad (art. 11), al compromiso con la lengua propia (art. 12), a la sostenibilidad integral y a la responsabilidad social (art. 13) o a la motivación y a la capacidad científico-técnica (art. 14).

<sup>53</sup> Así lo ha denominado PIETRO DE PEDRO, J., *Cultura, culturas y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 282-284.

<sup>54</sup> Esas normas tendrán una consecuencia más vinculante (o, diversamente, menos prescriptiva como *soft-law*) según se hagan eco o no de los principios constitucionales caracterizadores del Estado de derecho y de la actuación del Gobierno y de la Administración (arts. 9, 103, 105 y 106 de la carta magna española), se correspondan o no con las normas generales de actuación de las administraciones públicas establecidas en el capítulo I (arts. 13 a 28) del título II, en conjunción con los requisitos de los actos administrativos (arts. 34-36) y las garantías de los derechos en el procedimiento administrativo (art. 53) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, o guarden más o menos analogía, en fin, con principios deontológicos.

más vinculante cuanto más refleje un estándar obligatorio o de *hard-law* que sea concreción de normas constitucionales o legales. En este campo, la doctrina ha propuesto la distinción entre, por un lado, los códigos de conducta (administrativa y otros) éticos, cuya naturaleza sería orientadora y persuasiva al no estar acompañados de sanciones jurídicas, y, por otro lado, los códigos de conducta normativos, que sí estarían provistos de tales sanciones<sup>55</sup>. Al margen de dicha distinción, se ha defendido asimismo la tesis según la cual, cuando una institución adopta una norma interna dirigida a la tutela de los ciudadanos imponiéndose unas reglas de conducta, tampoco puede apartarse sin más de ellas, pues habría convertido a aquellos en titulares de una situación jurídicamente relevante<sup>56</sup>.

Con carácter adicional, la praxis judicial puede determinar que una conducta regida en principio por un estándar ético gane asimismo fuerza obligatoria sobre la base de un precedente administrativo, como lo demuestra la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario ya en su Sentencia de 10 de diciembre de 1987 (caso *Sergio Del Plato y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados 181/86 a 184/86)<sup>57</sup>, lo cual no es óbice para la eventual puesta en práctica de otras garantías (cuando resulten compatibles), como la intervención de órganos de supervisión instaurados en los mismos códigos (Consejos de Buen Gobierno o denominaciones similares), la fiscalización operada por las diversas Defensorías del Pueblo (a nivel regional, estatal o europeo), o los mecanismos de exigencia de responsabilidad política en la correspondiente sede parlamentaria (preguntas, interpelaciones, comisiones de investigación, mociones de censura, etc.).

Todo ello sin olvidar la dimensión instrumental de la transparencia en su doble faceta de “técnica de control preventivo” y de “forma de ejercicio de un poder ciudadano” que no solo se ejerce esporádicamente a intervalos más o menos regulares mediante el derecho de voto, sino continuamente para controlar el poder<sup>58</sup>. En definitiva, en este ambiente de “legitimación democrática procedimental de la Administración” debe situarse “la publicidad y transparencia, que facilitarán una comunicación entre el Estado y el ciudadano más allá de la legitimación democrática emanada de las elecciones al Parlamento”<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> GARCÍA MEXÍA, P., “La ética pública. Perspectivas actuales”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 114, 2001, pp. 153 y ss.

<sup>56</sup> NIETO-GUERRERO LOZANO, A.M., “Luces y sombras del derecho de acceso a los documentos de las instituciones comunitarias”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n. 218, 2002, p. 85, nota al pie 26.

<sup>57</sup> ECLI:EU:C:1987:543. En dicho pronunciamiento, la Corte de Luxemburgo declaró que las medidas internas adoptadas por la Administración comunitaria, “si bien no pueden calificarse de norma jurídica a cuya observancia está obligada en cualquier caso la administración, establecen, sin embargo, una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la administración no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato” (apartado 10).

<sup>58</sup> ROSANVALLON, P., *El buen gobierno* (trad. Horacio Pons), Manantial, Buenos Aires, 2015, especialmente pp. 321 a 343.

<sup>59</sup> GARCÍA MACHO, R., “El derecho a la información, la publicidad y transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el público”, García Macho, R. (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 32.

## 3 Calidad democrática de la proyección del buen gobierno “dogmático”

### 3.1 El buen gobierno como instrumento de confianza legítima

Desde un enfoque de Teoría Constitucional, es evidente que el concepto de Constitución se ha asentado como instrumento de limitación del poder con el fin de asegurar confianza en la ciudadanía y espacios de libertad. Con tal filosofía, Loewenstein postuló la idea de Constitución como técnica de la libertad, como un mecanismo surgido de la ideología liberal cuyo *telos* es la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. Más concretamente, “cada Constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder”<sup>60</sup>. Con tales premisas, en la “parte orgánica” se distribuyen y separan los poderes para evitar que, tendiendo al abuso, los unos puedan imponerse sobre los otros y, de manera indirecta, abusar de la libertad de las personas; estas necesitan que se respete la “parte dogmática” para conseguir que la libertad se erija en esa “tranquilidad de espíritu” de la que hablara Montesquieu. Esta tranquilidad se manifestará, en última instancia, en la confianza legítima de la ciudadanía sabiendo que la parte orgánica es un medio para proveer al fin de la realización democrática de la parte dogmática.

Así pues, la calidad democrática, entendida como “calidad institucional”, debe ser proyección de un buen gobierno “dogmático” que atienda las necesidades ciudadanas y asegure la efectividad de los derechos y libertades, y no un gobierno “orgánico” ensimismado en su configuración institucional (con prurito y etiquetas de apertura, transparencia, etc.) que no conecte con la ciudadanía. Con ello en mente, se ha entendido una democracia de calidad como “una estructura institucional estable que permite que los ciudadanos alcancen la libertad e igualdad mediante el legítimo y correcto funcionamiento de sus instituciones y mecanismos”. Es decir, “una democracia de calidad provee tres dimensiones de calidad: 1) es un régimen ampliamente legitimado que satisface por completo a sus ciudadanos (calidad en términos de resultados); 2) es un régimen en que los ciudadanos, asociaciones y comunidades que lo componen gozan de libertad e igualdad (calidad en términos de contenidos), y 3) es un régimen en que los propios ciudadanos tienen el poder de verificar y evaluar si su gobierno persigue los objetivos de libertad e igualdad dentro de las reglas del Estado de derecho (calidad en términos de procedimientos)”<sup>61</sup>.

Con tales presupuestos, los tres perfiles o aristas de las exigencias de buen gobierno que se han intentado delimitar en el apartado anterior (2, *supra*) reflejan un modesto esfuerzo de sistematización que resulta tanto más pertinente cuanto que el reciente panorama normativo regional (en clave de derecho autonómico comparado,

<sup>60</sup> LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución* (trad. de A. Gallego Anabitarte), 4.ª reimpr., Ariel, Barcelona, 1986, p. 151.

<sup>61</sup> MORLINO, L., *La calidad de las democracias en América Latina*, cit., pp. 25-26.

del que se ha dado cuenta en los epígrafes precedentes), en lugar de apuntalar sobre bases sólidas las nociones implicadas en la democracia de calidad y el buen gobierno, siembran mayor confusión terminológica y ostensibles dosis de mala técnica legislativa con la consiguiente inseguridad jurídica. Ilustra esta afirmación la Ley 1/2022, de 13 de abril, de transparencia y buen gobierno de la Comunitat Valenciana.

Se trata, en efecto, de una ilustración de desgobierno de las leyes, de un despropósito de técnica legislativa en sentido estricto y amplio<sup>62</sup>. La nueva Ley valenciana 1/2022 se inserta difícilmente en el ordenamiento autonómico en la materia y, pese a su título, no se perfila como instrumento de confianza legítima de la ciudadanía en términos de transparencia y buen gobierno, con tan solo reparar, de momento, en los siguientes cuatro aspectos:

1) con ella se viene a sustituir la Ley 2/2015, de 2 de abril, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunitat Valenciana, derogándola en su mayor parte<sup>63</sup> (básicamente con la excepción del bloque relativo a la participación ciudadana, lo cual comporta que se cambie el título de la sustituida Ley 2/2015)<sup>64</sup>;

2) con el lógico pretexto de no generar un amplio vacío normativo derivado de una tramitación legislativa precipitada y controvertida<sup>65</sup>, hay una remisión explícita, en todo lo que no se oponga a la nueva Ley 1/2022, a los decretos principales del Gobierno autonómico que desarrollaron la Ley 2/2015<sup>66</sup>;

3) esa misma precipitación motiva que las nuevas previsiones de la Ley 1/2022 sobre alguna materia crucial, como la publicación activa, posterguen su aplicación efectiva hasta pasado un año de su publicación en el diario oficial autonómico<sup>67</sup>, y

<sup>62</sup> El concepto restringido de técnica legislativa fue manejado por el Grupo de Estudios de Técnica Legislativa (GRETEL) referente al estudio aislado de la composición y redacción de las leyes y disposiciones jurídicas (GRETEL, *Curso de técnica legislativa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989). Por su lado, un concepto más amplio estudia las normas como parte integrante del ordenamiento jurídico al efecto de conseguir la mayor coherencia del sistema normativo: *vid.* SAINZ MORENO, F., "La técnica normativa. Visión unitaria de una materia plural", Corona, J.M., Pau, F. y Tudela, J. (coords.), *La técnica legislativa a debate*, Tecnos, Madrid, 1994. Esta segunda acepción cuenta con antecedentes ilustres en donde la calidad de la ley no se concebía aisladamente, sino dentro del sistema: así, por ejemplo, en la exposición del vocablo "Legislador" de la *Enciclopedia* francesa, Diderot y D'Alembert entendían que "en la legislación todo está interconectado, todo depende lo uno de lo otro, el efecto de una buena ley se expande sobre mil objetos ajenos a esa ley: un bien procura otro bien, el efecto recae sobre la causa, el orden general mantiene todas las partes, y cada una influye sobre la otra y sobre el orden general. El espíritu de comunidad, extendido sobre el todo, fortifica, conecta y vivifica el todo" (DIDEROT, D. y LE ROND D'ALEMBERT, J., *Artículos políticos de la "Enciclopedia"* (selección, traducción y estudio preliminar de R. Soriano y A. Porras), Tecnos (Colección 'Clásicos del pensamiento'), Madrid, 1986, p. 65. Esta percepción ya había sido puesta de manifiesto asimismo por John Stuart Mill al señalar que "cada cláusula de la ley exige ser redactada con la percepción más exacta y previsor de su relación con las demás cláusulas, y que la ley, una vez completa, ha de fundirse y encuadrarse con el conjunto de las preexistentes": MILL, J.S., *Del Gobierno representativo* (trad. de M.C.C. de Iturbe), Tecnos (Colección 'Clásicos del pensamiento'), Madrid, 1985, p. 61.

<sup>63</sup> Véase la disposición derogatoria única. *Derogación normativa*: "Con la entrada en vigor de esta ley quedan derogados, de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunitat Valenciana, los artículos 2 a 6, ambos incluidos; los títulos I, II, III y IV en su totalidad, y las disposiciones adicionales. También se derogan los apartados 1 y 2 del artículo 1, cuyo contenido pasa a ser párrafo único. Así mismo, quedan derogadas todas las disposiciones del mismo rango o de un rango inferior que se opongan a lo establecido en esta ley".

<sup>64</sup> Véase la disposición final primera. *Modificación del título de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunitat Valenciana*: "Se modifica el título de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunitat Valenciana, que pasa a denominarse Ley de participación ciudadana de la Comunitat Valenciana".

<sup>65</sup> Véase el *Diario de Sesiones de Les Corts Valencianes* n. 102, del 30 de marzo de 2022, pp. 5459 y ss.

<sup>66</sup> Véase la disposición final segunda.

<sup>67</sup> Véase a disposición final tercera.

4) sobre todo, la Ley 1/2022 carece inusitadamente de preámbulo (aunque, curiosamente, por error se ponga que hay preámbulo en el índice del texto consolidado publicado en el BOE<sup>68</sup>) al no haber mediado siquiera consenso parlamentario para integrarlo en el texto aprobado, con lo cual no se exponen los motivos que han llevado a la aprobación de la nueva legislación, contradiciéndose curiosa y flagrantemente lo que proclama su artículo 59 como principio de buena regulación normativa<sup>69</sup>.

### 3.2 El buen gobierno como vector de participación ciudadana

A la luz de lo reseñado, conviene incidir en que los procedimientos institucionales derivados del ejercicio del buen gobierno, junto con la garantía de la libertad y la igualdad, han sido considerados como “tres aspectos sustanciales de una democracia de calidad. Y son conceptos que se pueden traducir empíricamente en un conjunto de derechos políticos y civiles medibles. Mientras tanto, los dos motores que impulsan la calidad democrática son, obviamente, la competencia política y la participación ciudadana”<sup>70</sup>. Si acaso, habría que perfilar esas coordenadas de la participación ciudadana insistiendo en que la libertad y la igualdad, de un lado deben ser reales y efectivas en la línea de la cláusula de progreso del artículo 9.2 de la Constitución española y, de otro lado, tienen que estar completadas asimismo por la indispensable solidaridad como valor constitucional aglutinante de la procura existencial del Estado social y democrático de derecho proclamado en el artículo 1.1 de la propia carta magna<sup>71</sup>.

Desafortunadamente, enlazando con la ilustración anterior, la nueva legislación valenciana ha amputado de alguna manera la visibilidad y, por ende, la efectividad, de esa “participación ciudadana”. Este importante bloque, de proyección de un buen gobierno “dogmático”, se encuentra en conexión directa con los derechos civiles y políticos, pero también con los derechos económicos, sociales, culturas y ambientales, todos ellos como trasunto indivisible e interdependiente de los valores de libertad, igualdad y solidaridad. Por el contrario, en el plano sustancial, esa participación ciudadana queda ahora diluida en la anterior y casi derogada en su totalidad Ley valenciana 2/2015, de cuyo título se suprime la alusión a la transparencia y al buen gobierno para darle una nueva rúbrica como “Ley de participación ciudadana de la Comunitat Valenciana” (según la mencionada disposición final primera de la Ley 1/2022). Con tal proceder técnico, la “nueva” Ley de participación ciudadana (casi un resquicio de la vieja Ley 2/2015) adquiere menos visibilidad que la anterior y “autónoma” Ley 11/2008, de 3 de julio, de participación ciudadana de la Comunitat

<sup>68</sup> BOE n. 119, de 19 de mayo de 2022.

<sup>69</sup> Para una aproximación a los aspectos positivos y negativos de esta nueva legislación valenciana, incidiéndose en esa ausencia de preámbulo, léase BLANES, M.A., “Principales novedades de la Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Generalitat Valenciana”, *Blog de Transparencia y Gobierno Abierto*. Acceso web: <https://miguelangelblanes.com/2022/04/25/principales-novedades-de-la-ley-1-2022-de-13-de-abril-de-transparencia-y-buen-gobierno-de-la-generalitat-valenciana/>.

<sup>70</sup> MORLINO, L., *La calidad de las democracias en América Latina*, cit., p. 26.

<sup>71</sup> Insigne teorizador constitucionalista de la solidaridad fue el jurista francés DUGUIT, L., *Manual de Derecho Constitucional* (1921), Granada, Comares (edición preparada por J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González), 2005, pp. 6-7.

Valenciana, derogada precisamente por la Ley 2/2015 junto a otras leyes valencianas relacionadas con esa participación de la ciudadanía<sup>72</sup>.

Semejante déficit democrático sustancial se ve acentuado si se repara, nuevamente, en el hecho de que la Ley valenciana 1/2022 ha omitido el preámbulo, en una clara contradicción en términos de técnica legislativa con el mencionado artículo 59 de la misma ley<sup>73</sup>. Esa omisión no admite justificación alguna, y menos aún en la materia regulada, puesto que, “si tiene importancia y utilidad para nosotros conocer los componentes del elemento que respiramos, no será menos importante, sin duda, ni mucho menos útil comprender los principios de las leyes (esforzándonos en hacerlas progresar) gracias a las cuales vivimos con seguridad”<sup>74</sup>.

El déficit todavía es más notorio bajo la lupa del buen gobierno como vector de participación ciudadana si se recuerda que la Ley valenciana 1/2022 vino precedida por un anteproyecto legislativo del Ejecutivo valenciano (compuesto por la coalición tripartita Socialista-Compromís-Unidas Podemos) de “Gobierno Abierto de la Comunitat Valenciana” (de fecha 7 de junio de 2019); dicho anteproyecto estaba integrado por más de un centenar de artículos y estructurado (tras la exposición de motivos y un título preliminar, además de las disposiciones de la parte final) en dos grandes bloques, es decir, un libro I rubricado “De la transparencia y el buen gobierno” (arts. 6 a 73) y un libro II titulado “De la participación ciudadana y el fomento del asociacionismo” (arts. 74 a 113). Lo llamativo es que este proyecto legislativo gubernamental (que procedía a la abrogación o derogación total de la Ley valenciana 2/2015) quedó inexplicablemente frustrado (sin darle oportunidad a mostrar que esa novedad legislativa se perfilaba como una oportunidad de cambio)<sup>75</sup> pese a su coste en términos humanos y económicos (incluidas las memorias de impacto pertinentes, el dictamen del Consell Jurídic Consultiu y, por supuesto, comparecencias de personal experto y contribuciones derivadas de la participación ciudadana). Sin mayor explicación, después, se presenta y aprueba la criticada Ley valenciana 1/2022, que llamativamente tiene su origen en una proposición de ley de los mismos grupos

Regap



ESTUDIOS

<sup>72</sup> Disposición derogatoria única (*derogación normativa*) de la Ley 2/2015: “A la entrada en vigor de esta ley quedan derogadas la Ley 11/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Comunidades de Valencianos en el Exterior; la Ley 11/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana; la Ley 11/2009, de 20 de noviembre, de la Generalitat, de Ciudadanía Corporativa, y el Decreto 206/2007, de 19 de octubre, del Consell, por el que se crea la Comisión Interdepartamental para la Participación Ciudadana. Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en esta ley”.

<sup>73</sup> Dicha disposición (rubricada Principios de buena regulación normativa) encabeza el capítulo II (del título IV) dedicado a “Calidad normativa” y tiene la siguiente redacción: “1. El Consell debe ejercer la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de forma que las normas cumplan los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia propios de la buena regulación, y que el proceso de su elaboración sea transparente y participativo. 2. La iniciativa normativa debe disponer de un marco normativo estable, claro y fácil de conocer y comprender por la ciudadanía. 3. Las iniciativas normativas deben considerar en primer lugar y dar preferencia a aquellas medidas que sean menos restrictivas para los derechos de las personas. 4. La adecuación a estos principios de los anteproyectos de ley y de los proyectos de reglamento debe estar suficientemente justificada en la exposición de motivos o el preámbulo correspondientes”.

<sup>74</sup> BENTHAM, J., *Fragmento sobre el Gobierno* (trad. de J. Larios Ramos), Sarpe, Madrid, 1984, p. 26.

<sup>75</sup> En la doctrina se ha destacado que el gobierno abierto debe responder a la demanda de una mayor implicación ciudadana en los asuntos públicos, así como a la necesidad de implantar la transparencia como principio consustancial al concepto de democracia: MONTERO CARO, M.D., *Gobierno abierto como oportunidad de cambio*, Dykinson, Madrid, 2020.

parlamentarios que integran el Gobierno autonómico<sup>76</sup> (...) con la *peculiaridad*, nada desdeñable, de prescindir de todos esos trámites que lleva aparejado un proyecto legislativo gubernamental, incluida la mayor participación ciudadana.

## 4 Reflexiones finales sobre bondades y novedades de la democracia de calidad y del buen gobierno tras la crisis pandémica

Llegados a este punto, cabe constatar que los imperativos de una democracia de calidad y las exigencias de buen gobierno se han visto menoscabados durante y tras la crisis pandémica. Dicho menoscabo se ha proyectado forzosamente durante unos meses, en España y en otros lugares, como consecuencia del carácter global de la pandemia, con el cierre de los parlamentos, de las sedes judiciales y de las instalaciones gubernamentales, convirtiendo casi en una quimera la teoría y la realidad de un parlamento abierto, de una justicia pública y de un gobierno asimismo abierto.

La problemática, entonces, no ha residido tanto en la excepcional restricción a ese espíritu de apertura que debe presidir el funcionamiento de toda sociedad democrática, sino en controlar el abuso en el cierre y el recurso a las excepciones, con afectación al disfrute de los derechos y libertades por parte de la ciudadanía. En ocasiones, ha sido nuestra jurisdicción constitucional la que ha ejercitado el control y formulado el correspondiente reproche de inconstitucionalidad (al cierre del Parlamento<sup>77</sup> o al uso inadecuado y desmedido por el Gobierno del decreto-ley<sup>78</sup> o de los instrumentos relativos a los estados excepcionales<sup>79</sup>), mientras otras veces han sido las instancias europeas las que han operado un control para el que no han estado a la altura los órganos jurisdicciones nacionales<sup>80</sup>.

Por lo tanto, lo relevante estriba en ser capaces de afrontar la crisis pandémica para que sus desgraciadas implicaciones socioeconómicas, sanitarias y humanitarias no degeneren también en una crisis de valores constitucionales y europeos<sup>81</sup>. En

<sup>76</sup> Véase *Proposició de llei de transparència i bon govern de la Comunitat Valenciana, presentada pels grups parlamentaris Socialista, Compromís i Unides Podem* (RE n. 23.111, *Boletín Oficial de Les Corts Valencianes*, n. 110 de 21 de octubre de 2020; interesante asimismo el n. 232 de 11 de marzo de 2022, Dictamen de la Comisión de Coordinación, Organización y Régimen de las Instituciones de la Generalitat).

<sup>77</sup> Mediante la STC 168/2021, de 5 de octubre (ECLI:ES:TC:2021:168), se declaró la ilegitimidad constitucional (con estimación de la acción de amparo formulada por los diputados recurrentes, por vulneración de su derecho fundamental de participación política del art. 23 de la Constitución) de la suspensión de la actividad parlamentaria decretada por la Mesa del Congreso mediante un acuerdo de 19 de marzo de 2020 (y el posterior acuerdo de 21 de abril de 2020 confirmatorio del anterior).

<sup>78</sup> TERUEL LOZANO, G.M., "Los decretos-leyes en la crisis del coronavirus: perspectiva constitucional", *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n. 8, 2020, p. 223.

<sup>79</sup> Las dos declaraciones de estado de alarma (Real decreto 465/2020, de 14 de marzo, y Real decreto 926/2020, de 25 de octubre) y correspondientes prórrogas realizadas para la gestión del COVID-19 recibieron sendos reproches mediante SSTC 148/2021, de 14 de julio (ECLI:ES:TC:2021:148), y 183/2021, de 27 de octubre (ECLI:ES:TC:2021:183).

<sup>80</sup> TOMÁS MALLÉN, B., "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la pandemia de la COVID-19 (análisis de las primeras decisiones)", *Revista General de Derecho Europeo*, n. 54, 2021, pp. 45-73. Véase asimismo la ficha temática elaborada por la Secretaría del propio TEDH sobre "COVID-19 health crisis" ([https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Covid\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Covid_ENG.pdf)).

<sup>81</sup> MALDONADO-MELÉNDEZ, M.A. y BRINGAS GÓMEZ, M.A., *La integridad, el buen gobierno y la buena administración en las contrataciones públicas*, Gaceta Jurídica, Lima, 2021, p. 32: "Los principios de buen gobierno y buena administración tienen relevancia jurídica de primer nivel, pues, estando vinculados al ejercicio del poder público, tienen una construcción constitucional

el presente trabajo se ha puesto el acento en la democracia de calidad y en el buen gobierno como exigencias axiológicas de orden nacional e internacional, con un enfoque de constitucionalismo multinivel ilustrado especialmente a través del derecho autonómico comparado en España; y del examen efectuado se desprende una imperiosa necesidad de desarrollar una dinámica interrelación entre buen gobierno, buena gobernanza y buena gobernabilidad que no prescinda de la participación de la ciudadanía. Se produce así una inexorable complementariedad entre los perfiles del buen gobernante (que no se desvía de la actuación honesta marcada por el ordenamiento jurídico), el buen gestor (que hace gala de capacidad general para gobernar con eficiencia y eficacia en beneficio del ejercicio efectivo de los derechos y libertades) y el buen demócrata (que promueve con espíritu de apertura los valores de la democracia). En esos tres perfiles se ha cifrado la esencia, apariencia y proyección de la calidad democrática y del buen gobierno en el mundo actual<sup>82</sup>.

Por añadidura, otro reto fundamental reside en dotar de fluidez a la relación de los dos vértices políticos del buen gobierno (político y “politécnico”), entre ellos y con respecto al vértice funcional de la buena administración<sup>83</sup>. Más aún: la complementariedad y fluidez reseñadas redundarán en beneficio de la ciudadanía. Desde esta perspectiva, el triángulo quedaría mejor diseñado si, en la base, aunamos en un vértice político todos los altos cargos y puestos directivos afectados por el buen gobierno y situamos en el vértice funcional a los empleados públicos concernidos por la buena administración, para colocar en la cúspide el vértice ciudadano.

No parece, sin embargo, que la más reciente acción gubernamental y legislativa, señaladamente en el terreno autonómico español, haya puesto en el centro la participación ciudadana, como acredita la reseñada Ley 1/2022, de 13 de abril, de transparencia y buen gobierno de la Comunitat Valenciana. Con ella no solamente se ha puesto en evidencia una confusa inflación terminológica en torno al buen gobierno, sino igualmente un desbarajuste de técnica legislativa que ha desdibujado la participación ciudadana, dándose la sensación de un “parcheo” normativo y una alternancia política en dicho ámbito similar a la que se viene percibiendo hace décadas a nivel estatal con la aprobación pendular de leyes educativas.

Se vislumbra, como consecuencia, un declive o déficit en la terminología y en la praxis de la calidad de la democracia y del buen gobierno. La variopinta irrupción de nuevos términos, susceptible de constituir un buen ejercicio de técnica legislativa cuando se incluye en disposiciones normativas o glosarios con definiciones aclaratorias, no parece que se plasme insoslayablemente en nuevos espacios de ejercicio democrático y de buen gobierno, sino en frecuentes manifestaciones de populismo, demagogia y desgobierno. De la misma manera que, por cierto, se suscitan sospechas en torno a un supuesto novedoso constitucionalismo que, a lo peor, ni es nuevo (en el

y un reconocimiento como principios y a la vez como derechos, en las disposiciones constitucionales de diversos países, en especial en España y en la Europa comunitaria”.

<sup>82</sup> JIMENA QUESADA, L., “Perfiles actuales del buen gobierno como imperativo de calidad democrática: una visión desde Europa y España”, *Anuario de la Red Eurolatinoamericana de Buen Gobierno y Buena Administración*, 2020, p. 15.

<sup>83</sup> RAMIÓ, C., *La extraña pareja. La procelosa relación entre políticos y funcionarios*, cit., p. 87.

uso de categorías clásicas de la teoría constitucional)<sup>84</sup> ni se revela democrático (en el uso de los instrumentos de participación ciudadana, impregnados de una ficticia *democracia de Twitter*).

Con el telón de fondo de esos cambios terminológicos y normativos, en cierto grado cosméticos, resultan altisonantes nociones como administración electrónica y gobierno abierto, al no compadecerse en la praxis con una alfabetización o accesibilidad a las nuevas TIC<sup>85</sup> (a causa de una brecha digital trocada de pobreza y exclusión social) que hace ilusoria la democracia electrónica y los propios Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que configuran la Agenda 2030 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015<sup>86</sup>. Irremediablemente, la calidad de la democracia está influida por la era tecnológica y, desde luego, las nuevas TIC influyen, cuando menos, en tres pilares esenciales como son la participación ciudadana en los procesos electorales, en los *inputs* y *outputs* de los parlamentos, y en los medios digitales y las nuevas formas de información (y desinformación) a través de redes sociales y espacios web que afectan a la creación y manipulación de la opinión pública<sup>87</sup>.

Lo dicho no es óbice para reflexionar en clave positiva acerca de cómo la robotización en curso produce grandes mutaciones en nuestras sociedades, poniéndose así el punto de mira en cómo nuestras democracias robotizadas son aptas para promover una sociedad más justa e igualitaria<sup>88</sup>. En ese contexto de digitalización y robotización de la democracia, la creciente “supremacía cuántica” debe ser objeto de reconducción para la integración de la ética y la transparencia en el propio algoritmo<sup>89</sup>, lo cual constituye todo un reto para garantizar que la inteligencia artificial evite perniciosos sesgos humanos y mejore la sociedad garantizando una toma de decisiones equitativa e igualitaria<sup>90</sup>.

En último término, la garantía eficaz de la vigencia de la calidad democrática y del buen gobierno puede asegurarse por distintas vías en función de las diversas

<sup>84</sup> Para un discernimiento de las diversas nociones implicadas, léase BENAVIDES ORDÓÑEZ, J., “Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina”, *Ius Humani*, Vol. 5, 2016, particularmente pp. 175-177.

<sup>85</sup> Ese y otros desafíos son acometidos con exhaustividad por CASTELLANOS CLARAMUNT, J., *Participación ciudadana y buen gobierno democrático: posibilidades y límites en la era digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020. Con análoga filosofía, la participación ciudadana (en conexión con la tecnología, la transparencia y la rendición de cuentas) se ha destacado como uno de los vectores esenciales del gobierno abierto: SOLIS RIBEIRO, R., “¿En qué consiste un gobierno abierto?”, Naser, A., Ramírez-Alujas, A. y Rosales, D. (eds.), *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, 2017, p. 85.

<sup>86</sup> Véase el apartado 15 de la introducción de la Declaración final de la Agenda 2030, así como el concreto Objetivo 16 cuando propugna “crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas”.

<sup>87</sup> El modo en que esos tres pilares democráticos se están viendo afectados por las nuevas TIC es analizado en cada una de las tres partes en que se estructura la obra de SÁNCHEZ NAVARRO, A. y FERNÁNDEZ RIVEIRA, R.M. (dirs.), *Reflexiones para una democracia de calidad en una era tecnológica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

<sup>88</sup> Con tal enfoque, MORENO, L. y JIMÉNEZ, R., *Democracias robotizadas. Escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, Catarata, Madrid, 2018.

<sup>89</sup> Con razón se ha criticado la opacidad que genera en la ciudadanía el uso de los algoritmos a través de los robots software de las administraciones públicas: CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Robots, asistentes virtuales e automatizaciones das administraciones públicas”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 61, 2021, p. 20.

<sup>90</sup> MORENO, L. y JIMÉNEZ, R., *De fuera hacia dentro. Reflexiones de cambio en tiempos de pandemia, 2019-21*, Amazon, 2021, p. 95.

vertientes analizadas, esto es: a) los perfiles del buen gobierno ante las exigencias de la regeneración democrática son susceptibles de hacerse valer mediante la activación de la responsabilidad penal frente a la corrupción; b) los perfiles de la buena gobernanza ante los dictados de la eficiencia y eficacia democráticas, cuando quepa reconducirlos a la legalidad de la actuación gubernamental y administrativa, podrán someterse al control de la jurisdicción contencioso-administrativa; c) y los perfiles de la buena gobernabilidad ante los reclamos de gobierno abierto y militancia democrática presentarán unas dosis de supervisión más o menos contundentes en función del acomodo a los emergentes códigos de buen gobierno (en la medida en que esas normas éticas reflejen obligaciones legales –y, entonces, puedan someterse asimismo al tamiz jurisdiccional– o prevalentemente morales –en cuyo caso, quedarán al albur y grado de severidad de la crítica social, con las eventuales implicaciones políticas y electorales–).

A fin de cuentas, la garantía preventiva por excelencia del buen gobierno pasa por la formación de los sujetos gobernantes y por la más amplia pedagogía ciudadana, puesto que la cultura de los derechos (asimismo de los derechos al buen gobierno y a la buena administración), y su correlato para quienes soportan los correspondientes deberes de buen gobierno y de buena administración<sup>91</sup>, constituyen el mejor antídoto frente a una pésima acción (de gobierno, de gobernanza y de gobernabilidad) a todos los niveles, incluido el local<sup>92</sup>.

Regap



ESTUDIOS

## Bibliografía

- ABA CATOIRA, A., “Los desórdenes informativos en un sistema de comunicación democrático”, *Revista de Derecho Político*, n. 109, 2020.
- BAR CENDÓN, A., “La Unión Europea como unión de valores y derechos: teoría y realidad”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 33, 2014.
- BASSIOUNI, M.C. y VETERE, E., “Organized Crime and its Transnational Manifestations”, Bassiouni, M.C. (ed.), *International Criminal Law: Crimes*, Vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Transnational Publishers, New York, 1999.
- BENAVIDES ORDÓNEZ, J., “Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina”, *Ius Humani*, Vol. 5, 2016.
- BENTHAM, J., *Fragmento sobre el Gobierno* (trad. de J. Larios Ramos), Sarpe, Madrid, 1984.
- BLANES, M.A., “Principales novedades de la Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Generalitat Valenciana”, *Blog de Transparencia y Gobierno Abierto*. Acceso web: <https://miguelangelblanes.com/2022/04/25/>

<sup>91</sup> *Vid.*, ampliamente, PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

<sup>92</sup> Así lo ha destacado igualmente PONCE SOLÉ, J., “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)”, *Anuario del Gobierno Local 2012*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, 2013, p. 114.

- principales-novedades-de-la-ley-1-2022-de-13-de-abril-de-transparencia-y-buen-gobierno-de-la-generalitat-valenciana/.
- BROWER BELTRAMIN, J., “En torno al sentido de gobernabilidad y gobernanza: delimitación y alcances”, *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, n. 67, 2016.
- CABANAS VEIGA, M., “La raíz de la corrupción política en España”, *Política Hoy*, n. 1, 2020.
- CASTELLANOS CLARAMUNT, J., *Participación ciudadana y buen gobierno democrático: posibilidades y límites en la era digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Robots, asistentes virtuales e automatizaciones das administraciones públicas”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 61, 2021.
- COTARELO GARCÍA, R., “La universalización de la democracia”, *Sistema*, n. 4, 1991.
- COTINO HUESO, L., “El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 40, 2017.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J. y TAJADURA TEJADA, J., *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, 3ª ed., Ed. Guillermo Escolar, Madrid, 2022.
- DE VEGA GARCÍA, P., “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 100, 1998.
- DIDEROT, D. y LE ROND D’ALEMBERT, J., *Artículos políticos de la “Enciclopedia”* (selección, traducción y estudio preliminar de R. Soriano y A. Porras), Tecnos (Colección ‘Clásicos del pensamiento’), Madrid, 1986.
- DUGUIT, L., *Manual de Derecho Constitucional (1921)*, (edición preparada por J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González), Granada, Comares, 2005.
- GARCÍA MACHO, R., “El derecho a la información, la publicidad y transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el público”, García Macho, R. (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- GARCÍA MEXÍA, P., “La ética pública. Perspectivas actuales”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 114, 2001.
- GRETEL, *Curso de técnica legislativa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- JIMENA QUESADA, L., *La Europa social y democrática de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007.
- JIMENA QUESADA, L., “El tríptico liberal en el constitucionalista social”, *Revista General de Derecho Público Comparado (Monográfico sobre Liberté, Égalité, Fraternité)*, n. 20, 2017.
- JIMENA QUESADA, L., “Título II. Buen Gobierno”, Díez Sánchez, J.J. y García Macho, R. (eds.), *Comentarios a la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana*, Editorial Reus, Madrid, 2019.
- JIMENA QUESADA, L., “Perfiles actuales del buen gobierno como imperativo de calidad democrática: una visión desde Europa y España”, *Anuario de la Red Eurolatinoamericana de Buen Gobierno y Buena Administración*, 2020.

- LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución* (trad. de A. Gallego Anabitarte), 4.<sup>a</sup> reimpr., Ariel, Barcelona, 1986.
- MALDONADO-MELÉNDEZ, M.A. y BRINGAS GÓMEZ, M.A., *La integridad, el buen gobierno y la buena administración en las contrataciones públicas*, Gaceta Jurídica, Lima, 2021.
- MILL, J.S., *Del Gobierno representativo* (trad. de M.C.C. de Iturbe), Tecnos (Colección ‘Clásicos del pensamiento’), Madrid, 1985.
- MONTERO CARO, M.D., *Gobierno abierto como oportunidad de cambio*, Dykinson, Madrid, 2020.
- MORENO, L. y JIMÉNEZ, R., *Democracias robotizadas. Escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, Catarata, Madrid, 2018.
- MORENO, L. y JIMÉNEZ, R., *De fuera hacia dentro. Reflexiones de cambio en tiempos de pandemia, 2019-21*, Amazon, 2021.
- MORLINO, L., *La calidad de las democracias en América Latina*, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), San José de Costa Rica, 2014.
- NIETO-GUERRERO LOZANO, A.M., “Luces y sombras del derecho de acceso a los documentos de las instituciones comunitarias”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n. 218, 2002.
- PACE, A., *I limiti del potere*, Jovene Editore, Napoli, 2008.
- PERUZZOTTI, E. y SMULOVITZ, C., “Accountability Social: la otra cara del control”, Peruzzotti, E. y Smulovitz, C. (eds.), *Controlando la política: ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas*, Temas, Buenos Aires, 2002.
- PIETRO DE PEDRO, J., *Cultura, culturas y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- PONCE SOLÉ, J., “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)”, *Anuario del Gobierno Local 2012*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, 2013.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Principios de ética pública. ¿Corrupción o servicio?*, Montecorvo, Madrid, 1993.
- ROSANVALLON, P., *El buen gobierno* (trad. Horacio Pons), Manantial, Buenos Aires, 2015.
- RAJAGOPAL, B., “International Law and Social Movements: Challenges of Theorizing Resistance”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 41, n. 2, 2003.
- RAMIÓ, C., *La extraña pareja. La procelosa relación entre políticos y funcionarios*, 2<sup>a</sup> ed., Catarata, Madrid, 2015.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado Constitucional democrático y social*, UNAM, Ciudad de México, 2005.

Regap



ESTUDIOS

- SAINZ MORENO, F., “La técnica normativa. Visión unitaria de una materia plural”, Corona, J.M., Pau, F. y Tudela, J. (coords.), *La técnica legislativa a debate*, Tecnos, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ NAVARRO, A. y FERNÁNDEZ RIVEIRA, R.M. (dirs.), *Reflexiones para una democracia de calidad en una era tecnológica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- SARTORI, G., *Teoría de la democracia. Tomo II: Los problemas clásicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1988.
- SOLIS RIBEIRO, R., “¿En qué consiste un gobierno abierto?”, Naser, A., Ramírez-Alujas, A. y Rosales, D. (eds.), *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, 2017.
- TERUEL LOZANO, G.M., “Perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital”, *Fundamentos*, n. 9 (Monográfico sobre *La era de los derechos*), 2016.
- TERUEL LOZANO, G.M., “Los decretos-leyes en la crisis del coronavirus: perspectiva constitucional”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n. 8, 2020.
- TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004.
- TOMÁS MALLÉN, B., “El derecho a una buena administración. Nuevos perfiles de una vieja aspiración ciudadana”, Peces-Barba Martínez, G. y otros (coords.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, tomo IV (Siglo XX), volumen VI (*El derecho positivo de los derechos humanos*), libro III (*Los derechos económicos, sociales y culturales*), Madrid, Dykinson, 2013.
- TOMÁS MALLÉN, B., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la pandemia de la COVID-19 (análisis de las primeras decisiones)”, *Revista General de Derecho Europeo*, n. 54, 2021.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 63\_enero-junio 2022 | pp. 183-207  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.vii63.4917>  
© María Olaya Godoy Vázquez  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 31/03/2022 | Aceptado: 14/07/2022  
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

63 Regap

## Impacto do COVID-19 na transparencia

# Impacto del COVID-19 en la transparencia

## Impact of COVID-19 on transparency

Regap



ESTUDIOS

MARÍA OLAYA GODOY VÁZQUEZ  
Profesora ayudante doctora de Derecho Constitucional  
Universidad Complutense de Madrid

<https://orcid.org/0000-0002-9775-1139>

[olagodoy@ucm.es](mailto:olagodoy@ucm.es)

**Resumo:** A declaración do estado de alarma en marzo de 2020 para facer fronte a unha crise sanitaria sen precedentes provocada pola irrupción do COVID-19 en España levou consigo a suspensión dos procedementos administrativos, incluída a tramitación das solicitudes de acceso a la información pública; impuxo restricións ao exercicio da liberdade de prensa; e evidenciou a fragilidade dos mecanismos considerados na Lei 19/2013 para a tutela da transparencia. Ao longo deste estudo realízase unha aproximación ao ámbito xurídico da transparencia e analízase o impacto que o COVID-19 despregou nos seus distintos aspectos.

**Palabras clave:** COVID-19, estado de alarma, transparencia, liberdade de prensa, dereito de acceso á información, información pública, suspensión de procedementos administrativos, contratación pública de emerxencia.

**Resumen:** La declaración del estado de alarma en marzo de 2020 para hacer frente a una crisis sanitaria sin precedentes provocada por la irrupción del COVID-19 en España conllevó la suspensión de los proce-

dimientos administrativos, incluida la tramitación de las solicitudes de acceso a la información pública; impuso restricciones al ejercicio de la libertad de prensa; y evidenció la fragilidad de los mecanismos contemplados en la Ley 19/2013 para la tutela de la transparencia. A lo largo del presente estudio se realiza una aproximación al ámbito jurídico de la transparencia y se analiza el impacto que el COVID-19 ha desplegado en sus distintos aspectos.

**Palabras clave:** COVID-19, estado de alarma, transparencia, libertad de prensa, derecho de acceso a la información, información pública, suspensión de procedimientos administrativos, contratación pública de emergencia.

**Abstract:** The declaration of the state of alarm in March 2020 to confront an unprecedented health crisis caused by the outbreak of COVID-19 in Spain led to the suspension of administrative procedures, including processing requests for access to public information; imposed restrictions on the exercise of freedom of the press; and evidenced the fragility of the mechanisms addressed in Act 19/2013 for the protection of transparency. This study provides an approach to the legal field of transparency and analyses the impact that COVID-19 has had on its different aspects.

**Key words:** COVID-19, state of alarm, transparency, freedom of the press, right of access information, public information, suspension of administrative procedures, emergency public procurement.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 Ámbito jurídico de la transparencia. 2.1 Ámbito subjetivo. 2.1.1 Determinación del sujeto activo: el derecho de acceso a la información pública. 2.1.2 Determinación del sujeto pasivo: los distintos niveles de transparencia. 2.2 Ámbito objetivo. 2.2.1 La información pública: concepto y categorización. 2.2.2 La publicidad activa: principios generales y características. 3 Impacto del COVID-19 en el ámbito de la transparencia: medidas gubernamentales y efectos de la declaración del estado de alarma. 3.1 El control gubernamental de la información pública y la restricción de la libertad de prensa. 3.2 La suspensión del derecho de acceso a la información pública. 3.3 El incumplimiento de la obligación de publicidad activa: la opacidad de la contratación pública de emergencia y la ocultación de la composición del Comité de Expertos. 4 Reflexión final.

## 1 Introducción

La situación de pandemia provocada por el COVID-19 ha impactado de lleno en la transparencia, poniendo de manifiesto la fragilidad de los mecanismos contemplados para su tutela y la necesidad de proceder a su fortalecimiento<sup>1</sup>.

Durante los primeros meses de la crisis sanitaria (abril y mayo de 2020), se generalizó una percepción de falta de transparencia en la actividad gubernamental y de censura informativa<sup>2</sup>, debido a la concurrencia de distintos factores: cambio de formato en las ruedas de prensa y control de preguntas; suspensión, restricción o demora del acceso a la información pública; opacidad de los contratos públicos de emergencia adjudicados; y, entre otros, ocultación de la relación de miembros integrantes del Comité de Expertos que asesoraba al Gobierno, y del contenido de los informes empleados para autorizar el denominado proceso de “desescalada”. La conjunción de estas circunstancias, en el marco de un estado de alarma declarado para hacer frente a una crisis sanitaria sin precedentes, propició que los medios

<sup>1</sup> BLANES CLIMENT, M.A., “La incidencia del Covid-19 sobre la transparencia de las instituciones públicas”, *Revista Española de la Transparencia*, n. 11, 2020, p. 16.

<sup>2</sup> IBÁÑEZ PEIRÓ, A., “La actividad informativa del Gobierno español durante la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus, Covid-19”, *Revista Española de Comunicación en Salud*, n. extra 1, 2020, p. 24.

de comunicación incorporasen a la agenda mediática noticias relacionadas con la transparencia y la libertad de información<sup>3</sup>, argumentando que en este contexto el acceso sin restricciones a la información pública adquiriría la máxima relevancia por dos motivos: para satisfacer el aumento de la demanda ciudadana y como fórmula para ejercer un nivel mínimo de control sobre la actividad gubernamental.

La labor de los medios de comunicación contribuye de manera esencial al ejercicio de ese necesario control de la actividad gubernamental, y se complementa con los mecanismos de transparencia contemplados en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (Ley 19/2013).

Conforme a lo dispuesto en esta ley, la regulación de la transparencia en España se ha articulado en torno a dos aspectos: la obligación de publicidad activa de la actividad pública y el reconocimiento y garantía del derecho de acceso a la información pública. En la práctica, su aplicación se ha concretado en la imposición de obligaciones vinculantes para los responsables y en las consecuencias jurídicas derivadas de su vulneración.

Desde una perspectiva jurídica, la transparencia puede definirse como el deber (o la voluntad) de dar razón de los propios actos, es decir, de explicar de forma razonada y razonable las actuaciones llevadas a cabo<sup>4</sup>. Se pretende así ofrecer una imagen de solvencia frente a terceros. Sin embargo, desde un punto de vista político, la transparencia va más allá, y se erige en instrumento medidor de la realización del Estado democrático y de derecho<sup>5</sup>. El Gobierno transparente fomenta la rendición de cuentas ante los ciudadanos y promueve un control social permanente<sup>6</sup>. La transparencia se convierte así en un instrumento para reforzar la confianza ciudadana, promover la cohesión social y contribuir al fortalecimiento de las instituciones. Más transparencia conlleva, por tanto, mejor calidad democrática<sup>7</sup>.

La declaración del estado de alarma, ya declarado inconstitucional<sup>8</sup>, suspendió el ejercicio de derechos que gozan en nuestro ordenamiento del máximo nivel de protección, como son la libertad religiosa, la libertad de circulación y de residencia,

<sup>3</sup> ESPINOSA SÁNCHEZ, N., "Censura y manipulación informativa durante las primeras semanas de la crisis del Coronavirus en España", *La Razón Histórica*, n. 46, 2020, p. 41.

<sup>4</sup> ARENILLA SÁEZ, M. y REDONDO LEBRERO, J.C., *Crisis y reforma de la Administración Pública*, Netbiblo, Oleiros, 2011, p. 360.

<sup>5</sup> ARES GONZÁLEZ, V., "Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 33, mayo 2014, p. 4.

<sup>6</sup> RAMÍREZ ALUJAS, A., "Gobierno Abierto, Servicios Públicos 2.0 y Ciudadanía Digital: Notas para una nueva agenda de modernización de la gestión pública en Iberoamérica", *GIGAPP Estudios/Working Papers*, 2011, p. 25.

<sup>7</sup> La transparencia tiene atribuida una función instrumental, puesto que permite que los ciudadanos ejerzan sus derechos de forma plena y que realicen un escrutinio público estricto que mejora la calidad democrática, ya que, como señala HERNÁNDEZ RAMOS, en caso contrario "con poderes públicos sin ser sometidos a una efectiva rendición de cuentas, tanto institucional como ciudadana, es cuestión de tiempo que la calidad democrática languidezca y la desafección ciudadana crezca". HERNÁNDEZ, RAMOS, M., "El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del TEDH: un derecho instrumental imprescindible para la eficacia del Convenio desde la teoría general de los derechos", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 42, 2018, p. 508.

<sup>8</sup> El Tribunal Constitucional, en virtud de la Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021, resolvió el Recurso de inconstitucionalidad 2054/2020, interpuesto por el Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; el Real decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real decreto 463/2020, y la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la

la libertad de información y el derecho a la educación. Y conllevó la interrupción de todos los plazos administrativos (y la suspensión de todos los procedimientos administrativos), incluidos los relativos a la tramitación de las solicitudes de acceso a la información pública. La adopción de esta medida, sin precedentes, no solo privó a los ciudadanos de este derecho, que cobra especial relevancia en tiempos de incertidumbre, sino que, además, restó eficacia a la libertad de prensa al restringir el derecho que tienen los medios de comunicación a obtener y difundir información pública<sup>9</sup>.

A lo largo de este estudio se realiza una aproximación al ámbito jurídico de la transparencia (II) desde sus dos vertientes: su ámbito subjetivo (2.1) y su ámbito objetivo (2.2). A continuación, se aborda el impacto que la declaración del estado de alarma ha tenido en distintos aspectos de la transparencia (III): control de la información y restricción del ejercicio de las libertades informativas (3.1); suspensión del derecho de acceso a la información pública (3.2); e incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa (3.3). El estudio concluye con una breve reflexión final (IV).

## 2 Ámbito jurídico de la transparencia

La Ley 19/2013 constituye la norma general sobre transparencia en España, generalidad que se deriva del carácter de legislación básica que presentan la mayor parte de sus preceptos, de su amplio ámbito de aplicación y del concepto de información pública sobre el que pivota.

A tenor de lo dispuesto en su artículo 1, la ley pretende ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, así como regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a esa actividad, además de establecer obligaciones de buen gobierno que no integran el objeto de este estudio.

### 2.1 Ámbito subjetivo

Al efectuar una aproximación al ámbito subjetivo de la Ley 19/2013, cabe distinguir el análisis desde la perspectiva del sujeto activo (titular del derecho de acceso a la información pública) y desde la posición de los sujetos pasivos (obligados a ser transparentes).

#### 2.1.1 Determinación del sujeto activo: el derecho de acceso a la información pública

La ley dedica el capítulo II del título I (arts. 12 a 24) a regular el derecho de acceso a la información pública. Así, en su artículo 12 reconoce el derecho de acceso a la información pública de “todas las personas”, por remisión del artículo 105 B) de

---

que se establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ BLANCO, V., “¿Se vulneró el Derecho a recibir información durante el primer estado de alarma en la crisis del Covid-19?”, *Revista Española de la Transparencia*, n. 12, 2021, p. 228.

la Constitución. Por consiguiente, la titularidad del derecho se atribuye a personas físicas y jurídicas, nacionales y extranjeras. Con esta regulación se introduce un gran avance respecto de la normativa anterior, puesto que la Ley 30/92, en su artículo 37, utilizaba el término ciudadano y restringía el ejercicio del derecho de acceso a la acreditación de un interés legítimo. La Ley 19/2013 comporta ahora el reconocimiento del derecho de acceso bajo un concepto más amplio y, por consiguiente, otorga una amplísima legitimación activa al no exigir la acreditación de ningún requisito especial para solicitar y acceder a la información pública.

El ejercicio del derecho de acceso se lleva a cabo por solicitud, tramitada conforme al procedimiento que se regula en el artículo 17: escrito dirigido al titular del órgano (o entidad) que esté en posesión de la información que se desea obtener haciendo constar la identidad del solicitante, la información concreta a la que se desea acceder, una dirección de contacto y la modalidad de acceso preferida.

Se establecen asimismo los criterios para la inadmisión de las solicitudes (art. 18), delimitando como causas: que la información solicitada esté en proceso de elaboración o publicación general; que tenga carácter auxiliar o de apoyo (p. e. borradores o informes internos); que esté en proceso de reelaboración; que se haya dirigido a un órgano que no posea la información; que se trate de peticiones manifiestamente repetitivas; o que tenga carácter abusivo. La inadmisión determina la finalización del procedimiento; no obstante, procede destacar que la ley exige que la inadmisión sea motivada en todo caso. Conforme a los criterios interpretativos fijados por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno<sup>10</sup>, la exigencia de motivación implica expresar la causa de inadmisión, y su correspondiente justificación legal o material, de una forma concreta y aplicada a cada caso.

Admitido a trámite el procedimiento, la solicitud deberá ser resuelta en el plazo de un mes, a contar desde su recepción por el órgano competente para resolverla, plazo que podrá ser ampliado por otro mes más, en caso de complejidad o del amplio volumen de información a facilitar (art. 20.1). En caso de estimación, el acceso a la información pública solicitada se efectuará preferentemente por vía electrónica y con carácter gratuito (art. 22.1). La no resolución en plazo tendrá efecto desestimatorio (art. 20.4) y facultará, o bien para la interposición de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 20.5), o bien para la formulación de recurso ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (art. 24), recurso que tiene carácter sustitutivo de los recursos administrativos ordinarios: alzada o reposición<sup>11</sup>.

La denegación de la solicitud formulada deberá ser motivada (art. 20.2) y también abrirá la vía de recurso por cualquiera de las dos opciones. Las reclamaciones (por denegación expresa o desestimación por transcurso del plazo máximo para resolver) deberán interponerse en el plazo de un mes, y deberán ser resueltas en un plazo de tres meses. Ya en último término resulta destacable que el incumplimiento

<sup>10</sup> Órgano que crea la propia Ley (arts. 33-40) como garante del derecho de acceso a la información pública. SIERRA RODRÍGUEZ, J., "A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. (coord.), *Apuntes sobre la transparencia*, UCM, Madrid, 2018, p. 19.

<sup>11</sup> ORDUÑA PRADA, E., "La estructura orgánica del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno", Troncoso Reigada, A. (coord.), *Comentario a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Civitas, Madrid, 2017, pp. 1696-1716.

reiterado del plazo previsto para resolver las solicitudes se califica como infracción grave (art. 20.6).

La propia Constitución establece en el artículo 105 b) tres límites al ejercicio del derecho de acceso a la información pública: la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de delitos y la intimidad de las personas. Al emanar toda la regulación del derecho de acceso de ese precepto constitucional, los límites que contempla deben ser tenidos en cuenta para el desarrollo legislativo. Por consiguiente, la ley, en su artículo 14, recoge una serie de ámbitos que limitan el acceso a la información pública cuando pueda suponer un perjuicio; y en su artículo 15 concilia la relación entre el derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales.

En el sentido expuesto, el artículo 14 incorpora las previsiones constitucionales y añade una serie de campos que rigen como límite: las relaciones exteriores; las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; intereses económicos y comerciales; la política económica y monetaria; el secreto profesional; la propiedad industrial e intelectual; los procesos de toma de decisión; y la protección del medio ambiente. A título conclusivo, cabría señalar que, a través de estos ámbitos, se protegen intereses de naturaleza pública, derechos e intereses privados, o derechos fundamentales<sup>12</sup>. A este respecto es importante precisar dos cuestiones. En primer lugar, que la limitación solo actúa cuando exista un perjuicio; la ley exige un daño y no un mero peligro para los bienes concurrentes que intenta proteger<sup>13</sup>. Y, en segundo lugar, que la limitación debe estar justificada y ser proporcionada al objeto y finalidad de la protección que se pretende<sup>14</sup>. Ambas precisiones resultan relevantes en la medida en que las denegaciones de las solicitudes de acceso a la información pública deben estar motivadas (art. 20.2).

Ya en último término procede destacar que el precepto, al hacer referencia a la justificación y proporcionalidad, introduce como criterio de valoración atender “a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso” (art. 14.2). Este matiz llama la atención, puesto que, como ya se ha señalado, no es requisito invocar ni acreditar justificación alguna para formular la solicitud (art. 12), pero parece que la motivación del interés por el solicitante podría ser determinante para favorecer el acceso a la información pública<sup>15</sup>.

La protección de datos personales como límite al ejercicio del derecho de acceso a la información pública radica en su condición de derecho fundamental reconocido como tal y, por tanto, especialmente protegido por la ley orgánica que lo regula (actualmente la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales). Por su parte, el derecho de acceso a la

<sup>12</sup> MORETÓN TOQUERO, M.ªA., “Los límites del derecho de acceso a la información pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 33, mayo 2014, p. 14.

<sup>13</sup> MORETÓN TOQUERO, M.ªA., “Los límites del derecho de acceso a la información pública”, cit., p. 14.

<sup>14</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, J., “A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, cit., p. 22.

<sup>15</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, J., “A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, cit., p. 22.

información pública ha sido regulado por ley ordinaria (la Ley 19/2013) y, por ello, su ejercicio debe acomodarse al régimen del derecho fundamental. La naturaleza ordinaria de la ley reguladora del derecho ha sido fuertemente criticada por un amplio sector de la doctrina que defiende que debería haber tenido carácter de ley orgánica, al entender que el derecho de acceso a la información pública tiene rango de derecho fundamental dada la estrecha relación que se aprecia entre el acceso a la información pública y el artículo 20.1 d) de la Constitución (derecho a la información)<sup>16</sup>.

La conciliación de la protección de datos personales y el ejercicio del derecho de acceso a la información pública se regula en el artículo 15. Como señala BURGAR<sup>17</sup>, se pueden establecer tres niveles de protección o categorías para los datos de carácter personal: en la primera categoría (máximo grado de protección) se encuentran los datos que están especialmente protegidos; en la segunda categoría se incluyen otros datos de carácter personal, que no gozan de la consideración de especialmente protegidos; y en la tercera categoría (menor grado de protección) se sitúan los referidos únicamente a datos identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad del órgano o entidad.

Con relación a los datos que están especialmente protegidos (primera categoría), el artículo 15 contempla dos niveles de protección que justifican la limitación o restricción del ejercicio del derecho de acceso a la información pública. A través del primer nivel de protección, se limita el acceso a la información pública que contemple datos relacionados con la ideología, la afiliación sindical, la pertenencia religiosa o las creencias. En estos supuestos, el acceso a la información solo estará permitido si los datos son públicos, o se ha obtenido con carácter previo y expreso el consentimiento del afectado. El segundo nivel de protección se aplica para limitar el acceso a la información pública que contiene alguno de los siguientes datos: datos con referencia al origen racial, a la salud o a la vida sexual; datos genéticos o biométricos; o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conlleven amonestación pública. En estos supuestos el acceso a la información solo estará permitido si existe cobertura legal, o se ha obtenido con carácter previo y expreso el consentimiento del afectado.

El acceso a la información pública que contenga datos personales no especialmente protegidos (segunda categoría) podrá limitarse previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información. Los criterios para efectuar esta ponderación están definidos en el artículo 15.3: la justificación de la petición de acceso; la finalidad del acceso (para fines históricos, científicos, estadísticos); el menor perjuicio de los derechos de los afectados cuando solo se consigne su identificación;

<sup>16</sup> Por todos PIÑAR MAÑAS, J.L., "Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno", *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 49, 2014, p. 11; y SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., "El derecho de acceso a la información pública en España y los Países Bajos. Dos escenarios mejorables", *Estudios de Deusto*, vol. 64, n. 2, 2016, p. 5.

<sup>17</sup> BURGAR ARQUIMBAU, J.M., "Aproximación a la protección de datos de carácter personal en el marco de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", *Revista Digital CEMCI*, n. 23, 2014, p. 9.

y la mayor garantía para los afectados en caso de información que pueda afectar a la intimidad, seguridad o a menores.

El acceso a la información pública que contenga datos correspondientes a la identificación de la organización, al funcionamiento o a la actividad pública del órgano o entidad se permitirá salvo que, en el caso concreto que se examine, deba prevalecer la protección de datos personales u otros derechos o bienes protegidos constitucionalmente (art. 15.2). La excepción a la regla general que se contempla en el precepto comporta de forma implícita la exigencia de una ponderación previa de todos los intereses concurrentes<sup>18</sup>.

Ya en último término, procede destacar que la información pública que haya sido objeto de tratamiento para disociar los datos de carácter personal, impidiendo así la identificación de los afectados, está excluida de toda protección (art. 15.4) y, por tanto, en ese caso concreto el acceso a la información pública no estará sujeta a ningún tipo de limitación.

La colisión entre la debida protección de los datos personales y el ejercicio del derecho de acceso a la información pública es constante, y obliga a la ponderación del interés público y de los derechos de los afectados en cada caso concreto, lo que constituye el origen del mayor número de controversias que se plantean en la aplicación de la ley. De ahí que la Agencia Española de Protección de Datos y el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno hayan fijado de forma conjunta los criterios interpretativos sobre los límites al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, con la finalidad de clarificar la relación entre ambas materias y lograr una interpretación uniforme de las normas.

### 2.1.2 Determinación del sujeto pasivo: los distintos niveles de transparencia

La condición de sujetos pasivos se describe en los artículos 2 a 4 de la Ley 19/2013, que conforman el capítulo I de su título I.

Esta fue la cuestión más debatida, y la que sufrió más modificaciones durante el proceso de elaboración de la ley, al ser el aspecto más permeable a las sugerencias de los expertos<sup>19</sup> y a las demandas sociales que se pusieron de manifiesto durante la consulta electrónica<sup>20</sup>, y fueron reiteradas por los medios de comunicación durante los años 2012 y 2013<sup>21</sup>. En consecuencia, durante la tramitación parlamentaria se amplió el ámbito de los sujetos pasivos, lo que fue interpretado positivamente, aunque, en la realidad, conllevó una desnaturalización de la concepción original de la norma, al forzar la introducción de regímenes particulares para poder ser respetuosa con

---

<sup>18</sup> BURGAR ARQUIMBAU, J.M., "Aproximación a la protección de datos de carácter personal en el marco de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", cit., p. 14.

<sup>19</sup> Las contribuciones de los expertos se recibieron en el seno de las sesiones celebradas entre abril y junio de 2012 en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y en las comparecencias ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados entre marzo y junio de 2013.

<sup>20</sup> Celebrada entre los días 26 de marzo y 10 de abril de 2012.

<sup>21</sup> ARES GONZÁLEZ, V., "Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública", cit., p. 10.

todos los intereses en juego<sup>22</sup>. Así, el ámbito subjetivo de la ley quedó configurado en tres niveles de transparencia, en función del mayor o menor grado de exigencia que el legislador impone a los sujetos pasivos.

El primer nivel (art. 2) es el que comprende el mayor número de sujetos pasivos<sup>23</sup> y puede identificarse con el de máxima transparencia, dada la vinculación de todos ellos al cumplimiento tanto de las obligaciones de publicidad activa previstas (arts. 5 a 8) como a la satisfacción del derecho de acceso a la información pública (publicidad pasiva, arts. 12 a 24). El grado de detalle que alcanza la enumeración del precepto ha merecido una valoración positiva. No obstante, algunos autores<sup>24</sup> han cuestionado la necesidad de incluir una referencia concreta a determinados sujetos al entender que están ya incluidos en otros (p. e., las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales). Por su parte, otros autores<sup>25</sup> han criticado su proyección limitada a las actividades sujetas al derecho administrativo de las instituciones del Estado (p. e., la Casa Real) por la dificultad que entraña esta delimitación.

Ya en último término procede resaltar que, a pesar del tratamiento unitario que en apariencia se otorga a todos los sujetos, al incluirlos en el mismo precepto, en la aplicación práctica, las obligaciones de publicidad activa son diferentes, siendo mayor el grado de exigencia que se impone a los sujetos que tienen la consideración de administraciones públicas<sup>26</sup>. Y tampoco resulta plenamente coincidente en todos ellos el ámbito de actividad que debe ser transparente conforme a la ley<sup>27</sup>.

El segundo nivel (art. 3), de intensidad notablemente inferior, comprende varios tipos de entidades privadas que presentan diferencias sustanciales entre sí, y que quedan sometidas solo al cumplimiento de alguna de las obligaciones de publicidad activa (previstas en el capítulo II del título I). En este precepto se incluye, por un lado, a los partidos políticos y a las organizaciones sindicales y empresariales; y, por otro lado, a las entidades receptoras de ayudas o subvenciones públicas, en una cuantía

<sup>22</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, J., "A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", cit., p. 19.

<sup>23</sup> Administración general del Estado, administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla y entidades que integran la Administración local; entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, así como mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social; organismos autónomos, agencias estatales, entidades públicas empresariales y entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad; entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las administraciones públicas o dependientes de ellas, incluidas las universidades públicas; corporaciones de derecho público, en lo relativo a sus actividades sujetas a derecho administrativo; la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a derecho administrativo; las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100; las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones; las asociaciones constituidas por las administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo.

<sup>24</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 64.

<sup>25</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, J., "A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", cit., p. 18.

<sup>26</sup> ARES GONZÁLEZ, V., "Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública", cit., p. 12.

<sup>27</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, J., "A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", cit., p. 18.

anual relevante en función de determinados parámetros (el denominado tercer sector). Este precepto no figuraba en el proyecto original de la ley y se incorporó durante el trámite parlamentario en el Congreso de los Diputados.

Lo que justificó la inclusión de los partidos políticos y de las organizaciones sindicales y empresariales fue la importancia de su actividad y la relevancia constitucional que se reconoce a sus funciones (en el título preliminar de la Constitución, arts. 6 y 7), y no que entre sus fuentes de financiación las ayudas y subvenciones públicas ocupen un lugar destacado. Por consiguiente, aunque un partido político (o un sindicato) se financie exclusivamente con recursos privados, continúa sujeto al cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa con el mismo grado de exigencia que otro que reciba varios millones de euros de subvenciones públicas al año. Debe destacarse que durante la tramitación de la ley se planteó si hubiera sido más correcto regular las obligaciones de publicidad activa de los partidos políticos y de las organizaciones sindicales y empresariales en sus propias normas reguladoras<sup>28</sup>.

Para la inclusión de las entidades privadas perceptoras de lo que se ha denominado una “financiación pública relevante”<sup>29</sup>, el legislador ha establecido un doble criterio: uno absoluto, percepción de más de 100.000 € en cómputo anual; y otro relativo, percepción mínima de 5.000 € que comporte, al menos, el 40 % del total de los ingresos anuales. Estos criterios adoptados por el legislador persiguen acoger a un número suficiente de entidades que justifique la previsión legal, sin obligar a que el mero hecho de percibir una pequeña cantidad de dinero público conlleve el cumplimiento de unas obligaciones que resultarían más gravosas cuanto más pequeña fuese la entidad. A este respecto cabe señalar que el mínimo fijado en el texto que el Congreso de los Diputados remitió al Senado era de 3.000 € y que fue durante la tramitación parlamentaria en el Senado donde se acordó su elevación hasta los 5.000 €.

El tercer nivel (art. 4) contiene una cláusula residual, al prever que determinadas personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas tengan que suministrar a algunos de los sujetos enumerados en el artículo 2.1 (principalmente los que tienen la consideración de administraciones públicas) la información que precisen para el cumplimiento de sus obligaciones en materia de transparencia<sup>30</sup>. Se trata del nivel de menor intensidad, puesto que solo impone a los sujetos que comprende la obligación de facilitar determinada información pública al órgano o entidad que proceda, previo requerimiento, y no exige el cumplimiento de obligación alguna en materia de publicidad activa y satisfacción del derecho de acceso a la información pública.

<sup>28</sup> Las opiniones a favor de esta opción se fundamentaron en los posibles problemas, disfunciones y dudas de interpretación que puede generar la inclusión de sujetos de naturaleza privada en una norma diseñada y concebida para entidades públicas. ARES GONZÁLEZ, V., “Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública”, cit., p. 17.

<sup>29</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, J., “A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, cit., p. 19.

<sup>30</sup> El artículo 4 de la ley dispone que “las personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquéllos de las obligaciones previstas en este título. Esta obligación se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato”.

Esta cláusula residual persigue un doble objetivo: por una parte, impedir que pudieran quedar al margen de la transparencia personas relevantes para la sociedad por las funciones que desempeñan (prestación de servicios públicos o ejercicio de potestades administrativas); y, por otra parte, evitar la dificultad que habría supuesto para muchas de ellas la aplicación del procedimiento administrativo previsto para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Esta previsión legal traslada a la Administración pública la carga de articular el procedimiento administrativo necesario (requerimiento) para que los ciudadanos puedan acceder a la información pública que obra en poder de estas personas y que, en ocasiones, despierta gran interés. Ahora bien, sin obviar las virtudes del precepto, se ha criticado que su redacción puede plantear algunos problemas en su aplicación<sup>31</sup>: la interpretación y alcance del término servicio público, cuestión no siempre pacífica en la doctrina administrativa; y las consecuencias que puedan derivarse del incumplimiento de la obligación de suministrar la información requerida.

## 2.2 Ámbito objetivo

El concepto de información pública delimita el ámbito objetivo de la norma y, por tanto, las posibilidades de ejercitar el derecho de acceso a la información pública y la imposición de las obligaciones en materia de publicidad activa.

### 2.2.1 La información pública: concepto y categorización

Conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 19/2013, se entiende por información pública “los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”. Esta definición supuso una ruptura con la concepción de información que inspiraba el tenor del artículo 37 de la Ley 30/92, que ponía el acento en los documentos<sup>32</sup>. En la interpretación sistemática del artículo 13, BARRERO no entiende acertado considerar que información pública es la que obra en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del título I de la ley, puesto que los sujetos que se relacionan en el artículo 3 (partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales y entidades privadas) no se encuentran vinculados por la obligación de publicidad pasiva. Por ello, a su entender, la expresión “en poder de” ha de interpretarse no solo como detentación física, sino también jurídica<sup>33</sup>.

La ley agrupa la información a publicar (arts. 6 a 8) en tres categorías: información institucional, organizativa y de planificación; información de relevancia jurídica; e información económica, presupuestaria y estadística.

<sup>31</sup> ARES GONZÁLEZ, V., “Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública”, cit., p. 19.

<sup>32</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, cit., p. 212.

<sup>33</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, cit., p. 212.

Como han señalado distintos autores<sup>34</sup>, la información que se incluye en esta primera categoría (institucional, organizativa y de planificación) era accesible ya, en la mayor parte de las entidades públicas, con anterioridad a la entrada en vigor de la ley. El contenido de esta información debe incluir la atribución de competencias y funciones, la normativa de aplicación, la estructura organizativa y la identificación de los responsables. La ley exige también la publicación del organigrama y del perfil y trayectoria profesional de los responsables. El artículo 6.2 introduce otras obligaciones, como la publicación de los planes y programas anuales y plurianuales que fijen objetivos concretos, y de las actividades, medios y plazo previsto para su ejecución. Esta obligación ha sido criticada al entender que presume que las entidades públicas ejecutan correctamente la labor de planificación y disponen de planes bien elaborados, presunción que se aparta mucho de la realidad<sup>35</sup>. La información institucional y organizativa deberá ser publicada por todos los sujetos pasivos de la ley. La información de planificación solo habrán de publicarla las administraciones públicas.

En la segunda categoría (información de relevancia jurídica) se incluyen (art. 7) directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas vinculantes; también anteproyectos de ley, proyectos de decretos legislativos y de reglamentos, las memorias e informes de los expedientes para la elaboración de textos normativos, y cualquier otro documento que, conforme a la normativa sectorial, tenga que ser sometido al trámite de información pública. Se trata de una información que reviste gran importancia para los ciudadanos, especialmente para los profesionales del derecho; y facilita el control sobre la actuación del poder ejecutivo en la elaboración de las normas incrementando la seguridad jurídica. Este bloque se corresponde principalmente con información que ya se venía publicando como consecuencia de las obligaciones emanadas de las normas de gobierno y administración<sup>36</sup>.

La tercera categoría incluye la información más relevante para satisfacer la demanda pública de transparencia (información económica, presupuestaria y estadística) y persigue generar o potenciar la confianza de los ciudadanos en las instituciones. La tipología contemplada en el artículo 8 es variada. En concreto, y sin profundizar en los aspectos de detalle, se requiere la publicación de la información de los procesos de contratación y encomiendas de gestión; convenios; subvenciones y ayudas públicas; presupuestos (partidas, ejecución, indicadores, etc.); cuentas anuales e informes de fiscalización y auditoría; retribuciones e indemnizaciones de altos cargos y asimilados; autorizaciones y resoluciones de compatibilidad; relaciones de bienes inmuebles; información estadística sobre contratos; y, entre otras, información estadística sobre el grado de cumplimiento y la calidad en la prestación de los servicios públicos. La puesta a disposición de esta información corresponde a todos los sujetos pasivos de la ley; no obstante, las obligaciones de los sujetos incluidos en el

<sup>34</sup> Por todos, SIERRA RODRÍGUEZ, J., "A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", cit., p. 24.

<sup>35</sup> ARES GONZÁLEZ, V., "Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública", cit., p. 10.

<sup>36</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, J., "A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", cit., p. 25.

artículo 3 (partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales y entidades privadas receptoras de ayudas o subvenciones públicas en una cuantía anual relevante) se circunscriben, exclusivamente, a publicar información sobre los contratos y convenios que suscriban con las administraciones públicas, y sobre las ayudas y subvenciones públicas que reciban.

### 2.2.2 La publicidad activa: principios generales y características

Se entiende por publicidad activa la obligación que tienen los sujetos pasivos de difundir de forma continua y permanente la información pública relevante, para garantizar la transparencia de la actividad de la Administración pública y, a la vez, facilitar la participación y el control de los ciudadanos sobre los asuntos públicos<sup>37</sup>.

La publicidad activa tampoco es un concepto novedoso introducido en el ordenamiento español por la Ley 19/2013, puesto que la Ley 30/1992 ya exigía publicidad para determinada información administrativa (p. e. imponía la publicación de determinados actos administrativos y contemplaba el trámite de información pública), y la Ley 7/2007 del Estatuto del empleado público establecía la publicación de los nombramientos de los funcionarios de carrera. La novedad que introduce la Ley 19/2013 radica en que establece verdaderas obligaciones de publicación de información en un volumen superior y suficiente para dotar de seguridad a los ciudadanos e incrementar su confianza en las entidades públicas<sup>38</sup>. Se pasa así de publicaciones puntuales en boletines y tablones a la difusión de mayores volúmenes de información a través de páginas web o de sedes electrónicas (portales de transparencia).

Como principio general, se establece la obligación de garantizar la transparencia de la actividad relacionada con el funcionamiento y el control de la actuación pública (art. 8.2). Esta obligación se impone para todos los sujetos pasivos del artículo 2 y solo parcialmente para los del artículo 3.

El artículo 5.4 especifica que la información a publicar debe difundirse a través de las sedes electrónicas o páginas web de las entidades públicas, de ahí que más adelante disponga, para el ámbito de la Administración general del Estado, la creación de un portal de transparencia (art. 10). El artículo 11 establece los principios técnicos que deben cumplir las sedes electrónicas, páginas web o portales de transparencia que acojan la información, requiriendo su adaptación a tres principios: accesibilidad, la información debe presentarse estructurada, facilitando su identificación y búsqueda; interoperabilidad, la información debe poder compartirse e intercambiarse conforme a los estándares vigentes (Esquema Nacional de Interoperabilidad); y reutilización, la información debe suministrarse en un formato que permita su tratamiento por parte de terceros.

La ley también obliga a que la información objeto de publicidad activa cumpla con las siguientes características: la publicación de la información debe ser periódica

<sup>37</sup> GUICHOT REINA, E., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 143.

<sup>38</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, J., "A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", cit., p. 24.

y estar actualizada (art. 5.1); la información se debe publicar de una manera clara, estructurada, entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables (art. 5.4); y la información debe ser comprensible, de fácil acceso, gratuita y accesible para las personas con discapacidad (art. 5.5). Con la Ley 19/2013 ya no solo importa la información que se publica, sino cómo se publica. La finalidad de esta caracterización exhaustiva es evitar que la publicidad activa se convierta en una mera publicidad formal que no permita realmente a los ciudadanos localizar y comprender la información que buscan<sup>39</sup>. En palabras de CRUZ-RUBIO, el objetivo de la ley es evitar la denominada “transparencia opaca”<sup>40</sup>.

Ha de destacarse que, en los años de vigencia de la ley, la publicidad activa se ha convertido en una realidad. Las entidades públicas han superado las barreras tecnológicas y han difundido grandes volúmenes de información. No obstante, la información publicada no siempre se ajusta a las exigencias impuestas por la ley. Entre los principales incumplimientos destacan tres. La denominada sobrecarga informativa: exceso de disposición de información que impide la localización de la información que se busca (p. e., páginas web, sedes electrónicas o portales de transparencia que publican exceso de información sin estructurar o en documentos extensos que dificultan la localización de la información que se busca). El recurso a un lenguaje técnico o complejo que dificulta la comprensión de la información por parte de las personas que la demandan y, por tanto, comporta una barrera al acceso (p. e., el abuso de la terminología jurídica). Y la utilización de formatos no reutilizables, que consiste en la disposición de información en formatos con uso restringido por requerir un software no generalizado o por no permitir su edición y posterior tratamiento (p. e., el abuso recurrente del formato PDF).

### 3 Impacto del COVID-19 en el ámbito de la transparencia: medidas gubernamentales y efectos de la declaración del estado de alarma

La rápida propagación del COVID-19 entre los diferentes países conllevó la declaración de pandemia global por la OMS el 11 de marzo de 2020. En España, esta situación de alerta sanitaria de máximo nivel justificó la declaración del estado de alarma (ex art. 116 de la Constitución), que fue acordada por el Consejo de Ministros el 14 de marzo de 2020 con la aprobación del 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.

Como se expondrá seguidamente, la aplicación de las medidas establecidas en la declaración del estado de alarma, unida a determinadas decisiones adoptadas por

<sup>39</sup> GUICHOT REINA, E., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, cit., p. 120.

<sup>40</sup> CRUZ-RUBIO, C.N., “Gobierno abierto, transparencia y rendición de cuentas. Marco conceptual”, Villoria Mendieta, M., Forcadell Esteller, X. y Baena García, L. (coords.), *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Madrid, 2017, p. 93.

el Gobierno para hacer frente a una crisis sanitaria sin precedentes, repercutió de forma negativa en el ámbito de la transparencia. Entre los aspectos que resultaron más afectados cabe destacar cuatro: la difusión de la información sobre la evolución de la pandemia; la paralización del derecho de acceso a la información pública; la no publicación de las adjudicaciones de los contratos de emergencia; y la negativa a revelar la composición y el contenido de los informes del denominado Comité de Expertos que asesoraba al Ministerio de Sanidad.

### 3.1 El control gubernamental de la información pública y la restricción de la libertad de prensa

La libertad de información y el derecho a la información integran el contenido del derecho fundamental básico reconocido en el artículo 20.1 d) de la Constitución, que, a su vez, presenta un carácter instrumental<sup>41</sup>, puesto que facilita el ejercicio de otros derechos y resulta esencial para controlar la acción gubernamental.

Este derecho presenta dos dimensiones: la subjetiva, que se relaciona directamente con la limitación del poder público y reconoce el derecho a expresar y difundir opiniones e ideas sin injerencia ni interferencias; y la objetiva, que constituye una garantía constitucional para la libre construcción de la opinión pública en una sociedad democrática. Asimismo, como una vertiente específica del derecho a la información se configura el denominado “derecho a la información estatal”<sup>42</sup>, que, en un Estado democrático, impone la obligación de poner en conocimiento de la opinión pública no solo las normas (a través de su publicación), sino también las noticias de interés general (mediante su difusión).

La libertad de información es un derecho dotado del máximo nivel de protección en el ordenamiento español. La prohibición de todo tipo de censura previa, prevista en el artículo 20.2 de la Constitución, se configura como una garantía constitucional de carácter absoluto, puesto que no puede ceder ni siquiera para la protección de otro bien jurídico protegido constitucionalmente, y tiene por finalidad salvaguardar una comunicación libre de injerencia gubernamental<sup>43</sup>. Por tanto, el espíritu de la norma se vulnera tanto si desde el poder público se impulsa que la información se difunda en un sentido determinado como si se oculta información concreta que pueda ser relevante para los ciudadanos<sup>44</sup>.

En un Estado democrático, en el contexto de la sociedad de la información, los medios de comunicación y los profesionales del periodismo adquieren un amplio

<sup>41</sup> ABAD, L., “El derecho a la información y las libertades informativas en el ámbito europeo”, Bel Mallén, I. y Corredoira y Alfonso, L. (dirs.), *Derecho de la información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 69 y 82.

<sup>42</sup> NÚÑEZ MARTÍNEZ, M.A., “El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución española”, *Revista de Derecho*, UNED, n. 3, 2008, p. 300.

<sup>43</sup> CABALLERO TRENADO, L., “El confinamiento del derecho a la información”, *Estudios en derecho a la información*, n. 13, 2022, p. 44.

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ BLANCO, V., “¿Se vulneró el Derecho a recibir información durante el primer estado de alarma en la crisis del Covid-19?”, cit., p. 229.

protagonismo en el control de la actividad gubernamental<sup>45</sup>: la información publicada determina la prevalencia de los temas de interés, orienta la atención de los ciudadanos, influye en la construcción de la opinión pública y condiciona la agenda de los poderes públicos.

En el desarrollo de su actividad, los profesionales de la comunicación contribuyen a la transparencia, y son los grandes beneficiarios de su función principal<sup>46</sup>: facilitar un mejor acceso y disposición de información, fuentes y datos. Si no tienen libertad para realizar su trabajo, porque la información que se les facilita “está dirigida” o, directamente, se les oculta obligándoles a “silenciar” determinados temas, se está limitando su derecho a la libertad de información y de expresión<sup>47</sup>. Por consiguiente, los ciudadanos receptores de esta verán cercenado su derecho a recibir información veraz, puesto que no la estarán recibiendo o la que reciban estará incompleta y no podrá ser contrastada<sup>48</sup>.

Con carácter previo a la declaración del estado de alarma, el Gobierno adoptó la primera medida que tuvo impacto directo en el ámbito de la transparencia: introdujo un mecanismo de control inusual en la difusión de información oficial relativa a la evolución de la pandemia.

El 12 de marzo de 2020 el Gobierno, con una decisión sin precedentes, prohibió el acceso de los medios de comunicación a La Moncloa y modificó el formato de las ruedas de prensa, que pasaron a realizarse de forma telemática. Para la gestión de las comparecencias se creó un chat en el que los periodistas acreditados, de forma anticipada, formulaban sus preguntas al secretario de Estado de Comunicación. Convocada la rueda de prensa, el secretario de Estado de Comunicación, tras haber escogido las preguntas que el Gobierno estaba dispuesto a contestar, las formulaba al miembro del Gobierno al que iban dirigidas (indicando el nombre del profesional y el medio de comunicación) y éste las contestaba. No se admitían repreguntas<sup>49</sup>.

La finalidad de la medida, reducir la propagación del virus, no fue discutida; pero sí se criticó con cierta severidad<sup>50</sup> que se aprovecharan las circunstancias para imponer un nuevo formato a las ruedas de prensa, que no cumplía con los requisitos mínimos exigibles en un sistema democrático consolidado<sup>51</sup>: no se permitía la realización en

<sup>45</sup> AGUILAR CALAHORRO, A., “El derecho fundamental a la comunicación 40 años después de su constitucionalización, expresión, televisión e internet”, *Revista de Derecho Político*, UNED, n. 100, Madrid, 2017, p. 414.

<sup>46</sup> SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., *El derecho de acceso a la información. Un tortuoso camino. O, cómo convertir la carretera de la transparencia en una autopista*, Fragua, Madrid, 2022, p. 272.

<sup>47</sup> NÚÑEZ MARTÍNEZ, M.A., “El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución española”, cit., p. 302.

<sup>48</sup> AGUILAR CALAHORRO, A., “El derecho fundamental a la comunicación 40 años después de su constitucionalización, expresión, televisión e internet”, cit., p. 419.

<sup>49</sup> Este modo de proceder ha sido criticado por algunos autores puesto que la selección de preguntas supone un mecanismo de censura directa. ESPINOSA SÁNCHEZ, N., “Censura y manipulación informativa durante las primeras semanas de la crisis del Coronavirus en España”, cit., p. 39.

<sup>50</sup> BLANES CLIMENT, M.A., “La incidencia del Covid-19 sobre la transparencia de las instituciones públicas”, cit., pp. 15-17; y GONZÁLEZ LEÓN, P., “La senda de la transparencia en España durante la Covid-19”, *Revista Española de la Transparencia*, n. 11, 2020, pp. 23 y 24.

<sup>51</sup> Sobre los requisitos que deben cumplir las ruedas de prensa en un Estado democrático, BASTIDA FREIJEDO, F., “Medios de comunicación social y democracia en veinticinco años de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 71, 2004, pp. 161-186.

directo de preguntas libres, sin filtro ni censura; no se facilitaban respuestas breves, directas y sin evasivas; y no existía la posibilidad de formular repreguntas.

Ante esta realidad, que se estaba prolongando en el tiempo, más de un centenar de periodistas de diversas tendencias editoriales firmaron el 30 de marzo de 2020 el manifiesto denominado “La Libertad de Preguntar”<sup>52</sup>, exigiendo al Gobierno el respeto a la libertad de información<sup>53</sup>. Los profesionales defendían que el control ejercido por los medios de comunicación se hacía especialmente necesario en un momento en que el Gobierno estaba dotado de potestades extraordinarias, y exigían la posibilidad de formular las preguntas en directo y de repreguntar, aunque las ruedas de prensa continuasen celebrándose de forma telemática. Además, remarcaban dos cuestiones: en primer lugar, que el hecho de que fuese un miembro del propio Gobierno el que formulase las preguntas a otros miembros del Gobierno evidenciaba una falta absoluta de transparencia y un fuerte interés por controlar la información; y, en segundo lugar, que el estado de alarma no podía utilizarse para socavar el ejercicio del artículo 20.1 d) de la Constitución, que garantiza el derecho fundamental “a comunicar o recibir libremente información veraz”<sup>54</sup>.

Dada la presión ejercida por los periodistas y los medios de comunicación, el Gobierno rectificó su decisión anunciando el 5 de abril de 2020 que los periodistas podrían volver a formular preguntas de forma directa, mediante un mecanismo aleatorio, público y verificable.

A lo largo de la pandemia, pero especialmente durante el primer confinamiento, el Gobierno desplegó también un control sin precedentes sobre los contenidos informativos relacionados con el COVID-19: la mayor parte de la información pública procedía del Gabinete de Comunicación del Gobierno, era monotemática y los periodistas no tenían oportunidad ni de contrastarla ni de contrarrestarla.

En línea con esta política gubernamental, se impidió que periodistas y medios de comunicación tuviesen acceso a los hospitales, a las residencias y a los espacios habilitados de urgencia para acoger a los féretros durante las semanas más virulentas de la pandemia. A diferencia de otros países, no se publicaron fotografías ni imágenes en los medios de comunicación del transporte o almacenamiento de féretros<sup>55</sup>. Esta censura ha sido denunciada por algunos profesionales de la comunicación en diferentes reportajes publicados<sup>56</sup>, y se ha considerado un incumplimiento flagrante

<sup>52</sup> El manifiesto puede consultarse en <https://www.ecestaticos.com>.

<sup>53</sup> “Un centenar de periodistas contra la política de comunicación del Gobierno”, *El Español*, 1 de abril de 2020.

<sup>54</sup> Sobre si se vulneró o no este derecho, realiza un estudio detallado RODRÍGUEZ BLANCO, V., “¿Se vulneró el Derecho a recibir información durante el primer estado de alarma en la crisis del Covid-19?”, cit., pp. 227-246.

<sup>55</sup> Como así destaca RODRÍGUEZ BLANCO al comparar, por ejemplo, con Italia. RODRÍGUEZ BLANCO, V., “¿Se vulneró el Derecho a recibir información durante el primer estado de alarma en la crisis del Covid-19?”, cit., p. 234.

<sup>56</sup> “Los muertos invisibles, censura en la pandemia”, *El Independiente*, 13 de junio de 2020. En este reportaje Rafael Ordóñez destaca que en plena sociedad de la información se haya dejado un vacío sobre la pandemia, que pasará a la historia por los féretros que no hemos visto. En la misma línea, Gervasio Sánchez critica que “se ha violado la libertad de prensa”, puesto que desde todos los medios y desde todas las administraciones se ha evitado la imagen de los muertos por la pandemia pese a multiplicar los fallecidos en el 11-M. Por su parte, Fernando Lázaro, tras destacar que solo *El Mundo* se atrevió a publicar el 12 de abril una foto del Palacio del Hielo de Madrid habilitada como una gran morgue, denunció que la consigna de La Moncloa había sido “nada de muertos y solo palmas y mensajes positivos” en un afán paternalista de ocultar una información “dura pero real” a los ciudadanos.

de las obligaciones gubernamentales en materia de transparencia<sup>57</sup>, al entender que era una obligación ineludible del Gobierno, que cobraba especial relevancia en una situación de confinamiento, haber acompañado las informaciones sobre el número de fallecidos con fotografías e imágenes de los féretros.

Esta estrategia comunicativa del Gobierno durante el primer estado de alarma pretendió diluir los mecanismos de control que corresponden a la opinión pública y reveló un cierto interés en “promover u ocultar” información concreta de forma monopolizadora. En este sentido, *El País* publicó el 15 de abril que el CIS había incorporado una pregunta al último barómetro sobre si había que “mantener la libertad total para la difusión de noticias e informaciones sobre el coronavirus” o si sería mejor “restringir toda la información sobre la pandemia a fuentes oficiales”<sup>58</sup>. La inserción de esta pregunta fue interpretada como una invitación a la censura estatal y se acusó al Gobierno de buscar una respuesta favorable de los ciudadanos mediante una redacción de la pregunta alejada de la neutralidad<sup>59</sup>.

### 3.2 La suspensión del derecho de acceso a la información pública

Como ya se ha expuesto (en el apartado 2.1.1), el derecho de acceso a la información pública permite la solicitud de información que obra en poder de las administraciones públicas con los únicos límites que contempla la Ley 19/2013.

La disposición adicional tercera del Real decreto 463/2020 acordó la suspensión de términos y la interrupción de plazos correspondientes a todos los procedimientos administrativos<sup>60</sup>, que quedaron suspendidos con una única excepción (recogida en el apartado cuarto de la D.A.): la interrupción de plazos no afectaría a los procedimientos administrativos cuyo objeto estuviese estrechamente vinculado a los hechos justificativos del estado de alarma. No obstante, pocos días después, este apartado cuarto fue modificado a través del Real decreto 465/2020, que atribuyó a los organismos públicos la competencia para decidir de forma motivada si continuaban, o no, con la tramitación de los procedimientos administrativos, aunque su objeto estuviese vinculado estrechamente a situaciones generadas por el estado de alarma o resultase indispensable para la protección del interés general o el funcionamiento básico de los servicios.

Con esta modificación se estableció una potestad administrativa discrecional para suspender *de facto* el derecho de acceso a la información pública, incluyendo las solicitudes de datos o información relacionadas con el COVID-19, puesto que quedaron afectadas tanto las solicitudes de acceso a la información que se habían presentado

<sup>57</sup> RODRÍGUEZ BLANCO, V., “¿Se vulneró el Derecho a recibir información durante el primer estado de alarma en la crisis del Covid-19?”, cit., p. 230.

<sup>58</sup> “El CIS pregunta si hay que mantener la ‘libertad total’ de información sobre el coronavirus”, *El País*, 15 de abril de 2020.

<sup>59</sup> Como destaca SIERRA RODRÍGUEZ a título de ejemplo, el 15 de abril de 2020 *El Mundo* ilustró una de sus noticias con el siguiente titular: “Tezanos fabrica un CIS para reclamar apoyo a Pedro Sánchez y plantear la censura a los medios”. SIERRA RODRÍGUEZ, J., “Periodismo, comunicación institucional y transparencia: aprendizajes de la crisis sanitaria del Covid-19”, *Revista de comunicación y Salud*, vol. 10, n. 2, 2020, p. 579, nota 11.

<sup>60</sup> Conforme a la definición de sector público contemplada en el artículo 2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

antes de la declaración del estado de alarma como todas aquellas solicitudes que fueron presentadas con posterioridad. La suspensión discrecional de estos procedimientos tuvo como consecuencia una dilación indefinida del plazo para resolver las solicitudes formuladas en el ámbito de la transparencia (un mes desde su recepción por el órgano competente)<sup>61</sup>.

La paralización del derecho de acceso a la información pública fue duramente criticada por tres motivos<sup>62</sup>: en primer lugar, porque el desarrollo de estos procedimientos no era perjudicial para la situación sanitaria, puesto que los empleados públicos estaban teletrabajando; en segundo lugar, porque, aunque la Ley 19/2013 contempla limitaciones al ejercicio del derecho de acceso, no resultan de aplicación a este caso ante el bien jurídico superior que constituye la salud pública; y, en tercer lugar, porque en otros ámbitos administrativos la interrupción de los plazos quedó exceptuada (p. e., en los ámbitos tributario y de la seguridad social).

El impacto de esta medida en el ámbito de la transparencia reabrió un viejo debate sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública, puesto que, a diferencia de la posición defendida por el TEDH y otras entidades internacionales como la OSCE y la UNESCO, en España no tiene rango de derecho fundamental<sup>63</sup>.

Los que defienden que debería haber sido reconocido como tal argumentan que su suspensión durante la pandemia ha conllevado, a su vez, la restricción o suspensión de otros derechos que sí tienen rango de fundamentales, como son el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.1.d) y el derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23.1)<sup>64</sup>.

### 3.3 El incumplimiento de la obligación de publicidad activa: la opacidad de la contratación pública de emergencia y la ocultación de la composición del Comité de Expertos

Como ya se ha expuesto (en el apartado 2.2.2), la publicidad activa se corresponde con la publicación de información a través de las páginas y portales gubernamentales en cumplimiento de las obligaciones que establece la Ley 19/2013 (arts. 6 a 8).

El cumplimiento de estas obligaciones está directamente relacionado con el buen funcionamiento del Portal de la Transparencia, por eso se generó un enorme revuelo en las redes sociales cuando el ABC publicó el 16 de abril de 2020 una noticia afirmando

<sup>61</sup> Como señala SIERRA RODRÍGUEZ, el impacto en la paralización de las resoluciones se puede observar con claridad a partir de los datos de las estadísticas del Portal de Transparencia del Gobierno de España. Entre los meses de marzo y mayo de 2020, el número de solicitudes de acceso “en tramitación” se incrementó de forma ostensible: en el mes de febrero se situaba en 893 solicitudes pendientes, que prácticamente se duplicaron al finalizar abril, llegando hasta las 1.612 solicitudes, para aumentar de nuevo hasta las 1.997 en mayo de 2020. SIERRA RODRÍGUEZ, J., “Periodismo, comunicación institucional y transparencia: aprendizajes de la crisis sanitaria del Covid-19”, cit., p. 581.

<sup>62</sup> DE LA SIERRA MORÓN, S., “Lectura de urgencia de las reacciones frente al Covid-19 desde una óptica jurídica internacional y comparada”, *El Cronista del Estado Social y Democrático*, n. 86-87, 2020, p. 33.

<sup>63</sup> SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., *El derecho de acceso a la información. Un tortuoso camino. O, cómo convertir la carretera de la transparencia en una autopista*, cit., pp. 76 y 77.

<sup>64</sup> COTINO HUESO, L., “Los Derechos Fundamentales en tiempo del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86/87, 2020, p. 88.

que el Gobierno había aprovechado la declaración del estado de alarma para intervenir el Portal de la Transparencia de la Administración general del Estado<sup>65</sup>.

A raíz de esta noticia, diferentes medios de comunicación se pronunciaron sobre la imposibilidad de obtener información a través del Portal de la Transparencia<sup>66</sup>. Ante esta circunstancia el Gobierno, empleando una nota informativa<sup>67</sup>, se vio obligado a explicar la doble función que tiene asignada el Portal de la Transparencia: por una parte, es una plataforma de publicidad proactiva sobre la actividad gubernamental, y, por otra parte, es el cauce para ejercitar el derecho de acceso a la información pública. Con relación a la primera cuestión, el Gobierno recalcó que la publicidad activa continuaba funcionando con normalidad. Y, con relación al segundo aspecto, el Gobierno tuvo que aclarar que la interrupción de los plazos, y la consiguiente suspensión de los procedimientos administrativos, afectaba únicamente a la resolución de los procedimientos, pero no a la posibilidad de formular solicitudes. Lo que el Gobierno quiso destacar fue que seguían dando publicidad a su actividad y que las solicitudes de acceso a la información pública podían formularse con normalidad, aunque no fuesen tramitadas ni resueltas por la interrupción de plazos decretada<sup>68</sup>.

Las explicaciones dadas por el Gobierno sobre uno de los pilares básicos de la transparencia (la publicidad activa) se consideraron insuficientes por dos motivos: la falta de información sobre los contratos públicos de emergencia adjudicados y la negativa a revelar la identidad de los miembros del Comité de Expertos que asesoraba al Ministerio de Sanidad respecto al COVID-19 y de sus informes, entre los que estaban las evaluaciones de las comunidades autónomas para la denominada “fase de desescalada”. El COVID-19 impactó así en el ámbito de la transparencia al afectar a los mandatos de publicación o conocimiento público que derivaban de dos leyes diferentes: la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (Ley 9/2017), y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública (Ley 33/2011).

La suspensión de términos y la interrupción de plazos acordada por el Real decreto 463/2020 afectó a todos los procedimientos administrativos; entre ellos, a los de contratación pública. Sin embargo, con carácter previo a la declaración del estado de alarma, por Real decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, se había habilitado el recurso al procedimiento de emergencia para atender las necesidades derivadas del COVID-19 (art. 16) en un intento de alinear la contratación pública a la situación de emergencia sanitaria<sup>69</sup>. Este procedimiento, previsto en la Ley 9/2017 (art. 120), permite contratar sin atender a ningún tipo de procedimiento, habilitando incluso el recurso a la contratación verbal (art. 37.1).

<sup>65</sup> “El Gobierno utiliza el estado de alarma para anular al Portal de Transparencia”, *ABC*, 16 de abril de 2020.

<sup>66</sup> “El Gobierno aprovecha el estado de alarma para suspender el Portal de Transparencia”, *Pública*, 16 de abril 2020; y “El Gobierno suspende las consultas al Portal de Transparencia durante la alarma”, *El Economista*, 16 de abril de 2020.

<sup>67</sup> El Gobierno, el 17 de abril de 2020, publicó en el Portal de la Transparencia de la Administración General del Estado la siguiente nota informativa: “Nota en relación con el funcionamiento del Portal de la Transparencia durante el estado de alarma”.

<sup>68</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, J., “Periodismo, comunicación institucional y transparencia: aprendizajes de la crisis sanitaria del Covid-19”, cit., p. 583.

<sup>69</sup> GIMENO FELIU, J.M., “La crisis sanitaria Covid-19 y su incidencia en la contratación pública”, *El Cronista del Estado Social y Democrático*, n. 86-87, 2020, p. 45.

No obstante, la incidencia del procedimiento de emergencia en la publicidad de los contratos públicos es relativa, puesto que solo afecta al anuncio previo de las licitaciones, pero no a la publicación de los contratos adjudicados, que para los suscritos con la Administración general del Estado debe llevarse a cabo en el plazo de 15 días, tanto en el perfil del contratante como en el BOE (art. 154 LCSP). Además, la contratación pública, con independencia del procedimiento empleado, es objeto de una obligación expresa de publicidad activa según la propia Ley 19/2013 (art. 8). Por tanto, al no existir ninguna excepción ni en la Ley 9/2017 ni en la Ley 19/2013, el Gobierno continuaba obligado a cumplir con las obligaciones de publicidad de los contratos firmados porque, en su defecto, vulneraba la transparencia e impedía el adecuado control sobre el respeto a las normas y principios básicos de la contratación pública<sup>70</sup>.

El Observatorio de la Contratación Pública fue el primero en detectar y denunciar que faltaba información sobre los contratos de emergencia, tanto en el Portal de la Transparencia de la Administración general del Estado como en la Plataforma de Contratación del Estado. Y la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado difundió una nota informativa en la página web del Ministerio de Hacienda recordando la obligación de publicar todos los contratos suscritos, incluidos los de emergencia. Pese a la presión mediática, la publicación de los contratos de emergencia no se produjo hasta que ya había transcurrido más de un mes desde la declaración del estado de alarma<sup>71</sup>.

Este retraso en el suministro de información sobre los contratos adjudicados resultó fuertemente criticado al entender que la publicidad de los contratos de emergencia reviste especial importancia porque el recurso a este procedimiento es más opaco, dispone de menos controles y se aleja del espíritu y de la práctica que debe guiar toda contratación pública<sup>72</sup>.

En plena tormenta mediática por la opacidad de los contratos de emergencia, el director del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, en una rueda de prensa televisada el 6 de mayo de 2020, se negó a revelar la identidad de los miembros del Comité Científico Técnico del Ministerio de Sanidad (Comité de Expertos), que estaba asesorando al Gobierno en la aplicación de los criterios que cada comunidad autónoma tendría que cumplir para cambiar de fase, en la ejecución del denominado “plan de desescalada” establecido para salir del confinamiento decretado por la emergencia sanitaria provocada por el COVID-19. La razón esgrimida para defender su anonimato fue evitar la presión social y mediática que podría recaer sobre estos profesionales, garantizando así que pudiesen desarrollar su trabajo con mayor libertad.

Desde el punto de vista sociológico, la noticia fue mal acogida por los ciudadanos, que la interpretaron como una nueva muestra de falta de transparencia de la actividad gubernamental durante la pandemia<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> GARCÍA MEILÁN, J.C., “La contratación pública de emergencia”, *Revista de Contratación Pública Práctica*, n. 167, 2020, p. 83.

<sup>71</sup> GARCÍA MEILÁN, J.C., “La contratación pública de emergencia”, cit., p. 85.

<sup>72</sup> GIMENO FELIU, J.M., “La crisis sanitaria Covid-19 y su incidencia en la contratación pública”, cit., p. 53.

<sup>73</sup> GONZÁLEZ LEÓN, P., “La senda de la transparencia en España durante la Covid-19”, cit., p. 27.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, se dio un paso más, y se interpretó como un incumplimiento del Gobierno de la obligación de publicidad activa impuesta por la Ley 19/2013<sup>74</sup>, puesto que tanto la composición de los miembros del Comité Científico Técnico como el contenido de los informes por él elaborados constituían información pública conforme al artículo 11 de la Ley 33/2011<sup>75</sup>; y, además, los informes del Comité estaban siendo utilizados para motivar las decisiones adoptadas por el Ministerio de Sanidad (en los términos previstos por el art. 88.6 en relación con el art. 35, ambos de la Ley 39/2015), por lo que quedaba excluida su naturaleza de informes internos de carácter auxiliar o de apoyo respecto de los cuales el artículo 18.1.b) de la Ley 19/2013 sí habría justificado la exclusión del derecho de acceso.

Ante esta opacidad, varios medios de comunicación ejercieron su derecho de acceso a la información pública y formularon solicitudes a través del Portal de la Transparencia de la Administración General del Estado reclamando tanto el nombre de los miembros del Comité Científico Técnico del Ministerio de Sanidad como el contenido de sus informes y actas<sup>76</sup>.

Ante el descontento social y la presión mediática, el 25 de mayo de 2020 el Ministerio de Sanidad publicó en su página web los informes correspondientes a todas las comunidades autónomas sobre el cambio de fase en el plan de desescalada. Sin embargo, mantuvo el anonimato sobre los miembros del Comité de Expertos, cuyos nombres no se hicieron públicos hasta el 29 de diciembre de 2020<sup>77</sup> tras un requerimiento presentado por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que en una resolución estimatoria de la solicitud formulada por un abogado consideró que el conocimiento de los nombres del Comité de Expertos no solo no vulneraba el derecho a la protección de datos, sino que resultaba especialmente necesario porque favorecía el control de la actividad pública por parte de los ciudadanos en “decisiones gubernamentales relevantes”<sup>78</sup>.

## 4 Reflexión final

La situación generada tras la declaración del estado de alarma (paralización de la actividad económica, confinamiento y actores gubernamentales como fuente prácticamente exclusiva de información) favoreció la concentración de amplios poderes en torno al Gobierno. En este contexto, favorable a la restricción de libertades, la transparencia tendría que haber redoblado su importancia, como instrumento para

<sup>74</sup> BLANES CLIMENT, M.A., “La incidencia del Covid-19 sobre la transparencia de las instituciones públicas”, cit., p. 19.

<sup>75</sup> La Ley general de salud pública, en su artículo 11, impone la obligación de publicar “la composición de los comités o grupos que evalúen acciones o realicen recomendaciones de salud pública, los procedimientos de selección, la declaración de intereses de los intervinientes, así como los dictámenes y documentos relevantes, salvo las limitaciones previstas por la normativa vigente”.

<sup>76</sup> SJERRA RODRÍGUEZ, J., “Periodismo, comunicación institucional y transparencia: aprendizajes de la crisis sanitaria del Covid-19”, cit., p. 583.

<sup>77</sup> “Estos son los nombres de los miembros del comité que evaluó la desescalada”, *El Mundo*, 29 de diciembre de 2020; y “El Gobierno confiesa, por obligación, su mentira: el comité de expertos de la desescalada eran Simón y su equipo”, *ABC*, 30 de diciembre de 2020.

<sup>78</sup> Resolución 769/2020 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 30 de noviembre de 2020.

controlar la actividad gubernamental en una situación extraordinaria y promover la rendición de cuentas. Sin embargo, en plena sociedad de la información, durante el inicio de la pandemia, el Gobierno ejerció un control inusual sobre los contenidos informativos que llevó a profesionales y medios de diferentes tendencias a denunciar que se les estaba obligando a silenciar determinados temas y que se les estaba suministrando información sesgada, lo que constituía una vulneración de su derecho a la libertad de información y de expresión y, además, propiciaba que se propagase la desinformación, y promovía la manipulación política.

El avance de la pandemia evidenció, asimismo, la fragilidad de los mecanismos previstos para la tutela de la transparencia, que prácticamente quedaron sin efecto por una cuestión meramente administrativa (la interrupción de los plazos administrativos).

Con relación al derecho de acceso a la información pública, la crisis sanitaria puso de manifiesto, en primer lugar, que su ejercicio depende en exceso de normas administrativas, destacando así el error de no haber reconocido su carácter de derecho fundamental; y, en segundo lugar, que guarda una estrecha relación con el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de información, pero tal y como está configurado no resulta útil ni se acomoda a las necesidades de su ejercicio.

Con relación al cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, la crisis sanitaria puso de manifiesto que la transparencia fue sustituida por la comunicación institucional, siendo reiteradas las polémicas sobre la ausencia y/o falta de calidad de la información pública. Sin embargo, la transparencia no puede confundirse con la comunicación. La transparencia es neutra, se ciñe a datos y hechos objetivos (información), persigue la rendición de cuentas y tiene por objeto el control de la actividad gubernamental. Como ha podido comprobarse durante la pandemia, la comunicación se encuadra en un marco subjetivo de interpretación, queda al arbitrio del emisor y, en último término, persigue la adhesión del receptor.

A tenor de las circunstancias descritas, cabe extraer dos conclusiones: en primer lugar, que la transparencia es esencial en un Estado democrático y de derecho y, por tanto, no admite interrupciones; y, en segundo lugar, que el carácter ordinario de la Ley 19/2013 se ha revelado como un obstáculo para el desarrollo de las funciones que la transparencia tiene atribuidas en una sociedad democrática. Las previsiones legales para la tutela de la transparencia perdieron su eficacia por completo tras la declaración del estado de alarma, momento en el que era más necesario que nunca agilizar el acceso a la información pública, especialmente a periodistas y medios de comunicación, que son los que facilitan el control de la actividad gubernamental en una situación extraordinaria y garantizan la construcción de una opinión pública libre e informada.

## Bibliografía

ABAD, L., “El derecho a la información y las libertades informativas en el ámbito europeo”, Bel Mallén, I. y Corredoira y Alfonso, L. (dirs.), *Derecho de la información*.

Regap



ESTUDIOS

- El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- AGUILAR CALAHORRO, A., “El derecho fundamental a la comunicación 40 años después de su constitucionalización, expresión, televisión e internet”, *Revista de Derecho Político*, UNED, n. 100, Madrid, 2017.
- ARES GONZÁLEZ, V., “Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 33, mayo 2014.
- ARENILLA SÁEZ, M. y REDONDO LEBRERO, J.C., *Crisis y reforma de la Administración Pública*, Netbiblo, Oleiros, 2011.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.
- BASTIDA FREIJEDO, F., “Medios de comunicación social y democracia en veinticinco años de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 71, 2004.
- BLANES CLIMENT, M.A., “La incidencia del Covid-19 sobre la transparencia de las instituciones públicas”, *Revista Española de la Transparencia*, n. 11, 2020.
- BURGAR ARQUIMBAU, J.M., “Aproximación a la protección de datos de carácter personal en el marco de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, *Revista Digital CEMCI*, n. 23, 2014.
- CABALLERO TRENADO, L., “El confinamiento del derecho a la información”, *Estudios en derecho a la información*, n. 13, 2022.
- CRUZ-RUBIO, C.N., “Gobierno abierto, transparencia y rendición de cuentas. Marco conceptual”, Villoria Mendieta, M., Forcadell Esteller, X. y Baena García, L. (coords.), *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Madrid, 2017.
- ESPINOSA SÁNCHEZ, N., “Censura y manipulación informativa durante las primeras semanas de la crisis del Coronavirus en España”, *La Razón Histórica*, n. 46, 2020.
- GARCÍA MEILÁN, J.C., “La contratación pública de emergencia”, *Revista de Contratación Pública Práctica*, n. 167, 2020.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “La crisis sanitaria Covid-19 y su incidencia en la contratación pública”, *El Cronista del Estado Social y Democrático*, n. 86-87, 2020.
- GONZÁLEZ LEÓN, P., “La senda de la transparencia en España durante la Covid-19”, *Revista Española de la Transparencia*, n. 11, 2020.
- GUICHOT REINA, E., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.
- HERNÁNDEZ RAMOS, M., “El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del TEDH: un derecho instrumental imprescindible para la eficacia del Convenio desde la teoría general de los derechos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 42, 2018.
- IBÁÑEZ PEIRÓ, A., “La actividad informativa del Gobierno español durante la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus, Covid-19”, *Revista Española de Comunicación en Salud*, n. extra 1, 2020.
- MORETÓN TOQUERO, M.<sup>ª</sup>A., “Los límites del derecho de acceso a la información pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 33, mayo 2014.

- NÚÑEZ MARTÍNEZ, M.A., “El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución española”, *Revista de Derecho*, UNED, n. 3, 2008.
- ORDUÑA PRADA, E., “La estructura orgánica del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, Troncoso Reigada, A. (coord.), *Comentario a la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Civitas, Madrid, 2017.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., “Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 49, 2014.
- RAMÍREZ ALUJAS, A., “Gobierno Abierto, Servicios Públicos 2.0 y Ciudadanía Digital: Notas para una nueva agenda de modernización de la gestión pública en Iberoamérica”, *GIGAPP Estudios/Working Papers*, 2011.
- RODRÍGUEZ BLANCO, V., “¿Se vulneró el Derecho a recibir información durante el primer estado de alarma en la crisis del Covid-19?”, *Revista Española de la Transparencia*, n. 12, 2021.
- SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., “El derecho de acceso a la información pública en España y los Países Bajos. Dos escenarios mejorables”, *Estudios de Deusto*, vol. 64, n. 2, 2016.
- SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., *El derecho de acceso a la información. Un tortuoso camino. O, cómo convertir la carretera de la transparencia en una autopista*, Fragua, Madrid, 2022.
- SIERRA RODRÍGUEZ, J., “A modo de introducción: apuntes básicos sobre la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. (coord.), *Apuntes sobre la transparencia*, UCM, Madrid, 2018.

Regap



ESTUDIOS





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 63\_enero-junio 2022 | pp. 209-230  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i63.4937>  
© Sara García García  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 28/05/2022 | Aceptado: 14/07/2022  
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

A protección cuantitativa da auga: un breve repaso ao máis esencial ante o reto da escaseza e a seca en España

## La protección cuantitativa del agua: un breve repaso a lo más esencial ante el reto de la escasez y la sequía en España

63 Regap

Quantitative water protection: a brief overview of the essentials in the face of the challenge of scarcity and drought in Spain

Regap



ESTUDIOS

SARA GARCÍA GARCÍA  
Profesora de Derecho Administrativo  
Universidad de Valladolid

<https://orcid.org/0000-0001-7220-0368>

[sara.garciag@uva.es](mailto:sara.garciag@uva.es)

**Resumo:** A auga é un recurso escaso, especialmente en España. Os episodios de seca, cada vez máis frecuentes, acompañados do incremento da súa demanda, supoñen un reto para todos, máis aínda para a Administración pública. Esta debe xestionar o recurso de forma que se vexan satisfeitas, da mellor forma posible, todas as necesidades humanas, pero tamén as ambientais. Para todos, persoas e ecosistemas, é necesario conservar a auga nuns niveis de calidade óptimos, pero sempre en cantidade suficiente. Agora que o problema urxe pola chegada do verán, parece oportuno repasar os mecanismos cos que contan o dereito e a Administración para lograr tamaño cometido, facendo especial fincapé no tratamento desa escaseza e seca.

**Palabras clave:** Auga, seca, escaseza, dominio público.

**Resumen:** El agua es un recurso escaso, especialmente en España. Los episodios de sequía, cada vez más frecuentes, acompañados del incremento de su demanda, suponen un reto para todos, más aún para la Administración pública. Esta debe gestionar el recurso de forma que se vean satisfechas, de la

mejor forma posible, todas las necesidades humanas, pero también las ambientales. Para todos, personas y ecosistemas, es necesario conservar el agua en unos niveles de calidad óptimos, pero siempre en cantidad suficiente. Ahora que el problema acucia por la llegada del verano, parece oportuno repasar los mecanismos con los que cuentan el derecho y la Administración para lograr tamaño cometido, haciendo especial hincapié en el tratamiento de esa escasez y sequía.

**Palabras clave:** Agua, sequía, escasez, dominio público.

**Abstract:** Water is a scarce resource, especially in Spain. The increasingly frequent episodes of drought, accompanied by the increase in demand, pose a challenge for everyone, and even more so for the Public Administration. The latter must manage the resources in such a way that all human needs, but also environmental needs, are satisfied in the best possible way. It is necessary for everyone, people and ecosystems, to conserve water at optimum quality levels, but always in sufficient quantity. Now that the problem is becoming more acute with the arrival of summer, it seems appropriate to review the mechanisms available to the law and the Administration to achieve such a task, with special emphasis on the treatment of this scarcity and drought.

**Key words:** Water, drought, scarcity, public domain.

**SUMARIO:** 1 La protección del recurso natural agua. 2 Calidad con cantidad. Los conceptos de escasez y sequía. 3 Marco regulatorio competencial básico. 3.1 Panorámica sobre las bases normativas más esenciales. 3.2 Panorámica sobre los entes competentes en materia cuantitativa. 4 Caracteres básicos de los usos del agua y medidas de protección cuantitativa. 4.1 Principales usos y sectores. 4.2 Principales medidas de protección cuantitativa del agua. 4.2.1 Medidas derivadas de la condición del agua como bien de dominio público. 4.2.2 La figura del caudal ecológico. 4.2.3 Medidas de fomento y educativas. 4.2.4 La planificación como medida de protección cuantitativa. Especial referencia a los PES y su tratamiento de la escasez y la sequía. 5 Conclusiones.

En palabras del propio Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, las últimas precipitaciones acaecidas en España han supuesto «un alivio» en la situación por la que pasaba el país, pero esta «*dista todavía mucho de solucionarse*» en algunas zonas, especialmente en las cuencas del Guadiana y del Guadalquivir<sup>1</sup>. Esto constata que, pese a episodios importantes de lluvias y otras precipitaciones, España tiene un problema real de falta de agua cuyo atajo supone uno de los grandes retos reales que se deben afrontar, más especialmente ahora que comienza el periodo estival.

## 1 La protección del recurso natural agua

El agua es un recurso natural de tal extensión que el derecho parcela y clasifica bajo diferentes criterios con el fin de establecer una regulación practicable que garantice su conservación<sup>2</sup>. Se trata de un recurso «*escaso, indispensable, irremplazable y unitario*»,

<sup>1</sup> Vid. informe sobre "Situación respecto a sequía prolongada y escasez coyuntural a 30 de abril de 2022" elaborado por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico: [https://www.miteco.gob.es/es/agua/temas/observatorio-nacional-de-la-sequia/informe\\_se\\_may\\_2022\\_tcm30-540557.pdf](https://www.miteco.gob.es/es/agua/temas/observatorio-nacional-de-la-sequia/informe_se_may_2022_tcm30-540557.pdf).

<sup>2</sup> Con carácter general, a nivel europeo es la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (en lo sucesivo DMA), la que ofrece una delimitación jurídica para hacer practicable una protección sobre un recurso como el agua. Acudiendo al artículo 2 DMA, encontramos la siguiente clasificación: *aguas superficiales, aguas subterráneas, aguas continentales, río, lago, aguas de transición, aguas costeras, masa de agua artificial, masa de agua muy modificada, masa de agua superficial, acuífero, masa de agua subterránea, cuenca hidrográfica, subcuenca y demarcación hidrográfica*.

características que justifican por sí mismas la calificación jurídica del recurso como bien de dominio público estatal<sup>3</sup>, cualquiera que sea su origen inmediato, superficial o subterráneo<sup>4</sup>, como principal mecanismo con el que garantizar la adecuada protección y conservación del recurso natural.

Desde el momento en que un recurso natural se considera un bien, de dominio público en este caso, el legislador adopta una perspectiva patrimonial del agua, siendo el acceso a ese bien y su uso por la persona lo que se debe proteger y regular. Para garantizar el acceso de todos al bien, la regulación se centra en tratar los diferentes usos que pueden recaer sobre el recurso<sup>5</sup>, de tal forma que impere la racionalidad y conservación de su disfrute por todos, en el presente y en el futuro; la convivencia de estos usos se articula sobre el establecimiento de un orden de preferencia que atiende tanto a la garantía de la conservación del bien en buen estado como del disfrute de este bien por todos<sup>6</sup>. La regulación busca así alcanzar un equilibrio entre calidad y cantidad de las aguas<sup>7</sup>; el régimen jurídico de protección del agua pretende ofrecer

<sup>3</sup> Vid. STS de 29 de noviembre de 2000, FD 3.º. El agua es un bien de dominio público con las salvedades que excepcionalmente reconoce la ley: el artículo 2 del Real decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de aguas vigente (en lo sucesivo TRLA), declara al agua como bien de dominio público. No obstante, el Código civil regula en su capítulo I, título IV, el agua como bien de propiedad especial, un régimen dentro del cual distingue entre aguas públicas (arts. 407 y 409 a 411 CC) y aguas de dominio privado (arts. 408 y 412 a 416 CC). El resultado de la inclusión del mencionado principio de ciclo único en la reforma del año 85 fue la protección pública de *todas las aguas*, superficiales y subterráneas (la gestión y protección de estas aguas subterráneas, hasta entonces, estaba vinculada a la propiedad del terreno bajo el que subyacían: *vid.* DEL SAZ CORDERO, S., *Aguas subterráneas, aguas públicas. El nuevo Derecho de aguas*, Marcial Pons, Madrid, 1990, p. 51). Lo que hace el TRLA es asumir la existencia de aguas no demaniales por respetar a esos titulares de derechos previos sobre el agua (DT 2.ª y DT 3.ª) y, al margen, reconoce la existencia de cauces privados (art. 5), pero en ellos el uso del agua, pública, está muy protegido: estas propiedades se limitan «a una facultad de apropiación o de aprovechamiento privativo preferente, accesoria a la propiedad del predio en que nacen, de las aguas efectivamente utilizadas mientras discurren por sus cauces naturales en ese mismo predio, si bien este derecho o facultad cede ante los derechos consolidados por el tiempo de otros particulares sobre las aguas que el dueño de aquel predio no haya aprovechado o cuyo aprovechamiento interrumpa»: STC 227/1998.

<sup>4</sup> Resulta interesante ver cómo el derecho de aguas de cada Estado se encuentra íntimamente ligado y condicionado por su climatología. Aquellos países en donde el agua es un recurso abundante cuentan con normativas poco exhaustivas, proclives, sobre todo en materia de aguas subterráneas, al reconocimiento del dominio privado y reacias a la intervención administrativa. Por el contrario, en aquellos lugares donde el agua resulta un bien más escaso, la regulación suele ser más precisa e intervencionista, llegando a la publicación total de este recurso: *vid.* BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 2001, p. 373, y MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho de Aguas*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 122 y ss. Este es el caso de España, donde se ha protegido toda el agua, tanto la superficial como la subterránea. En esta tarea resultó clave la reforma de la Ley de aguas del año 1985, que incorporó al dominio público masas de agua subterránea que se estaban viendo afectadas por la «voracidad privada» (DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 21), sobre la base del criterio de la *unidad de ciclo hidrológico* de este recurso: NAVARRO CABALLERO, T.M., *Los instrumentos de gestión del dominio público hidráulico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 84 y 85.

<sup>5</sup> Sobre esta base, se puede hablar fundamentalmente de un uso común, ya sea general (art. 50 LA) o especial (art. 51 LA), y un uso privativo (arts. 52 y ss.), pero sobre esto se hablará con más detenimiento en el apartado 4.2.1. Medidas derivadas de la condición del agua como bien de dominio público.

<sup>6</sup> Vid. AGUDO GONZÁLEZ, J., “La regulación de los usos del agua en el Derecho español”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 151, 2011, pp. 579 a 625, *vid.* pp. 581 a 583.

<sup>7</sup> Desde 1879 se busca lograr un equilibrio entre el aprovechamiento de las aguas y el mantenimiento de la calidad de las mismas ante la contaminación por vertidos de aguas residuales; se arbitra así un listado de medidas tendientes a limitar los usos comunes que pudieran suponer un grave deterioro de las aguas (*vid.* DEL SAZ CORDERO, S., *Aguas subterráneas, aguas públicas. El nuevo Derecho de aguas*, cit., pp. 345 y 346). La evolución de esta limitación de usos y la llegada de la protección demanial tienen como primera consecuencia la posición de especial garante de la integridad y conservación adecuada del recurso que adquiere la Administración pública (SETUÁIN MENDÍA, B., “Aspectos normativos de los mercados de aguas: últimas aportaciones desde la reforma del Reglamento del dominio público hidráulico”, *Revista de Administración Pública*, n. 163, 2004, pp. 349 a 387, *vid.* p. 362); esta debe garantizar tanto su uso público y racional, desde un punto de vista social, como su protección ambiental, procurando, en este caso, conseguir y mantener un adecuado nivel de calidad de las aguas.

al usuario un agua de calidad o de aptitud precisa para su uso y, claro, en cantidad suficiente<sup>8</sup>.

## 2 Calidad con cantidad. Los conceptos de escasez y sequía

La protección y regulación de este bien de dominio público es distinta a la del resto de los bienes que ostentan esta calificación, pues no solo es preciso garantizar el acceso de todos al recurso, como en otros casos, sino que la forma en que se realice ese uso sea la adecuada para garantizar la conservación futura y en buenas condiciones del mismo, ya que su utilización o aprovechamiento puede modificar o alterar sus características en perjuicio de su uso posterior por terceros<sup>9</sup>. Ese acceso de todos al bien es, además, una cuestión con más trascendencia en este caso, pues la disponibilidad de agua en cantidad suficiente afecta de forma directa a servicios ambientales o usos esenciales realizados por el ser humano: una reducida cantidad de este recurso puede ocasionar importantes daños, tales como impactos irreparables en los servicios ambientales y los ecosistemas, impactos en la salud humana, consecuencias a nivel energético, sociales o efectos negativos en actividades altamente dependientes de la disponibilidad del agua como son la agricultura, la ganadería, la piscicultura o el turismo, entre otros<sup>10</sup>. Por este motivo, la relación entre calidad y cantidad es de tal grado en el agua que ambos factores se confunden y fusionan: la cantidad –mayor o menor– de agua es factor determinante del grado de calidad ecológica de una corriente o de un cauce y, a su vez, es la calidad la que hace posible que las masas de agua puedan ser útiles para la mayoría de sus destinos posibles<sup>11</sup>. De este modo, la atención y protección sobre el agua debe enfocarse en garantizar una conservación de la calidad del recurso y de los ecosistemas asociados por un lado, pero resulta igualmente esencial proteger y garantizar la cantidad de agua susceptible de aprovechamiento como «cuestión previa y determinante»<sup>12</sup>. En palabras de la Unión Europea, emitidas por medio de la DMA, «el control cuantitativo es un factor de garantía de una buena calidad de las aguas y, por consiguiente, deben establecerse medidas cuantitativas subordinadas al objetivo de garantizar una buena calidad»<sup>13</sup>.

En materia de calidad, puede citarse como base lo dispuesto por la DMA y su normativa de transposición en España, que parte del TRLA, pero el abanico de normas es variado, pues la calidad del agua se ve afectada en función de la composición o

<sup>8</sup> Vid. LÓPEZ MENUDO, F., "Las aguas", *Revista de Administración Pública*, n. 200, 2016, pp. 251 a 276, *vid. pp.* 264 y 265.

<sup>9</sup> Vid. LASAGABASTER HERRARTE, I., "Régimen jurídico de las aguas", Lasagabaster Herrarte, I., García Ureta, A.M. y Lazkano Brotóns, I. (coords.), *Derecho Ambiental. Parte Especial III: agua, atmósfera, contaminación acústica*, LETE, Bilbao, 2007, p. 110.

<sup>10</sup> Cfr. SANZ, M.J. y GALÁN, E. (coords.), *Impactos y riesgos derivados del cambio climático en España*, Oficina Española de Cambio Climático, Ministerio para la Transición Económica y el Reto Demográfico, Madrid, 2020, pp. 133 y ss.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 265.

<sup>12</sup> AGUDO GONZÁLEZ, J. (coord.), *El Derecho de aguas en clave europea*, La Ley, Madrid, 2010, p. 299.

<sup>13</sup> Considerando 19 DMA.

del uso que se realice y hay una norma para cada supuesto<sup>14</sup>. El uso que puede alterar esta calidad se realiza fundamentalmente mediante vertidos, siendo algunos de los más problemáticos aquellos procedentes de fertilizantes o aguas residuales<sup>15</sup>. Cuando hablamos de cantidad, en el ámbito concreto de este recurso natural hay dos problemas o situaciones específicas de las que surgen dos conceptos esenciales sobre los que se enmarcaría, en gran medida, la cuestión cuantitativa sobre el agua, o lo que es lo mismo, la disponibilidad o no de recurso: y estos conceptos esenciales son el de *sequía* y el de *escasez*.

Los conceptos de sequía y escasez tienen una evidente relación; de hecho, podría considerarse a la sequía como una causa directa de la escasez, pero hacen referencia a situaciones distintas.

El concepto de *escasez*, pese a aplicarse sobre el agua, tiene una connotación *antropica*; y es que la causa directa de la escasez es la propia persona, ya que esta es una situación de carácter temporal generada por el mal uso o una mala gestión realizada sobre el recurso natural. En este sentido, se entiende por *escasez* la situación en la que la demanda de agua supera a la disponibilidad de recursos hídricos explotables, una circunstancia que altera o menoscaba las condiciones ambientalmente adecuadas y sostenibles de este recurso natural<sup>16</sup>. De su análisis se deduce que las medidas dirigidas a evitar o atajar la escasez de agua se centran, fundamentalmente, en controlar los usos realizados sobre el recurso con el fin de racionalizar su aprovechamiento, atendiendo así a las demandas o necesidades tanto humanas como naturales. Esta escasez, el hecho mismo de que el agua sea un recurso escaso, ha motivado la principal técnica de regulación con la que cuenta este recurso: el dominio público<sup>17</sup>, analizada más adelante, pero esto no impide que esta escasez sea debidamente prevenida, atendida y planificada.

Por su parte y con carácter general, la *sequía* debe entenderse como «un fenómeno natural no predecible que se produce principalmente por una falta de precipitación que da lugar a un descenso temporal significativo en los recursos hídricos disponibles»<sup>18</sup>. Es decir, el de la sequía es un fenómeno natural de carácter temporal provocado por un descenso o falta de precipitaciones que genera, como consecuencia directa, una reducción o falta de aporte de agua al conjunto disponible<sup>19</sup>, o lo que es lo mismo, una merma en la cantidad de recurso disponible para ejercer los distintos usos derivables

<sup>14</sup> Vid. LOPERENA ROTA, D., "Normativa sobre la calidad de las aguas", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 31, 1991, pp. 295 a 309.

<sup>15</sup> Para conocer más al respecto, resulta esencial la lectura de, entre otros, SORO MATEO, B., *Derecho de los pesticidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, SETUÁIN MENDÍA, B. (dir.), *Retos actuales del saneamiento de aguas residuales: derivadas jurídicas, económicas y territoriales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, y SANZ RUBIALES, I., *Los vertidos en aguas subterráneas. Su régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

<sup>16</sup> Vid. COM (2007) 414 final, p. 2.

<sup>17</sup> EMBID IRUJO, A., "Elementos para la construcción de una teoría general de las sequías e inundaciones como fenómenos hidrológicos extremos", Embid Irujo, A. (dir.), *Sequía e inundación como fenómenos hidrológicos extremos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 31 a 45, p. 47.

<sup>18</sup> Artículo 2.1.62 de la Orden ARM/2656/2008, de 10 de septiembre, por la que se aprueba la instrucción de planificación hidrológica.

<sup>19</sup> Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Afrontar el desafío de la escasez de agua y la sequía en la Unión Europea: COM (2007) 414 final, de 18 de julio de 2007, p. 2.

de este, tanto por el ser humano como por la propia naturaleza. Evidentemente, por su propia naturaleza, una causa directa de la sequía es el cambio climático, por lo que la normativa sobre cambio climático deberá ser atendida en la materia que nos ocupa. La regulación sobre el fenómeno de la sequía ocupa, con desigual éxito, el contenido de grandes declaraciones internacionales<sup>20</sup>, pasa por la Unión Europea, también por el Estado y pretende llegar a cada cuenca española a través de los conocidos como Planes Especiales de Sequía (en adelante, PES), comentados también después. Todas estas medidas de actuación y control que atienden a este problema cuantitativo específico del recurso agua tienen como principal fin evitar, en la medida de lo posible, los episodios de sequía, así como intentar paliar las consecuencias provocadas por esta: para cumplir el primero de esos fines, destaca el diseño de medidas contra el cambio climático<sup>21</sup>, así como aquellas que afectan al régimen de lluvias y otras precipitaciones<sup>22</sup>; de cara a lograr el segundo, se aplican medidas propias en épocas de escasez y, por tanto, que modifican los usos aplicados al recurso, objeto esencial de esos PES<sup>23</sup>.

### 3 Marco regulatorio y competencial básico

#### 3.1 Panorámica sobre las bases normativas más esenciales

El análisis y enjuiciamiento de las principales declaraciones y medidas dispuestas por el ordenamiento jurídico, europeo y español, para garantizar la protección cuantitativa del agua debe realizarse atendiendo a las bases normativas de cada nivel competencial. De todas ellas, conviene en este punto destacar las más importantes, que serían:

---

<sup>20</sup> Destacarían en este sentido: el Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, de 2012; el Pacto de París sobre el agua y la adaptación al cambio climático en las cuencas de los ríos, lagos y acuíferos, de 2015; el Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2018: soluciones basadas en la naturaleza para la gestión del agua, de 2018; la DMA; el TRLA; o la Ley 1/2018, de 6 de marzo, por la que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en determinadas cuencas hidrográficas y se modifica el texto refundido de la Ley de aguas, aprobado por Real decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio: cfr. EMBID IRUJO, A., "Elementos para la construcción de una teoría general de las sequías e inundaciones como fenómenos hidrológicos extremos", cit., pp. 31 a 45.

<sup>21</sup> Si bien el grueso de las comunidades autónomas se encuentra inmerso en la elaboración de sus propias normas en materia de cambio climático, por el momento se cuenta con la norma europea (Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n. 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»), la Ley estatal 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, y la correspondiente norma andaluza (Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía), balear (Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética) y catalana (Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático). En todas ellas se ofrece una atención a la sequía y sus efectos, pero fundamentalmente con el fin preventivo de reservar parte del recurso para estos períodos o como elemento a tener en cuenta en la evaluación de riesgos (véase al respecto, fundamentalmente, el artículo 20 de la Ley andaluza o el 16 de la catalana, sin que exista en el resto mención con contenido material sobre el fenómeno de la sequía).

<sup>22</sup> *Vid.* artículo 3 del Real decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del dominio público hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas (en adelante RDPH).

<sup>23</sup> Se atiende en especial a esta cuestión en el apartado 5.2.3. *La planificación como medida de protección cuantitativa.*

Comenzando por la Unión Europea, evidentemente la DMA, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, base de la actual regulación y política de protección de este recurso natural. En cuanto a la cuestión cuantitativa afecta, también se debe mencionar la Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación, y la Directiva 2009/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, sobre explotación y comercialización de aguas minerales naturales. Como se ha dicho ya anteriormente, el cambio climático es uno de los grandes *enemigos a batir* por esta protección cuantitativa del agua, por lo que será de aplicación también lo dispuesto al respecto por el Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»).

A nivel estatal, resultan de esencial importancia en la materia la Ley de aguas, que transpone la DMA, aprobada mediante el Real decreto legislativo 1/2001 (en lo sucesivo, TRLA) y su normativa de desarrollo<sup>24</sup>, toda la regulación relativa a la planificación hidrológica, encabezada por la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional (en lo sucesivo, PHN)<sup>25</sup>, así como normas específicas en la materia, como la Ley 1/2018, de 6 de marzo, por la que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en determinadas cuencas hidrográficas y se modifica el texto refundido de la Ley de aguas, aprobado por Real decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, o los ya mencionados Planes Especiales de Sequía (en adelante, PES), realizados en el marco de los Planes Hidrológicos de Cuenca tras lo impuesto por el artículo 27 del Plan Hidrológico Nacional. Otra norma sectorial de esencial importancia en la materia sería el Real decreto 329/2002, de 5 de abril, por el que se aprueba el Plan Nacional de Regadíos, debido a que la agricultura, a consecuencia esencialmente del regadío, es uno de los sectores más demandantes de agua y, como tal, afectantes en materia cuantitativa<sup>26</sup>.

En tercer lugar, a nivel autonómico será necesario atender, si las hay, a las normas reguladoras de las aguas de cada Comunidad, planes hidrológicos si se trata de

<sup>24</sup> Comenzando por el RDPH, así como por el Real decreto 198/2015, de 23 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 112 bis del texto refundido de la Ley de aguas y se regula el canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica en las demarcaciones intercomunitarias, o el Real decreto 2618/1986, de 24 de diciembre, por el que se aprueban medidas referentes a acuíferos subterráneos al amparo del artículo 56 de la Ley de aguas.

<sup>25</sup> Acompañada de otras normas como el Real decreto 927/1988, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la administración pública del agua y de la planificación hidrológica, en desarrollo de los títulos II y III de la Ley de aguas, la Orden ARM/2656/2008, de 10 de septiembre, por la que se aprueba la instrucción de planificación hidrológica, o, por supuesto, el Real decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro, así como los planes de cuencas específicas, tales como Real decreto 51/2019, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de las Illes Balears o el Real decreto 11/2016, de 8 de enero, por el que se aprueban los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas de Galicia-Costa, de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, del Guadalete y Barbate y del Tinto, Odiel y Piedras.

<sup>26</sup> «En España el consumo de agua para riego supera el 68 % de los recursos disponibles para todos los usos»: GÓMEZ-ESPÍN, J.M., "Modernización de regadíos en España: experiencias de control, ahorro y eficacia en el uso del agua para riego", *Agua y Territorio*, n. 13, 2019, pp. 69 a 76, p. 75.

cuenca intracomunitarias, leyes en materia de cambio climático por los motivos ya aducidos y normativa específica en materia de sequía<sup>27</sup>.

Finalmente, se debe atender también al ámbito local. Los entes locales ostentan competencias afectantes a la protección cuantitativa del agua desde el momento en que la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL) les encomienda el «*abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales*»<sup>28</sup>. Partiendo de esa base, los entes locales crearán sus propios PES, enfocados en garantizar ese abastecimiento urbano<sup>29</sup>, en función de los cuales podrán imponerse restricciones de naturaleza cuantitativa sobre el uso del agua.

## 3.2 Panorámica sobre los entes competentes en materia cuantitativa

Los entes públicos competentes a la hora de establecer y ejecutar la protección del recurso natural agua a nivel cuantitativo no son distintos de aquellos encargados de su protección cualitativa; partiendo del análisis normativo realizado inmediatamente antes, conviene hablar de cuatro entidades competentes en la materia<sup>30</sup>:

Sin lugar a dudas, se debe comenzar por los organismos de cuenca. La gestión de las cuencas intra e intercomunitarias<sup>31</sup> depende de estos organismos, ya sean

<sup>27</sup> Por poner como ejemplo a Galicia, se completaría este marco con la Ley 9/2010, de 4 de noviembre, de aguas de Galicia; el Decreto 1/2015, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de la planificación en materia de aguas de Galicia y se regulan determinadas cuestiones en desarrollo de la Ley 9/2010, de 4 de noviembre, de aguas de Galicia; la Ley 9/2019, de 11 de diciembre, de medidas de garantía del abastecimiento en episodios de sequía y en situaciones de riesgo sanitario (de Galicia); y el Acuerdo del Consejo de la Xunta del 1 de agosto de 2013 por el que se aprueba el Plan de Sequía de la Demarcación Hidrográfica Galicia-Costa.

<sup>28</sup> Artículo 25.2.c) LBRL.

<sup>29</sup> Sobre la base de la previsión recogida en el artículo 27.3 PHN.

<sup>30</sup> Puede verse un análisis más pormenorizado al respecto en BURGOS GARRIDO, B., *Régimen jurídico administrativo de la sequía y escasez hídrica. Instrumentos para su prevención y gestión*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 67 y ss., o en ARANA GARCÍA, E. (dir.), *Riesgos naturales y Derecho: una perspectiva interdisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 299 y ss.

<sup>31</sup> Cuencas intercomunitarias son aquellas masas de agua cuya superficie se extiende por el territorio de más de una comunidad autónoma, siendo el Estado quien ejerce las competencias sobre ella, conforme a la previsión establecida por el artículo 149.1.22 de la Constitución española; por su parte, las intracomunitarias serían aquellas cuyas masas se extienden por el territorio de una misma comunidad y, por ello, si bien su gestión corresponde a la comunidad autónoma, esta no escapa al Estado por su papel de coordinador y planificador general de la actividad económica, lo que se traduce en que estos planes se materializan a través de «un acto final de aprobación por el Gobierno mediante el cual se coordina la competencia planificadora autonómica –competente para la elaboración y revisión de los planes hidrológicos de las aguas intracomunitarias– con las exigencias de la política hidráulica»: *vid.*, por ejemplo, la exposición de motivos del Real decreto 51/2019, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de las Illes Balears. En el mismo lugar se explica con claridad esta cuestión competencial: «La Constitución española establece como criterio principal para ordenar la distribución de competencias en materia de gestión de recursos hídricos la dimensión territorial de las cuencas hidrográficas, garantizando su gestión unitaria y no fragmentaria de conformidad con el principio de «unidad de cuenca». De este modo, el artículo 149.1.22.ª de la Constitución atribuye al Estado «la competencia exclusiva en materia de legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma», siendo por tanto de competencia exclusiva autonómica las cuencas que discurren íntegramente por su territorio y así lo haya establecido su Estatuto de Autonomía; en este caso, el artículo 30.8 de la Ley orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de autonomía de las Illes Balears, recoge expresamente esta competencia. En este sentido, tal y como ha venido interpretando el Tribunal Constitucional, el criterio del territorio por el que discurren las aguas es esencial dentro del sistema de distribución de competencias que rige en esta materia, si bien ello no implica la exclusión de otros títulos competenciales como sucede en la planificación hidrológica de las demarcaciones intracomunitarias, en que ha de coexistir el legítimo ejercicio por parte del Estado de los títulos competenciales que puedan concurrir o proyectarse, en particular con el ejercicio de la competencia estatal sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en virtud del artículo 149.1.13.ª de la Constitución, por la especial relevancia del agua como un recurso de vital importancia, imprescindible para la realización de múltiples actividades económicas, independientemente de donde se hallen. Por lo tanto, la necesaria participación estatal se materializa en un acto final de aprobación por el Gobierno mediante el

las confederaciones hidrográficas o, a nivel autonómico, las administraciones hidráulicas autonómicas correspondientes. Cada plan hidrológico aprobado para cada demarcación incluye medidas específicas que pretenden garantizar un adecuado estado cuantitativo del agua (medidas, como se analizan después, de control, medidas limitativas, prelación de usos, mecanismos de seguimiento...), pero, en todo caso, el organismo de cuenca tendrá reconocida competencia para, *cuando así lo exija la disponibilidad del recurso*, fijar o modificar el régimen de explotación oportuno<sup>32</sup>; unas competencias que «en relación con la sequía y escasez habrán de efectuarse dentro de su marco institucional propio, de acuerdo con las responsabilidades de sus órganos colegiados de gestión», por lo que habría que mencionar aquí también el papel desempeñado por las Juntas de Explotación, la Asamblea de Usuarios, la Comisión de Desembalse y la Junta de Gobierno<sup>33</sup>.

En apoyo de estos organismos de cuenca, destaca el papel de la Dirección General del Agua, en general en la materia, pero especialmente en el ámbito de la sequía o la escasez; a la hora de determinar expresamente sus funciones se habla de *sequía*, sin perjuicio de que el fin esencial de sus funciones sea gestionar y paliar los efectos de la *escasez*<sup>34</sup>. Por su parte, de la Oficina Española del Cambio Climático podrán derivarse medidas relevantes a nivel cuantitativo, especialmente dirigidas a prevenir o paliar los efectos derivados del fenómeno de la sequía<sup>35</sup>. Estos entes, especialmente la Oficina del Cambio Climático, tienen su reflejo a nivel autonómico, por lo que pueden desplegarse también de ellos medidas aplicables a nivel cuantitativo, en especial sobre la gestión de las cuencas intercomunitarias<sup>36</sup>.

Completarían esta panorámica de los entes públicos competentes en la regulación y gestión de la cantidad de agua disponible<sup>37</sup> los ayuntamientos, fundamentalmente, mediante sus propios PES<sup>38</sup>, unos planes cuyas medidas será necesario tener en cuenta, si bien recaen básicamente sobre el control y la gestión del abastecimiento urbano en el ámbito de la competencia establecida por la LBRL de la forma ya expuesta.

---

*cual se coordina la competencia planificadora autonómica –competente para la elaboración y revisión de los planes hidrológicos de las aguas intracomunitarias– con las exigencias de la política hidráulica».*

<sup>32</sup> Vid. artículo 90 RDPH.

<sup>33</sup> Vid. artículos 32 y ss. TRLA y cfr. SAURA MARTÍNEZ, J., "El papel de los Organismos de Cuenca en las sequías", Comité de Expertos en Sequía, *La sequía en España: directrices para minimizar su impacto*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2006, pp. 19 a 34.

<sup>34</sup> Vid. artículo 5 del Real decreto 500/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, y se modifica el Real decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales: destacaría en este sentido la letra c) de dicho artículo, en el cual se encarga a la Dirección General «la *coordinación y seguimiento de los planes y actuaciones que se lleven a cabo en situaciones de sequía*».

<sup>35</sup> Vid. artículo 6 del mencionado Real decreto 500/2020.

<sup>36</sup> Aunque el grueso de las comunidades autónomas está preparando sus leyes en materia de cambio climático, por el momento son solo Andalucía, Baleares y Cataluña las comunidades que cuentan con una norma propia. Así se puede ver la Oficina Andaluza de Cambio Climático de la Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía, o la Oficina Catalana del Cambio Climático en la Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático.

<sup>37</sup> Para profundizar en esta cuestión, acúdase al trabajo de BURGOS GARRIDO en *Régimen jurídico administrativo de la sequía y escasez hídrica. Instrumentos para su prevención y gestión*, cit., pp. 67 a 99.

<sup>38</sup> Artículo 27.3. PHN.

## 4 Caracteres básicos de los usos del agua y medidas de protección cuantitativa

### 4.1 Principales usos y sectores

El uso del recurso agua se encuentra regulado de forma general por el TRLA y sus normas de desarrollo; más concretamente, la utilización del dominio público hidráulico se regula en el título IV de la mencionada norma, consolidando sus bases más generales en los artículos 50 y siguientes. Baste recordar, de forma muy somera por ser asunto, en general, muy conocido, que en esos artículos se organizan las posibilidades de uso del agua en tres niveles: *común*, *especial* o *privativo*, en función de su intensidad, de la afectación a su uso por terceros y, en contrapartida, de la limitación aplicable al respecto por parte de la Administración pública. De este modo, en el primero de esos artículos se establece una cláusula general de uso común, para todos, para «*beber, bañarse y otros usos domésticos*», sin necesidad de autorización administrativa y sin más limitaciones que las establecidas en las leyes y reglamentos, limitaciones cuyo fin es evitar que se produzcan alteraciones de la calidad y del caudal de las aguas. Si este uso común es distinto a los señalados o elevado en su intensidad, entonces podrá ser considerado *especial*<sup>39</sup> y sometido a declaración responsable<sup>40</sup>, declaración que será sustituida por autorización *cuando por su especial intensidad este uso pueda afectar a la utilización del recurso por terceros*<sup>41</sup>. Un tercer nivel en el uso del agua, el privativo, únicamente se puede ejercer por concesión administrativa o si así lo reconoce una disposición legal, precisamente porque impide el acceso a ese bien de dominio público al resto de las personas<sup>42</sup>.

Pues bien, de acuerdo con los datos aportados por el Ministerio para la Transición Ecológica y Reto Demográfico este mismo mes de marzo, «*el principal uso del agua es el regadío y usos agrarios, que supone aproximadamente el 80,5 % de esta demanda, seguido por el abastecimiento urbano, que representa el 15,5 %*», restando prácticamente el consumo industrial, así como pérdidas producidas en cada uno de los casos señalados<sup>43</sup>. Concretamente, dentro de la cantidad de agua que consume la agricultura, «*el*

<sup>39</sup> Conforme establece el artículo 85 de la Ley 33/2003 del patrimonio de las administraciones públicas (en adelante LPAP), con carácter general para todos los bienes de dominio público, se entiende por uso *especial* aquel que «*sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste*». Será importante atender a la condición de especial –o privativo– de un uso sobre el agua para determinar la preferencia o posibilidad de ejercer ese uso en situaciones de escasez o sequía.

<sup>40</sup> Artículo 51 TRLA y 51 a 52 y 54 RDPH.

<sup>41</sup> Artículo 53 RDPH.

<sup>42</sup> Artículo 52 TRLA y 83 y ss. RDPH.

<sup>43</sup> Datos ofrecidos por el Gobierno de España a través de la Memoria Descriptiva del PERTE de Digitalización del ciclo del agua, de marzo de 2022, p. 6. Acceso web: [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2022/220322-PERTE\\_agua\\_memoria.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2022/220322-PERTE_agua_memoria.pdf).

consumo de agua para riego supera el 68 %»<sup>44</sup>. De este modo, las medidas de protección cuantitativa que se impongan sobre estos sectores de consumo para garantizar una disponibilidad de agua en cantidad suficiente deben tener como objetivos esenciales, bien racionalizar el uso del recurso y reducir el consumo de agua, bien reducir las pérdidas generadas en ese uso. Además, toda medida que se oponga contra estos usos dirigida a ofrecer una protección cuantitativa de las aguas deberá atender no solo a las necesidades humanas, sino de especial manera a las necesidades hídricas de los ecosistemas<sup>45</sup>, es decir, deberá proteger sus servicios ambientales<sup>46</sup>. Los datos expuestos muestran la necesidad de ejercer un control minucioso del uso que se realiza del recurso natural agua, de una manera especial por la agricultura, a través del riego, fundamentalmente. De este modo, el riego será protagonista de muchas de las medidas de toda política que pretenda proteger, con carácter general, el recurso natural agua<sup>47</sup>.

## 4.2 Principales medidas para la protección cuantitativa del agua

Como bien se ha apuntado, deben ser dos los objetivos a alcanzar por toda medida que pretenda garantizar la conservación del agua en cantidad suficiente: la racionalización de su uso, por un lado, y la reducción de las pérdidas provocadas al usarlo, por otro. Todas esas medidas podrían ser clasificadas, con carácter general, en cuatro grandes grupos.

### 4.2.1 Medidas derivadas de la condición del agua como bien de dominio público

La principal herramienta con la que cuenta el sistema para cumplir ambos fines, aunque especialmente el primero, es el propio régimen del dominio público. Tal y como se ha adelantado, dentro de este, destacan como principales medidas o técnicas de protección la autorización o la debida concesión que se debe obtener en función del uso que se necesite hacer del recurso natural. Brevemente y con carácter general<sup>48</sup>, la autorización demanial puede definirse como un acto administrativo mediante el que la Administración realiza un control preventivo de la legalidad u oportunidad de aprovechamientos cualificados del dominio público realizados por particulares; básicamente esta medida se deriva de aquellas acciones o actividades individuales que *«requieren que la Administración verifique previamente su compatibilidad con el interés*

<sup>44</sup> GÓMEZ-ESPÍN, J.M., "Modernización de regadíos en España: experiencias de control, ahorro y eficacia en el uso del agua para riego", cit., p. 75.

<sup>45</sup> Cfr. AGUDO GONZÁLEZ, J., *Urbanismo y gestión del agua*, Iustel, Madrid, 2007, p. 196.

<sup>46</sup> Sobre los servicios ambientales, puede verse GARCÍA GARCÍA, S., *Los servicios ambientales en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

<sup>47</sup> Es esencial para conocer, desde un punto de vista jurídico, toda cuestión relativa a este riego la obra de CARO-PATÓN CARMONA, I., *El derecho a regar: entre la planificación hidrológica y el mercado del agua*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

<sup>48</sup> La regulación general del régimen de las autorizaciones y concesiones se desprende de lo recogido por los artículos 91 a 103 LPAP –especialmente en el caso de las autorizaciones en el artículo 92– sin perjuicio de especialidades impuestas por cada norma sectorial, algunas de las cuales, recogidas en el TRLA, podrán verse más adelante.

*general*», otorgándose, en principio directamente, si dicha verificación es positiva<sup>49</sup>. Por su parte, una concesión demanial se puede definir como el acto administrativo mediante el cual la Administración habilita a un particular a ejercer un uso especial o privativo del dominio público por un periodo determinado que se otorga, como regla general, en régimen de concurrencia<sup>50</sup>. Pues bien, conforme establece la normativa sobre aguas, toda concesión o autorización de ese tipo que pueda afectar a la protección del recurso deberá estar debidamente justificada<sup>51</sup>. Esa motivación se solventa, en muchos casos, por medio de la exigencia de la realización de una evaluación de su impacto<sup>52</sup> o con la prohibición de renovación tácita si esa agua se pretende utilizar concretamente para el riego<sup>53</sup> y debe garantizar, lógicamente, el mantenimiento de una cantidad suficiente de agua disponible.

El dominio público como técnica de protección de los bienes públicos y esas autorizaciones y concesiones como títulos habilitantes para su uso implican la realización, por parte de la Administración pública, de un control no solo previo, sino también posterior de ese aprovechamiento o uso del bien demanial. Esto permite también el establecimiento de límites o condiciones dirigidas a garantizar el mejor uso posible del recurso natural con el fin, de fondo, de garantizar su presencia y uso público futuro. En este sentido, si se *bucea* en la normativa, es común encontrar limitaciones de carácter cuantitativo, tanto generales como límites de carácter extraordinario impuestos por el organismo de cuenca cuando así lo exija la disponibilidad del recurso, especialmente sobre el uso del agua subterránea<sup>54</sup>. Este control de la Administración se manifiesta también mediante la imposición, por medio de los planes hidrológicos, de diversas obligaciones especiales de información sobre los volúmenes totales de agua efectivamente extraídos y utilizados<sup>55</sup>, habiendo limitaciones u obligaciones extras si se produce la declaración de una zona como *sobreexplotada*<sup>56</sup>. Para garantizar el cumplimiento de estas limitaciones, se establecen sistemas de control efectivo de los caudales de agua a utilizar, así como para el cómputo de los caudales efectivamente aprovechados cuando se trate de caudales sobrantes de otros aprovechamientos<sup>57</sup>. Y, en el mismo sentido, se impide de forma expresa el aprovechamiento del agua

---

<sup>49</sup> LAGUNA DE PAZ, J.C., *La autorización administrativa*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 31 y 32.

<sup>50</sup> Artículo 93 LPAP y *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 567 y ss.

<sup>51</sup> Artículo 121 Real decreto 51/2019.

<sup>52</sup> Artículo 236 RDPH.

<sup>53</sup> Artículo 53 TRLA.

<sup>54</sup> Uso que no podrá superar un volumen total anual de 7.000 m<sup>3</sup>: artículo 54 TRLA, 84 y 87 RLA. *Vid.* también lo dispuesto por el artículo 55 TRLA: «con carácter temporal, podrá también condicionar o limitar el uso del dominio público hidráulico para garantizar su explotación racional. Cuando por ello se ocasione una modificación de caudales que genere perjuicios a unos aprovechamientos en favor de otros, los titulares beneficiados deberán satisfacer la oportuna indemnización, correspondiendo al organismo de cuenca, en defecto de acuerdo entre las partes, la determinación de su cuantía».

<sup>55</sup> Artículo 11, anexos VIII y IX del Real decreto 1/2016.

<sup>56</sup> *Vid.*, por ejemplo, los artículos 45 a 48 de la Ley 12/1990 de aguas de Canarias.

<sup>57</sup> Artículo 55 TRLA.

concedida para usos distintos de aquellos para los que se otorgó el derecho de uso<sup>58</sup>. Por estos motivos, los registros se convierten en un mecanismo de control esencial para el TRLA<sup>59</sup>.

Ante una eventual escasez del recurso y, así, la necesidad de priorizar unos usos sobre otros, la regulación establece un orden de prelación de usos<sup>60</sup>. Casi todos los planes hidrológicos establecen sus propios listados. En ellos se suele posicionar en primer lugar la cobertura de las necesidades básicas de abastecimiento de poblaciones (necesidades humanas); en segundo lugar, el respeto a las necesidades hídricas de cada cuenca (necesidades ecológicas), y posteriormente la preferencia de unos u otros usos, que varían en función de las características económicas del lugar (necesidades económicas). En esta *tercera posición* suele situarse el riego o el uso industrial del agua<sup>61</sup>.

Sobre ese riego del que se ha hablado, principal *consumidor* de agua, la regulación establece controles o límites específicos. Así, destacan medidas tendentes a limitar o reducir unilateralmente la cantidad de agua utilizada; en este sentido, la Administración se reserva la posibilidad de condicionar o limitar temporalmente el uso del agua para riego con el fin de garantizar una explotación racional<sup>62</sup>. También se prevé la posibilidad de limitar ese uso mediante la declaración de perímetros de protección de acuíferos<sup>63</sup> o de reservas hidrológicas, de las cuales pueden derivar restricciones o incluso prohibiciones para el aprovechamiento del recurso u otorgamiento de nuevos derechos de uso<sup>64</sup>. Si se habla de riego, se pueden observar determinadas condiciones específicas que pretenden reforzar la protección del recurso desde un punto de vista cuantitativo; en este sentido, se establece la obligación de ser titular de las tierras beneficiadas por el riego para obtener la correspondiente concesión<sup>65</sup> o la no renovación automática de la concesión demanial antes mencionada<sup>66</sup>. También destaca la previsión por la cual el TRLA exige que los usuarios de una misma toma o concesión de agua se constituyan en comunidades de usuarios,

<sup>58</sup> En el ámbito del regadío, se realiza una interpretación amplia de esta medida, de forma que la cantidad de agua concedida para regadío *podrá prever la aplicación del agua a distintas superficies alternativa o sucesivamente o prever un perímetro máximo de superficie dentro del cual el concesionario podrá regar unas superficies u otras*: artículo 61 TRLA.

<sup>59</sup> Artículo 99 bis TRLA.

<sup>60</sup> *Vid.* artículo 60 TRLA.

<sup>61</sup> *Vid.* Real decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro: especialmente artículo 8, anexo IV; artículo 8, anexos VIII y IX; o artículo 9, anexo XI. *Vid.* también artículo 8 del Real decreto 11/2016, de 8 de enero, por el que se aprueban los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas de Galicia-Costa, de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, del Guadalete y Barbate y del Tinto, Odiel y Piedras.

<sup>62</sup> Artículo 55 TRLA. *Especialmente en circunstancias de sequías extraordinarias, de sobreexplotación grave de acuíferos, o en similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales, el Gobierno, mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, oído el organismo de cuenca, podrá adoptar, para la superación de dichas situaciones, las medidas que sean precisas en relación con la utilización del dominio público hidráulico, aun cuando hubiese sido objeto de concesión*: artículo 58 TRLA.

<sup>63</sup> Artículo 173 RDPH.

<sup>64</sup> Artículos 2, 3, 25 y 244 quarter PHN.

<sup>65</sup> Artículos 62 y 69 TRLA.

<sup>66</sup> Artículo 53 TRLA.

obligación cuya finalidad es permitir ejercer esos controles de la forma más eficaz posible<sup>67</sup>. Asimismo, se impone un férreo control en el caso de cesiones entre usuarios de agua para riego. Este recae sobre la información que cada parte debe comunicar a las autoridades competentes, quienes pueden negarse a tal cesión si se observan riesgos o efectos negativos sobre «el régimen de explotación de los recursos en la cuenca, los derechos de terceros, los caudales medioambientales, el estado o conservación de los ecosistemas acuáticos» o el incumplimiento de requisitos cuantitativos esenciales, denegación que no generaría, en ningún caso, derecho a indemnización alguna para los afectados<sup>68</sup>.

#### 4.2.2 La figura del caudal ecológico

El segundo gran bloque de medidas de protección cuantitativa se sostiene sobre el establecimiento de la figura de los caudales ecológicos, lo cual completa al anterior ofreciendo entre los dos una atención equilibrada tanto a las necesidades humanas como a las del ecosistema.

El *caudal ecológico* es la figura que tradicionalmente se ha utilizado para imponer el mantenimiento de determinadas condiciones de los cursos y masas de agua<sup>69</sup>, pero en general se entiende como una reserva del recurso para la conservación o recuperación del medio natural<sup>70</sup>. Esta figura impone la obligación de determinar el caudal mínimo que debe mantenerse en cada caso en pro de las necesidades del ecosistema, lo que legitima la imposición de prohibiciones o limitaciones al otorgamiento de nuevos derechos o, incluso, la detracción de aguas ya concedidas<sup>71</sup>. En este sentido, el establecimiento de caudales ecológicos se presenta como una medida esencial en la protección cuantitativa del agua y sus servicios ambientales, constituyendo la principal «restricción que se puede imponer a los sistemas de explotación»<sup>72</sup>, una restricción que será preferente y esencial subordinada, principalmente, al abastecimiento de poblaciones<sup>73</sup>.

---

<sup>67</sup> Artículo 81 TRLA.

<sup>68</sup> Artículo 68 TRLA.

<sup>69</sup> EMBID IRUJO, A., "Usos del agua e impacto ambiental: evaluación de impacto ambiental y caudal ecológico," *Revista de Administración Pública*, n. 134, 1994, pp. 109 a 154, *vid.* pp. 137 y ss.

<sup>70</sup> BUSTILLO BOLADO, R.O., "¿Pueden los organismos de cuenca exigir a los concesionarios la información de la que dispongan en relación con sus obligaciones de mantenimiento de los caudales ecológicos?," *REDAS. Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidad*, n. 1, 2017, *vid.* p. 4. El TRLA obliga a que los planes hidrológicos de cuenca regulen también los «usos, presiones e incidencias antrópicas significativas sobre las aguas», de tal forma que en estos se incluya «la asignación y reserva de recursos para usos y demandas actuales y futuros, así como para la conservación y recuperación del medio natural. A este efecto se determinarán los caudales ecológicos, entendiendo como tales los que mantienen como mínimo la vida piscícola que de manera natural habitaría o pudiera habitar en el río, así como su vegetación de ribera»: artículo 42.1.b) TRLA.

<sup>71</sup> CARO-PATÓN CARMONA, I., "Caudal ecológico", Embid Irujo, A. (dir.), *Diccionario de Derecho de aguas*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 307 a 322, p. 307.

<sup>72</sup> AGUDO GONZÁLEZ, J., *Urbanismo y gestión del agua*, cit., pp. 196 y 197.

<sup>73</sup> Artículo 59.7 TRLA.

### 4.2.3 Medidas de fomento y educativas

Este tercer bloque estaría compuesto por medidas complementarias con las que cumplir de forma directa con el objetivo de garantizar el mejor uso del recurso y reducir, así, sus pérdidas. Es posible advertir en este punto la imposición de la implementación de nuevas técnicas y tecnologías a los diferentes usos del agua. Concretamente, por seguir con el ejemplo tomado en este trabajo, respecto al regadío se encuentra este tipo de imposición de buenas prácticas y mejores técnicas disponibles a través de la implementación de cambios en las técnicas de cultivo o de las características del propio cultivo<sup>74</sup>, pero de todas la medida principal, por su eficacia y protagonismo en la normativa, es la gestión sostenible y la modernización del regadío<sup>75</sup>. Para ello, y como mecanismo de fomento, se permite revisar al alza la cantidad de agua concedida para riego si se acredita un menor uso de esta o una mejora de la técnica de utilización del recurso, de forma que se alcance un ahorro de la cantidad de recurso empleado<sup>76</sup>.

La implantación de esas medidas de mejora y ahorro siempre deberá ir acompañada de un apoyo económico por parte de los poderes públicos o de medidas de fomento como, por ejemplo, incentivos fiscales<sup>77</sup>.

Asimismo, dentro de este tercer bloque, destacarían medidas educativas, como la que impone la realización de campañas de comunicación dirigidas a formar en el uso sostenible del agua, que incluyan la elaboración y difusión de un catálogo de buenas prácticas y de las mejores tecnologías disponibles<sup>78</sup>.

### 4.2.4 La planificación como medida de protección cuantitativa. Especial referencia a los PES y su tratamiento de la escasez y la sequía

De la lectura del marco normativo del agua se extrae, como otra de las grandes medidas de protección, también cuantitativa, la planificación como técnica de gestión y control de los usos del agua.

Los planes son uno de los instrumentos de ordenación administrativa por excelencia, que puede tener o no carácter normativo (reglamentario), y que se pueden

<sup>74</sup> En este sentido, resulta esencial la existencia de medidas dirigidas a garantizar una optimización del uso del agua por los cultivos que implementen «técnicas de reducción del consumo de agua, tanto en los procesos de almacenamiento como en el transporte y aplicación, que redunden en ahorros de agua significativos. Entre estas técnicas destacan la reducción de la evaporación en bals mediante el tapado con mallas de sombreo, la reducción de filtraciones en conducciones y riego por inundación, el uso de mulching vegetal y sintético, cobertura plástica parcial (láminas y mallas antihierba), riego por goteo subterráneo, uso de productos superabsorbentes, uso de productos surfactantes, mallas de sombreo, riego deficitario controlado, cultivo hidropónico con recuperación de agua y nutrientes, combinación de los anteriores, mallas cazanieblas o sistemas de condensación de agua...»: MELGAREJO, P., LEGUA, P., MARTÍNEZ-NICOLÁS, J.J. y ABADÍA, R., "Sistemas para el ahorro de agua en la agricultura", Melgarejo Moreno, J. (ed.), *Congreso Nacional del Agua. Orihuela. Innovación y sostenibilidad*, Universitat d'Alacant, Alicante, 2019, pp. 53 a 94, *vid.* p. 72.

<sup>75</sup> Es importante al respecto el Real decreto 329/2002, de 5 de abril, por el que se aprueba el Plan Nacional de Regadíos, modificado por última vez en el año 2011 tras la implantación del Plan Nacional de Regadíos Horizonte 2008. Se ha anunciado una reactivación del mismo en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; a nivel normativo y de planificación, este se encuentra en proceso de cambio y reelaboración, aspecto que debería culminarse.

<sup>76</sup> Artículo 65 TRLA.

<sup>77</sup> MELGAREJO, P., LEGUA, P., MARTÍNEZ-NICOLÁS, J.J. y ABADÍA, R., "Sistemas para el ahorro de agua en la agricultura", cit., p. 72.

<sup>78</sup> Artículo 32 PHN.

definir como «*decisiones generales de los poderes públicos que, normalmente sobre la base de un análisis de problemas y situaciones existentes, fijan unos objetivos a lograr en un período de tiempo más o menos largo, y prevén y regulan actuaciones públicas y en su caso privadas necesarias para alcanzarlos, así como los medios y recursos apropiados*»<sup>79</sup>.

La planificación como técnica administrativa aplicada a la protección del agua tiene, en palabras de EMBID IRUJO, «*un cariz especial*», entre otras cosas por la importancia extraordinaria que ostenta, en general, en toda la regulación en la materia<sup>80</sup>. El papel esencial del plan como técnica de regulación y protección del agua está presente en España ya desde la Ley de aguas del año 1985 (Ley 29/1985), pero su importancia ha sido ratificada e incrementada por la propia Unión Europea a través de la DMA, donde se encarga a la planificación hidrológica la atención a todas las «*previsiones sobre la oferta y demanda del recurso, previsiones para el futuro y normas de calidad de las aguas, caudales ecológicos, arreglos institucionales, protección de acuíferos, régimen económico-financiero de la utilización del agua o la relación de obras hidráulicas a desarrollar como una suerte de consecuencia de todo lo anterior*»<sup>81</sup>.

Conforme impone la DMA, todo Estado miembro debe implementar esta planificación para cada una de las cuencas hidrográficas nacionales<sup>82</sup>. Esto supone que España cuente con un Plan Hidrológico Nacional, aprobado mediante el mencionado PHN y doce cuencas intercomunitarias, y, por tanto, doce planes hidrológicos para dichas demarcaciones aprobados por el Estado: Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro<sup>83</sup>. A estas se deben sumar las cuencas intracomunitarias y sus planes, entre los que se encontrarían los correspondientes a las cuencas de las Islas Baleares, Galicia, Andalucía<sup>84</sup> y Cataluña<sup>85</sup>. Finalmente, resta por sumar siete planes hidrológicos más correspondientes a las demarcaciones canarias, aprobados mediante norma autonómica sobre la base de la previsión dispuesta al respecto en la disposición adicional novena TRLA<sup>86</sup>.

<sup>79</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2020, p. 642.

<sup>80</sup> EMBID IRUJO, A., "La planificación hidrológica", *Revista de Administración Pública*, n. 123, 1990, pp. 115 a 152, *vid.* p. 122.

<sup>81</sup> EMBID IRUJO, A. (dir.), *Diccionario de derecho de aguas*, Iustel, Madrid, 2007, p. 768.

<sup>82</sup> Así se desprende del artículo 3 DMA.

<sup>83</sup> Todo ello sobre la base del Real decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los Planes Hidrológicos de dichas demarcaciones hidrográficas.

<sup>84</sup> Real decreto 11/2016, de 8 de enero, por el que se aprueban los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas de Galicia-Costa, de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, del Guadalete y Barbate y del Tinto, Odiel y Piedras.

<sup>85</sup> Real decreto 1219/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Plan de gestión del distrito de cuenca fluvial de Cataluña establecido mediante Decreto 380/2006, de 10 de octubre, de la Generalitat de Cataluña, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica. *Vid.* nota al pie 31 para recordar las cuestiones competenciales relativas a la gestión de estas cuencas y, por tanto, aprobación de sus planes; no obstante, para conocer la peculiaridad, especialmente a nivel competencial de este plan, *vid.* CARO-PATÓN CARMONA, I., "Real decreto 1219/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el plan de gestión de distrito de cuenca fluvial de Cataluña", *Actualidad Jurídica Ambiental*, 16 de enero, 2012, 4 p.

<sup>86</sup> Decreto 184/2018, de 26 de diciembre, por el que se aprueba definitivamente el Plan Hidrológico Insular de la Demarcación Hidrográfica de El Hierro; Decreto 185/2018, de 26 de diciembre, por el que se aprueba definitivamente el Plan Hidrológico Insular de la Demarcación Hidrográfica de Fuerteventura; Decreto 137/2018, de 17 de septiembre, por el que se aprueba definitivamente el Plan Hidrológico Insular de la Demarcación Hidrográfica de La Gomera; Decreto 169/2018, de 26 de noviembre, por el que se aprueba definitivamente el Plan Hidrológico Insular de la Demarcación Hidrográfica de La Palma; Decreto 186/2018, de 26 de diciembre, por el que se aprueba definitivamente el Plan Hidrológico Insular de la Demarcación

Todos estos planes son obligatorios, aunque ello no signifique que necesariamente tengan el carácter de norma jurídica «*porque lo que hace el plan es adoptar decisiones singulares*»<sup>87</sup>. Bien, pues es en una de las previsiones del PHN, concretamente en su artículo 27, donde se establece la obligación, para todo organismo de cuenca, de elaborar, en el ámbito de cada plan hidrológico, un plan especial de actuación en situaciones de alerta y eventual sequía (art. 27.2 PHN), así como el deber de todo Ayuntamiento o Administración competente, con población igual o superior a 20.000 habitantes, de disponer de un plan de emergencia ante situaciones de sequía (art. 27.3 PHN). Planes especiales de actuación en situaciones de alerta y eventual sequía a nivel de cuenca y planes de emergencia ante situaciones de sequía a nivel local que hemos englobado bajo la denominación general de Planes Especiales de Sequía (PES).

Dentro de las medidas de gestión del agua, donde se recogen lógicamente requisitos para la protección cuantitativa del agua, estos PES destacan por la especial atención que ofrecen cuando la cantidad de agua no es la adecuada o no es suficiente. En general, estos planes deben establecer un conjunto de actuaciones y actividades que permitan reducir la demanda de agua, mejorar su eficiencia y evitar el deterioro de los recursos hídricos disponibles en el futuro<sup>88</sup>. Por ello, los dos conceptos protagonistas en esos planes serían, como bien se ha apuntado, el de *sequía* y el de *escasez*.

En general, los PES se caracterizan por ofrecer una atención diferenciada y con mayor o menor especificidad tanto al problema de la sequía como al de la escasez; concretamente, estos planes distinguen entre la *sequía prolongada* y la *escasez coyuntural*<sup>89</sup>. Teniendo en cuenta las definiciones generales ofrecidas ya para la sequía y la escasez<sup>90</sup>, la sequía prolongada «*debe entenderse como una situación natural, persistente e intensa, de disminución de las precipitaciones producida por circunstancias poco frecuentes y con reflejo en las aportaciones hídricas*»<sup>91</sup>. Por su parte, la escasez coyuntural «*debe entenderse como un problema temporal en la atención de las demandas*»; a priori esas demandas se consideran *suficientemente bien atendidas desde el punto de vista de la planificación hidrológica general (cumplen los criterios de garantía), pero están sometidas a riesgos coyunturales de suministro*, los cuales, precisamente, tratan de identificar y mitigar estos PES<sup>92</sup>. En los propios PES se deja claro cómo las diferencias entre ambos conceptos obligan a aplicar medidas también separadas:

---

Hidrográfica de Lanzarote; Decreto 2/2019, de 21 de enero, por el que se aprueba definitivamente el Plan Hidrológico Insular de la Demarcación Hidrográfica de Gran Canaria.

<sup>87</sup> CARO-PATÓN CARMONA, I., "La planificación hidrológica en España", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 23, 2012, pp. 177 a 214, *vid.* p. 210.

<sup>88</sup> Para un mayor y mejor conocimiento de las características y contenido de estos planes especiales, acúdase a ARANA GARCÍA, E. (dir.), *Riesgos naturales y Derecho: una perspectiva interdisciplinar*, cit.

<sup>89</sup> Puede verse así, por ejemplo, en el PES Ebro, p. 20, acceso web: [https://www.chebro.es/documents/20121/354670/PES-Ebro\\_trasCP\\_v12\\_aprobado.pdf/9bc2c20f-6083-665b-1996-d53be48a4cce?t=1639042174913](https://www.chebro.es/documents/20121/354670/PES-Ebro_trasCP_v12_aprobado.pdf/9bc2c20f-6083-665b-1996-d53be48a4cce?t=1639042174913), aprobado mediante la Orden TEC/1399/2018, de 28 de noviembre, por la que se aprueba la revisión de los planes especiales de sequía correspondientes a las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar; a la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro; y al ámbito de competencias del Estado de la parte española de la demarcación hidrográfica del Cantábrico Oriental.

<sup>90</sup> *Vid.* apartado 2. Calidad con cantidad. Los conceptos de escasez y sequía.

<sup>91</sup> PES Ebro, pp. 20 y ss.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

«así, la sequía prolongada está relacionada exclusivamente con la disminución de las precipitaciones y de las aportaciones en régimen natural, por lo que su unidad de análisis corresponderá con zonas homogéneas en cuanto a la generación de los recursos hídricos. Por su parte, la escasez coyuntural introduce la problemática temporal de atención de las demandas socioeconómicas establecidas en una zona, y por tanto sus unidades de gestión estarán muy relacionadas con (...) los sistemas de explotación establecidos en el ámbito de la planificación hidrológica»<sup>93</sup>.

Para determinar las mejores medidas de protección y control a adoptar en cada caso, estos planes utilizan sistemas de indicadores hidrológicos establecidos por el Ministerio, ahora, para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico<sup>94</sup>. Sobre esa base, cada PES ofrece su conjunto de indicadores, tanto de sequía como de escasez, a través de los cuales identificar una mala situación cuantitativa y, así, una rápida reacción que minimice los daños y facilite la recuperación<sup>95</sup>. Con ellos, se desarrolla un análisis y evaluación del estado del terreno, análisis que se organiza y divide en lo que denominan unidades territoriales, en función de las distintas características o necesidades de la zona: de este modo, se localizan y establecen las *unidades territoriales de sequía prolongada* (o UTS) y las *unidades territoriales de escasez coyuntural* (o UTE)<sup>96</sup>; de esta forma, a mayor número de unidades, mayor gravedad de la situación. A la hora de elaborar su estudio, cada PES cuenta también con un registro de sequías, en el que se atiende a las históricas y a los efectos previsibles derivados, para este campo, del cambio climático<sup>97</sup>.

Tras tomar conciencia del estado del territorio de su demarcación, cada PES ofrece lo que se podría identificar con un análisis del consumo de agua previsto con el fin de determinar las necesidades hídricas de cada cuenca. De este modo, en primer lugar, se recoge un resumen de los requerimientos ambientales, así como otros condicionantes que, ante una situación de escasez o sequía, tendrían preferencia. Es lo que los PES identifican bajo el catálogo de *restricciones de uso* en el cual se encontrarían las restricciones ambientales dirigidas por medio de los caudales ecológicos<sup>98</sup>. Por otro lado, cada PES elabora un análisis de las demandas de agua que, con carácter general, se producirán en esa cuenca, destacando en este caso la demanda de agua

<sup>93</sup> PES de la Demarcación Hidrográfica de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, p. 31, acceso web: [https://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal/documents/20151/35248297/plan\\_especial\\_sequia\\_DHCMA.pdf/24ef3f6b-2145-e6bb-1457-9114276acd92?t=1643184589343](https://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal/documents/20151/35248297/plan_especial_sequia_DHCMA.pdf/24ef3f6b-2145-e6bb-1457-9114276acd92?t=1643184589343).

<sup>94</sup> Por mandato del artículo 27.1 PHN.

<sup>95</sup> *Vid.*, por ejemplo, el PES Guadalquivir, pp. 202 y ss., acceso web: [https://www.chguadalquivir.es/descargas/PlanHidrologico2015-2021/Planes\\_2DO\\_Ciclo/Guadalquivir/MEMORIA\\_PHD\\_GUADALQUIVIR](https://www.chguadalquivir.es/descargas/PlanHidrologico2015-2021/Planes_2DO_Ciclo/Guadalquivir/MEMORIA_PHD_GUADALQUIVIR), aprobado mediante la Orden TEC/1399/2018.

<sup>96</sup> *Vid.*, por ejemplo, el PES Júcar, pp. 25 y ss., acceso web: <https://www.chj.es/Descargas/ProyectosOPH/RevisionPES/memoriaPES.pdf>, aprobado mediante la Orden TEC/1399/2018.

<sup>97</sup> *Vid.*, por ejemplo, el PES Guadiana, pp. 110 y ss., acceso web: <https://www.chguadiana.es/sites/default/files/2018-12/PES-CHGn>, aprobado mediante la Orden TEC/1399/2018.

<sup>98</sup> *Vid.*, por ejemplo, el PES Tajo, pp. 32 y ss., acceso web: <http://www.chtajo.es/LaCuenca/Planes/PES/Documents/20181128%20PES>, aprobado mediante la Orden TEC/1399/2018.

para regadío o usos agropecuarios. Este segundo bloque de demandas de agua será el que, en su caso, pueda verse restringido ante un evento de escasez o sequía<sup>99</sup>.

Finalmente, con todos los datos anteriores, cada uno de estos PES arroja un conjunto de posibles y distintos escenarios y de las acciones que, en cada caso, se deban tomar. Estas podrán, fundamentalmente, limitar o restringir, de manera temporal, bien la oferta de agua, la demanda y/o modificar la organización administrativa de la demarcación; asimismo, se aplicarán en todo caso medidas de protección medioambiental, de carácter cuantitativo y cualitativo, entre las cuales se garantice un minucioso seguimiento de su estado y se apliquen medidas de recuperación medioambiental<sup>100</sup>.

## 5 Conclusiones

La atención que se ofrezca al agua, como a cualquier otro recurso natural, debe ir dirigida a garantizar su conservación en una calidad óptima y, simultáneamente, en cantidad adecuada. A la hora de determinar el nivel en el que se alcanzan esos adjetivos –óptima y adecuada–, debe atenderse a las necesidades tanto del ser humano como de la propia naturaleza; para ello, son adecuadas las técnicas aplicadas sobre la base de la condición del agua como bien demanial, pero también otras esenciales como las derivadas de la figura de los caudales ecológicos.

Esta protección al agua se hace especialmente importante y compleja al constatar la presencia de dos fenómenos cada vez más repetidos en nuestro país, como son el de la sequía y la escasez. Para atajar el primero, se debe acelerar el diseño de medidas contra el cambio climático o sobre el régimen de lluvias y otras precipitaciones; de cara a paliar el segundo, debe establecerse una mejora en su previsión y en la ordenación y limitación de usos y otros aprovechamientos, donde se erigen como piezas esenciales los PES.

Todas esas medidas de protección del agua que se adopten deben tener un alcance general, pero también ofrecer una atención específica por sectores. El uso –o abuso– del recurso natural se concentra especialmente en aprovechamientos o sectores muy determinados, por lo que serían ellos los principales receptores de los requisitos o limitaciones que se impongan. El objeto de estos debe ser, sencillamente, la racionalización en el uso del recurso agua, algo que alcanza a la forma de aprovechamiento, pero también a las pérdidas que se producen a la hora de desarrollarlo.

El gran usuario de agua en España es el sector de la agricultura, a través del regadío. De este modo, una parte esencial de las medidas a implementar en la protección cualitativa y cuantitativa del agua deben ir dirigidas a paliar el impacto producido por el riego. La reducción en el agua necesaria para el regadío se puede implementar, bien a través del aumento o mejora de la eficiencia del propio sistema de regadío,

<sup>99</sup> *Vid.*, por ejemplo, el PES Miño-Sil, pp. 30 y ss., acceso web: <https://www.chminosil.es/images/planificacion/pes/01.MEMORIA.pdf>, aprobado mediante la Orden TEC/1399/2018.

<sup>100</sup> *Vid.*, por ejemplo, PES Segura, pp. 285 y ss. para el diagnóstico de escenarios y pp. 294 y ss. para las medidas, acceso web: [https://www.chsegura.es/export/sites/chs/descargas/cuenca/sequias/revision2018/docsdescarga/PES\\_SEGURA\\_Memoria](https://www.chsegura.es/export/sites/chs/descargas/cuenca/sequias/revision2018/docsdescarga/PES_SEGURA_Memoria), aprobado mediante la Orden TEC/1399/2018.

bien a través de las técnicas de cultivo o de las características del propio cultivo. La modernización del regadío se erige así como algo esencial e improrrogable. La propia Administración pública debe fomentar esa modernización cubriendo altos porcentajes del coste de implementarla, una actuación en principio dirigida sobre la base del Plan Nacional de Regadíos. Este plan, que supuso un gran avance en el momento de su creación mediante el Real decreto 329/2002, de 5 de abril, por el que se aprueba el Plan Nacional de Regadíos, modificado por última vez en el año 2011 tras la implantación del Plan Nacional de Regadíos Horizonte 2008, se encuentra obsoleto, si bien se ha anunciado una reactivación del mismo en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, a nivel normativo y de planificación, algo que debería culminarse con rapidez.

Además de estas medidas sectoriales, los PES son, cada vez más, mecanismos esenciales para la prevención y protección del agua, especialmente desde el punto de vista cuantitativo. Resulta esencial el diseño, aplicación y constante actualización de planes de sequía a través de los cuales se preste una atención constante a la cantidad de agua disponible en cada momento. Los criterios sobre los cuales se determinen las medidas a aplicar, así como su adopción, deben ser comunes y normalizados, de forma que, aunque se ofrezca una atención separada a la cantidad y calidad del agua, esta se haga sobre la base de la unidad que presenta este recurso, que, como diría MARTÍN MATEO, «*ignora olímpicamente los artificiales fraccionamientos de las soberanías territoriales*»<sup>101</sup>.

## Bibliografía

- AGUDO GONZÁLEZ, J., *Urbanismo y gestión del agua*, Iustel, Madrid, 2007.
- AGUDO GONZÁLEZ, J. (coord.), *El Derecho de aguas en clave europea*, La Ley, Madrid, 2010.
- AGUDO GONZÁLEZ, J., “La regulación de los usos del agua en el Derecho español”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 151, 2011.
- ARANA GARCÍA, E. (dir.), *Riesgos naturales y Derecho: una perspectiva interdisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2017.
- BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 2001.
- BURGOS GARRIDO, B., *Régimen jurídico administrativo de la sequía y escasez hídrica. Instrumentos para su prevención y gestión*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- BUSTILLO BOLADO, R.O., “¿Pueden los organismos de cuenca exigir a los concesionarios la información de la que dispongan en relación con sus obligaciones de mantenimiento de los caudales ecológicos?”, *REDAS. Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidad*, n. 1, 2017.
- CARO-PATÓN CARMONA, I., *El derecho a regar: entre la planificación hidrológica y el mercado del agua*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

---

<sup>101</sup> MARTÍN MATEO, R., “El derecho de la atmósfera”, *Revista de Administración Pública*, n. 121, 1990, pp. 89 a 148, *vid. p.* 91.

- CARO-PATÓN CARMONA, I., “Caudal ecológico”, Embid Irujo, A. (dir.), *Diccionario de Derecho de aguas*, Iustel, Madrid, 2007.
- CARO-PATÓN CARMONA, I., “Real Decreto 1219/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el plan de gestión de distrito de cuenca fluvial de Cataluña”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 16 de enero, 2012.
- CARO-PATÓN CARMONA, I., “La planificación hidrológica en España”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 23, 2012.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, Tecnos, Madrid, 1989.
- DEL SAZ CORDERO, S., *Aguas subterráneas, aguas públicas. El nuevo Derecho de aguas*, Marcial Pons, Madrid, 1990.
- EMBID IRUJO, A., “La planificación hidrológica”, *Revista de Administración Pública*, n. 123, 1990.
- EMBID IRUJO, A. (dir.), *Diccionario de derecho de aguas*, Iustel, Madrid, 2007.
- EMBID IRUJO, A., “Elementos para la construcción de una teoría general de las sequías e inundaciones como fenómenos hidrológicos extremos”, Embid Irujo, A. (dir.), *Sequía e inundación como fenómenos hidrológicos extremos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- EMBID IRUJO, A., “Usos del agua e impacto ambiental: evaluación de impacto ambiental y caudal ecológico”, *Revista de Administración Pública*, n. 134, 1994.
- GARCÍA GARCÍA, S., *Los servicios ambientales en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- GÓMEZ-ESPÍN, J.M., “Modernización de regadíos en España: experiencias de control, ahorro y eficacia en el uso del agua para riego”, *Agua y Territorio*, n. 13, 2019.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., “Régimen jurídico de las aguas”, Lasagabaster Herrarte, I., García Ureta, A.M. y Lazkano Brotóns, I. (coords.), *Derecho Ambiental. Parte Especial III: agua, atmósfera, contaminación acústica*, LETE, Bilbao, 2007.
- LAGUNA DE PAZ, J.C., *La autorización administrativa*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.
- LOPERENA ROTA, D., “Normativa sobre la calidad de las aguas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 31, 1991.
- LÓPEZ MENUDO, F., “Las aguas”, *Revista de Administración Pública*, n. 200, 2016.
- MARTÍN MATEO, R., “El derecho de la atmósfera”, *Revista de Administración Pública*, n. 121, 1990.
- MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho de Aguas*, Civitas, Madrid, 1997.
- MELGAREJO, P., LEGUA, P., MARTÍNEZ-NICOLÁS, J.J. y ABADÍA, R., “Sistemas para el ahorro de agua en la agricultura”, Melgarejo Moreno, J. (ed.), *Congreso Nacional del Agua. Orihuela. Innovación y sostenibilidad*, Universitat d’Alacant, Alicante, 2019.
- NAVARRO CABALLERO, T.M., *Los instrumentos de gestión del dominio público hidráulico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. y ALONSO GARCÍA, C. (dirs.), *Tratado de Derecho ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Regap



ESTUDIOS

- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2020.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, Madrid, 2018.
- SANZ RUBIALES, I., *Los vertidos en aguas subterráneas. Su régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- SANZ, M.J. y GALÁN, E. (coords.), *Impactos y riesgos derivados del cambio climático en España*, Oficina Española de Cambio Climático, Ministerio para la Transición Económica y el Reto Demográfico, Madrid, 2020.
- SAURA MARTÍNEZ, J., “El papel de los Organismos de Cuenca en las sequías”, Comité de Expertos en Sequía, *La sequía en España: directrices para minimizar su impacto*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2006.
- SETUÁIN MENDÍA, B. (dir.), *Retos actuales del saneamiento de aguas residuales: derivadas jurídicas, económicas y territoriales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- SETUÁIN MENDÍA, B., “Aspectos normativos de los mercados de aguas: últimas aportaciones desde la reforma del Reglamento del dominio público hidráulico”, *Revista de Administración Pública*, n. 163, 2004.
- SORO MATEO, B., *Derecho de los pesticidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

# Regap

## Comentarios y crónicas

# 2





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 63\_enero-junio 2022 | pp. 233-251  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i63.4868>  
© Víctor José Barbeito Pose  
© Julián Bustelo Abuín  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 15/11/2021 | Aceptado: 16/12/2021  
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Algunchas consideracións sobre o tratamento xurídico do patrimonio arqueolóxico na Lei 5/2016, do patrimonio cultural de Galicia

### **Algunas consideraciones sobre el tratamiento jurídico del patrimonio arqueológico en la Ley 5/2016, del patrimonio cultural de Galicia**

Some considerations on the  
legal treatment of archaeological  
heritage in Law 5/2016, on the  
cultural heritage of Galicia

63 Regap

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

VÍCTOR JOSÉ BARBEITO POSE  
Centro Arqueolóxico do Barbanza  
<https://orcid.org/0000-0001-7414-2085>  
[centroarqueoloxicobarbanza@gmail.com](mailto:centroarqueoloxicobarbanza@gmail.com)

JULIÁN BUSTELO ABUÍN  
Investigador del Grupo de Estudios para la Prehistoria del NW  
Ibérico. Arqueología, Antigüedad y Territorio  
Universidad de Santiago de Compostela  
<https://orcid.org/0000-0002-3708-8662>  
[julianbustelo17@gmail.com](mailto:julianbustelo17@gmail.com)

**Resumo:** Este traballo aborda un conxunto de reflexións sobre o tratamento xurídico do patrimonio arqueolóxico na Lei 5/2016, do patrimonio cultural de Galicia. Analízanse algúns conceptos e termos que son alleos ao dereito e poden xerar controversia tanto na interpretación da norma como na praxe arqueolóxica. Tamén se examinan algúns procedementos e preceptos que entran en contradición con outras disposicións da propia norma e que poden vulnerar a tutela xurídica sobre os bens arqueolóxicos.

**Palabras clave:** Patrimonio arqueológico, concepto jurídico indeterminado, dominio público arqueológico, presunción de valor, régimen de excepcionalidad, estructura arqueológica, detector de metal.

**Resumen:** El presente trabajo aborda un conjunto de reflexiones sobre el tratamiento jurídico del patrimonio arqueológico en la Ley 5/2016, del patrimonio cultural de Galicia. Se analizan algunos conceptos y términos que son ajenos al derecho y pueden generar controversia tanto en la interpretación de la norma como en la praxis arqueológica. También se examinan algunos procedimientos y preceptos que entran en contradicción con otras disposiciones de la propia norma y que pueden vulnerar la tutela jurídica sobre los bienes arqueológicos.

**Palabras clave:** Patrimonio arqueológico, concepto jurídico indeterminado, dominio público arqueológico, presunción de valor, régimen de excepcionalidad, estructura arqueológica, detector de metal.

**Abstract:** This work analyzes a set of reflections on the legal treatment of archaeological heritage in Law 5/2016, on the cultural heritage of Galicia. Some concepts and terms that are foreign to the Law are analyzed and can generate controversy both in the interpretation of the norm and in archaeological practice. Some procedures and precepts that are in contradiction with other provisions of the norm itself and that may violate the legal protection of archaeological assets are also analyzed.

**Key words:** Archaeological heritage, indeterminate legal concept, archaeological public domain, presumption of value, exceptionality regime, archaeological structure, metal detector.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2. Método o metodología arqueológica. 3 Estructura como concepto jurídico (y arqueológico) indeterminado. 4 Presunción de valor arqueológico. 5 Ejecución de intervenciones arqueológicas. 6 Depósitos arqueológicos en los centros museísticos. 7 Detectores de metales, derecho a premio y dominio público arqueológico. 8 Otras imprecisiones terminológicas y conceptuales. 9 Conclusiones.

## 1 Introducción

Vamos a analizar algunas de las cuestiones recogidas en el capítulo IV del título VII de la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del patrimonio cultural de Galicia (en adelante LPCG), dedicado al patrimonio arqueológico, las cuales suscitan dudas interpretativas y pueden apartarse de los objetivos principales que pretende alcanzar la ley de cabecera del patrimonio cultural gallego.

La LPCG ha sido analizada con anterioridad por voces autorizadas en el ámbito jurídico, desde una perspectiva más general<sup>1</sup>, examinando algunos de sus aspectos concretos<sup>2</sup>, o incluso de fuera del ámbito jurídico y con perfiles más próximos a los autores de este trabajo, aunque desde una perspectiva más global<sup>3</sup>.

En nuestro caso, pretendemos centrarnos en unos pocos aspectos que podrían encajar en una regulación con defectos técnicos al recurrir a elementos constitutivos ajenos al derecho y donde la precisión de la técnica especializada está muy lejos de ser unánime entre los profesionales y especialistas que participan de la arqueología.

<sup>1</sup> AMOEDO SOUTO, C.A., "El Derecho del Patrimonio Histórico en Galicia. La Ley 5/2016, de protección del patrimonio cultural de Galicia, cuatro años después: balance de situación", *Patrimonio Cultural y Derecho*, n. 24, 2020.

<sup>2</sup> NÚÑEZ SÁNCHEZ, A.M., "El expolio arqueológico y su tratamiento penal", *Revista del Ministerio Fiscal*, n. 5, 2018. Acceso web: <https://cpage.mpr.gob.es/producto/revista-del-ministerio-fiscal-8/> (Consultado el 13 de noviembre de 2021).

<sup>3</sup> BARREIRO, D. y VARELA-POUSA, R., "La nueva ley de patrimonio cultural de Galicia: una lectura crítica", *Nailos*, n. 4, 2017. Acceso web: <http://nailos.org/nailos-4-2017-art-5/> (Consultado el 15 de noviembre de 2021).

## 2 Método o metodología arqueológica

La Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español (LPHE en adelante), define los bienes que integran el patrimonio arqueológico (art. 40) como aquellos bienes que son susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica.

El legislador no define lo que se entiende por metodología arqueológica al tratarse de un concepto ajeno al derecho<sup>4</sup>; por ello, es necesario el reenvío a otras disciplinas, concretamente a la arqueología, para definir y acotar el ámbito de la realidad en la que opera el régimen jurídico del patrimonio arqueológico. Es decir, se precisa el concurso de una disciplina ajena al derecho que aclare en qué consiste la metodología arqueológica, cuestión nada baladí, ya que la forma de entender la disciplina no es unívoca y, consecuentemente, existen cuestiones semánticas que afectan a los contenidos conceptuales<sup>5</sup>, llegando a puntos extremos donde incluso entran en juego cuestiones metafísicas.

Sin entrar a precisar las tendencias teóricas actuales en el ámbito de la arqueología, y sin entrar tampoco a valorar la influencia que ejercen las distintas corrientes de pensamiento teórico sobre la práctica arqueológica hoy en día, vamos a analizar el concepto de patrimonio arqueológico en la LPCG.

Tal como sucede en la LPHE, a la hora de definir el concepto de yacimiento o zona arqueológica, se alude a los lugares en los que “existen evidencias de bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica” (art. 10.1.d LPCG), si bien, a diferencia de aquella, se introduce en la definición de yacimiento o zona arqueológica una relación de intereses o valores –artístico, histórico, arquitectónico, arqueológico, paleontológico (relacionado con la historia humana) o antropológico– que son susceptibles de ser constitutivos de esos bienes muebles o inmuebles a los que se hace referencia.

Sin embargo, en la definición de patrimonio arqueológico recogida en el artículo 93 de la LPCG, no se utiliza la expresión “metodología arqueológica”, sino que se usa el concepto “método arqueológico”, expresión usada también en el artículo 55 de la Ley 8/1995, de 30 de octubre, del patrimonio cultural de Galicia, norma derogada por la actual LPCG de 2016. Esta incoherencia no hace más que introducir mayor margen de incertidumbre, ya que no existe una teoría propiamente arqueológica, sino teorías de corte histórico, sociológico, antropológico o filosófico que influyen en la investigación arqueológica<sup>6</sup>. En consecuencia, algunos teóricos del ámbito de la arqueología<sup>7</sup> diferencian entre metodología (empirismo, objetivismo, fenomeno-

<sup>4</sup> BARCELONA LLOP, J. y CISNEROS CUNCHILLOS, M., *Vestigios y palabras. Arqueología y Derecho del patrimonio arqueológico*, Ediciones Universidad de Cantabria, Santander, 2016, p. 269; NÚÑEZ SÁNCHEZ, A.M., “El expolio arqueológico y su tratamiento penal”, cit., p. 59.

<sup>5</sup> MARTÍNEZ NAVARRETE, M.ªI., *Una revisión crítica de la Prehistoria española: la Edad del Bronce como paradigma*, Siglo XXI, Madrid, 1989, a partir de MARTÍN RUIZ, J.M., “Acerca de la relación entre teoría y práctica en la arqueología «de urgencia»”, Martín Ruiz, J.M., Martín Ruiz, J.A. y Sánchez Bandera, P.J. (eds.), *Arqueología a la carta. Relaciones entre teoría y método en la práctica arqueológica*, Centro de Ediciones de Diputación de Málaga, Málaga, 1997, p. 158.

<sup>6</sup> TRIGGER, B.G., *Historia del pensamiento arqueológico*, Editorial Crítica, Barcelona, 1992, pp. 29–35.

<sup>7</sup> CRIADO BOADO, F., *Arqueológicas. La razón perdida*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2012, p. 40.

logía, etc.) y método (descriptivo, hipotético, deductivo, hermenéutico, etc.), lo que ciertamente no ayuda a clarificar los contenidos conceptuales.

Además, en el artículo 93 de la LPCG se señala que integran el patrimonio arqueológico de Galicia “los bienes del patrimonio cultural de Galicia de interés histórico, muebles e inmuebles”, prescindiendo de los demás intereses que la propia norma sí contempla en el artículo 10.1.d antes citado.

### 3 Estructura como concepto jurídico (y arqueológico) indeterminado

El artículo 98 de la LPCG, relativo a la conservación de estructuras arqueológicas, establece que en el procedimiento de concesión de autorizaciones que afecten al patrimonio arqueológico, la *consellería* competente en la materia velará por la conservación *in situ*, siempre que sea posible, de las estructuras arqueológicas. Como acabamos de ver en el apartado anterior, la arqueología como disciplina no es unívoca y determinados conceptos, como el de “estructura”, precisan de concreción. Al igual que en el caso del concepto “metodología arqueológica”, el concepto “estructura” tampoco está definido en el ámbito del derecho, por lo que nos remite a la dimensión epistemológica de ciencias no jurídicas como es la arqueología.

Estructura es un término ampliamente usado en arqueología, a veces con significados muy distintos. MARTÍNEZ LÓPEZ, quien coordina una publicación en la que participan varios arqueólogos, orientada a establecer unas normas básicas de registro y documentación de los distintos tipos de yacimientos arqueológicos gallegos, donde se fijan convenciones, criterios, parámetros y conceptos, entiende por estructura “*cualquier elemento de la cultura material que se corresponda con un producto no mueble de la acción humana*” y que, a su vez, puede formar parte de un yacimiento<sup>8</sup>. En esa misma publicación, LÓPEZ CORDEIRO<sup>9</sup> atribuye la categoría de estructura a cuevas o abrigos, aunque solo adquirirá la categoría de yacimiento [paleolítico] si existe material lítico asociado. Por otro lado, VILLOCH VÁZQUEZ, en la misma publicación, diferencia, dentro de un yacimiento tipo túmulo, la posibilidad de que existan varias estructuras (estructuras pétreas internas como cámara, acceso, estelas; o coraza, anillo peristáltico, etc.). En cambio, SANTOS ESTÉVEZ atribuye la categoría de estructura para bienes que constituyan fenómenos vinculados al arte rupestre cuando los grabados forman parte de una unidad más compleja, cuando, por ejemplo, un petroglifo aparece en un castro, en un ortostato de una cámara, o bien cuando se trate de varias rocas pegadas<sup>10</sup>. Aún en la misma publicación, MÉNDEZ FERNÁNDEZ analiza el registro de poblados de la prehistoria reciente gracias a la identificación eventual de estructuras seccionadas por cortes en el terreno, de lo que se puede extraer que

<sup>8</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ, M.ªC. (coord.), *Contribución a un sistema de registro de yacimientos arqueológicos en Galicia*, Grupo de Investigación en Arqueología del Paisaje, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997, pp. 7-8. Acceso web: <https://digital.csic.es/handle/10261/5714> (Consultado el 13 de noviembre de 2021).

<sup>9</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ, M.ªC. (coord.), *Contribución a un sistema de registro de yacimientos arqueológicos en Galicia*, cit., p. 19.

<sup>10</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ, M.ªC. (coord.), *Contribución a un sistema de registro de yacimientos arqueológicos en Galicia*, cit., p. 21.

un poblado se manifiesta por la presencia de acumulaciones de material y/o por la detección de estructuras, normalmente en algún corte del terreno<sup>11</sup>.

En cambio, el concepto estructura podría ser interpretado bajo la perspectiva que recoge el profesor FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, cuando diferencia entre yacimiento y monumento o “estructura”. Así, mientras el primero se emplea para denominar los sitios y parajes abandonados por el hombre, normalmente derruidos y casi siempre cubiertos del todo o en parte por la tierra, los monumentos o estructuras se definen por referencia al ejemplo de una iglesia románica medieval, posiblemente aún utilizada para el culto, y donde las técnicas arqueológicas puedan ayudar a establecer las fases constructivas a historiadores del arte y a la arquitectura en su interpretación completa. Sin embargo, si existen restos bajo tierra como una necrópolis asociada, en este caso sí se consideraría como yacimiento<sup>12</sup>.

Y podríamos completar más el panorama si nos remitimos al nuevo registro arqueológico en intervenciones arqueológicas, lo que tradicionalmente se ha venido definiendo como *sistema de registro Harris*. Surgido en 1973 en Inglaterra, se va expandiendo hasta que llega a España en 1979, donde se acaba imponiendo al considerado *viejo registro arqueológico*, que tenía sus raíces en el período de entreguerras<sup>13</sup>.

En el caso gallego, este sistema fue reformulado y adaptado por el Grupo de Investigación de Arqueología del Paisaje en la década de 1990 y que ha tenido (y tiene) un importante seguimiento por la arqueología gallega. Esta adaptación ha usado el término “estructura” para clasificar un tipo de unidades de estratificación. Dicho esto, y teniendo en cuenta que el valor fundamental de toda norma jurídica es su adecuación a la realidad<sup>14</sup>, deberíamos descartar entonces el concepto de “estructura” como sinónimo de elementos arquitectónicos en su versión ya clásica de ruina arqueológica. Muy al contrario, deberíamos considerar este término en estrecha vinculación con las ideas actuales y convicciones vigentes de la praxis arqueológica presente o contemporánea. Sin embargo, si este fue el significado que se ha querido atribuir en la LPCG al concepto “estructura”, estaría atentando contra la propia creación de conocimiento científico sobre nuestro pasado.

La excavación de un yacimiento arqueológico implica necesariamente la destrucción parcial o total del mismo, pero como compensación proporciona un registro y, consecuentemente, un conocimiento. Entonces, si debe velarse por la conservación *in situ*, siempre que sea posible, de las estructuras arqueológicas (art. 98.1), difícilmente podrá aplicarse al ámbito de la investigación o de la arqueología preventiva. Muchas veces gracias a esta actividad preventiva se detectan elementos que forman parte de un yacimiento arqueológico que se desconocía previamente, y cuando se

<sup>11</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ, M.ªC. (coord.), *Contribución a un sistema de registro de yacimientos arqueológicos en Galicia*, cit., p. 21.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, V.M., *Teoría y método de la arqueología*, Editorial Síntesis, Madrid, 2000, p. 43.

<sup>13</sup> JUNYENT, E., LÓPEZ, J.B. y OLIVER, A., “Estratègia, anàlisi estratigràfica u registre en l’arqueologia lleidatana dels 80. La Harris Matrix”, Trócoli, I. y Sospedra, R. (eds.), *Harris Matrix. Sistemes de registre en arqueologia*, Pagès Editors, Lleida, 1992, pp. 185-186; URTEAGA, M. y RETUERCE, M., “Las excavaciones en la fortaleza de Gomaz (Soria) y la introducción en España del Harris Matrix System”, Fernández Ibáñez, C. (ed.), *Al-Kitáb, Juan Zozaya Stabel-Hansen*, Asociación Española de Arqueología Medieval, Madrid, 2019, p. 140.

<sup>14</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Civitas, Madrid, 1990, p. 574.

detectan, normalmente, es gracias a su destrucción parcial o total. La gran paradoja de la excavación arqueológica (sea arbitraria y mecánica o manual, o estratigráfica) es que solo deconstruyendo la estratigrafía, es decir, desmontando la secuencia estratigráfica (en orden inverso a su deposición en caso de una excavación estratigráfica), se pueden generar los datos e información (el registro arqueológico) a partir de los cuales se origina conocimiento<sup>15</sup>.

Por lo tanto, y después de lo argumentado, no nos queda otra alternativa que aceptar que el término “estructura”, tal como se recoge en la LPCG, debe estar más próximo al concepto clásico de ruina que a dejar sentir los efectos de la actual práctica arqueológica, pero a la vez resulta extraño que se use este término para remitir a un significado fijado en un pasado tan lejano y no se haya recogido una realidad que se introdujo hace más de cuatro décadas y que ha tenido un perfil deliberadamente expansivo en la arqueología gallega.

Esta hipótesis, en la cual el término “ruina” es substituido por “estructura”, parece refrendarse con lo dispuesto en el punto 2 del artículo 98, relativo a la conservación de estructuras arqueológicas, en el que se señala que la *consellería* velará por que las obras y actuaciones necesarias para la apertura de un yacimiento al público no atente contra el carácter arqueológico y sus valores culturales y científicos, su entorno o el contexto territorial y el paisaje.

Volviendo de nuevo sobre el artículo objeto de nuestro estudio, destaca otra cuestión: la advertencia “siempre que sea posible”. La advertencia de conservar las estructuras no parece una previsión acertada, dado que la recomendación no es imperativa e incluso podría poner en tela de juicio la previsión constitucional del artículo 46 de la CE, que obliga a los poderes públicos a la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico, y, además, porque la propia LPCG fija entre sus objetivos (art. 1) que la ley tiene por objeto la protección, conservación y acrecentamiento. Por este motivo, no parece que la técnica legislativa escogida fuese la más acertada.

Su virtualidad y eficacia es discutible, y es una llamada al fracaso; la propia configuración del precepto está más próxima a una recomendación de una carta internacional que a lo esperable de un texto normativo de directa aplicabilidad. La recomendación se puede rastrear en distintos documentos internacionales, como puede ser la Carta Internacional para la Gestión del Patrimonio Arqueológico (Lausana, 1990), pero su transposición no ha sido la más acertada; hubiera sido deseable una solución más clara, con mayor precisión fijando con claridad los límites en el orden legal.

## 4 Presunción de valor arqueológico

El artículo 94.3 de la LPCG fija la presunción de existencia de valor arqueológico a los “restos paleolíticos, neolíticos y megalíticos, como las *mámoas*, menhires y dólmenes, calcolíticos y de la Edad del Bronce, así como los representativos de la cultura castreña y galaico-romana”.

---

<sup>15</sup> CARANDINI, A., *Historias en la tierra. Manual de excavación arqueológica*, Crítica, Barcelona, 1997, p. 19.

*A priori*, la manifestación parece clara, pero presenta distintas problemáticas. El enunciado mezcla categorías distintas; al lado de periodos culturales o cronoculturales, como son Paleolítico, Neolítico, Calcolítico o Edad del Bronce, aparecen manifestaciones culturales como son el megalitismo, o clases de bienes arqueológicos, como *mámoas*, menhires y dólmenes.

En primer lugar, llama la atención la ausencia de períodos como el Epipaleolítico o Mesolítico, que permiten conocer un cambio tan significativo como es el tránsito de las últimas sociedades recolectoras a las primeras sociedades productoras, y que se encuentran mal caracterizados por la escasez de yacimientos excavados sistemáticamente y la falta de publicaciones detalladas de los restos<sup>16</sup>. Tampoco se incluye en la relación el período medieval, aun cuando ya la Ley de 1911 de excavaciones arqueológicas incluía dentro de la definición de antigüedades a los bienes prehistóricos, antiguos y medievales.

En segundo lugar, la escasa concreción conceptual acentúa las dudas interpretativas. Así, atendiendo a la literalidad del precepto, debemos considerar que solo las *mámoas* que presentan carácter megalítico son los restos a los que se presume valor arqueológico. Sin embargo, en el noroeste peninsular los megalitos, entendidos como construcciones realizadas con grandes piedras, no son una realidad ampliamente extendida o mayoritaria; habría que remitir al fenómeno tumular, siendo la *mámoa* el principal elemento uniformizador, la cual presenta una enorme variabilidad en cuanto a sus dimensiones<sup>17</sup>.

En tercer lugar, el uso de la expresión “los más representativos de la cultura castreña y galaico-romana” no permite aclarar ni delimitar a cuáles se refiere exactamente, remitiendo a una situación indeterminada, imprecisa y subjetiva. No se aportan mecanismos de concreción en el plano normativo absolutamente necesarios cuando se está operando con conceptos que carecen de significación precisa y unívoca en el mundo del derecho, y la remisión a otras disciplinas como la arqueología tampoco lo resuelve.

En cuarto lugar, el criterio de antigüedad, que tiene su principio en los orígenes de la normativa de protección del patrimonio cultural, había quedado proscrito con la aprobación de la LPHE, al asumir las disposiciones emanadas de la Comisión Francischini y posterior reelaboración de M. S. GIANNINI, mas parece que se vuelve a tiempos que se creían superados, determinando el valor del bien arqueológico por su pertenencia a una época histórica determinada, con independencia de otras cuestiones como la naturaleza del bien, así como su valor o interés del propio bien.

Tal como señala BARRERO RODRÍGUEZ<sup>18</sup>, “Se equipara valor o interés arqueológico y pertenencia a una época determinada, cuando está claro que uno y otra no

<sup>16</sup> FÁBREGAS VALCARCE, R. y DE LOMBERA HERMIDA, A., “A descuberta da presenza humana no noroeste”, Dopico Cañzos, M.D. y Villanueva Acuña, M. (eds.), *A Prehistoria en Lugo á luz das descubertas recentes*, Servizo de Publicacións Deputación de Lugo, Lugo, 2011, p. 77.

<sup>17</sup> FÁBREGAS VALCARCE, R. y VILASECO, X.I., “En torno al megalitismo gallego”, Carrera Ramírez, F. y Fábregas Valcarce, R. (eds.), *Arte parietal megalítico en el noroeste peninsular. Conocimiento y conservación*, Tórculo Edicións, S.L., Santiago de Compostela, 2006, p. 14.

<sup>18</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., p. 36.

van necesariamente aparejados; así, bienes procedentes de dichas etapas en las que se presume su valor pueden carecer de todo mérito y, por el contrario, otros de distintas épocas pueden poseerlo”. Esta cuestión pretende resolverla el legislador con un apartado final de artículo, a modo de cláusula de cierre, donde la presunción de valor puede ser objeto de revisión en función de la situación y características del bien, y deja la puerta abierta para reconocerles un significativo valor arqueológico a aquellos bienes no incluidos en la relación, previo estudio pormenorizado.

Sin embargo, esta cláusula de cierre del artículo 94 introduce un mecanismo que permitirá excluir los materiales sin interés arqueológico. Este expurgo puede frenar la entrada en las instituciones museísticas de piezas procedentes de intervenciones arqueológicas que carecen de interés o valor arqueológico que, por la ausencia de filtros legales, entraban a formar parte de sus depósitos y, consecuentemente, del dominio público arqueológico.

Atendiendo a la definición de patrimonio arqueológico (art. 93 de la LPCG), resulta claro que un bien se integra en él no por la simple concurrencia del requisito de que sea susceptible de ser estudiado con “método arqueológico”, sino porque, además, ha de presentar valor histórico, y este extremo no está intervenido administrativamente. Se presume el interés de las piezas recolectadas durante la intervención arqueológica, pero en ningún caso están establecidos mecanismos de expurgo de aquellas piezas carentes de interés, sino que esto depende exclusivamente del criterio y responsabilidad de la dirección arqueológica. Tal como recoge BARRERO RODRÍGUEZ<sup>19</sup>, lo histórico, lo artístico, lo arqueológico, científico o técnico como elementos determinantes del carácter cultural de un bien no son términos que remitan a una parcela de la realidad de contornos bien definidos; muy al contrario, son expresiones que conllevan en su misma esencia una alta dosis de intermediación y subjetivismo, lo que las hace absolutamente inseparables de un juicio concreto. Juicio emitido en el caso de las intervenciones arqueológicas con el único criterio de la dirección arqueológica de la intervención, sin que exista un criterio colegiado o controlado administrativamente. Es decir, la responsabilidad de seleccionar los objetos y evidencias obtenidas tras una intervención arqueológica queda circunscrita a la dirección arqueológica, y al centro museístico únicamente le corresponde extender el acta de depósito.

## 5 Ejecución de intervenciones arqueológicas

El artículo 22 de la LPHE establece que cualquier remoción de tierras que se proyecte en un sitio histórico o zona arqueológica (ambas categorías de BIC inmuebles) deberá ser autorizada por la Administración competente para la protección de dichos bienes, que podrá, antes de otorgar la autorización, ordenar la realización de prospecciones o excavaciones arqueológicas. De forma similar, la derogada Ley 8/1995, de 30 de octubre, del patrimonio cultural de Galicia, fijaba que la Consellería de Cultura debería ordenar la ejecución de intervenciones arqueológicas donde se constatare o

---

<sup>19</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., p. 295.

presumiese la existencia de un yacimiento o restos arqueológicos, el control arqueológico de los procesos de obras que puedan afectar a un espacio donde se presuma la existencia de restos arqueológicos, o, en el caso de intervenciones arqueológicas en conjuntos históricos, zonas arqueológicas o yacimientos, cuando el planeamiento obligase o cuando la *consellería* lo determinase.

En cambio, la actual LPCG ha ido un paso más allá. En el artículo 96.1 y 96.2 fija que las obras de edificación o cualquier otra actuación que implique la remoción de tierras en una zona arqueológica o su entorno requerirá de autorización previa y la presentación de un proyecto arqueológico (detallado, coherente, de interés científico y con idoneidad técnica de quien asuma la dirección) y la autorización de los propietarios del terreno siempre que sea necesaria (existen varias excepciones que están exentas de contar con las autorizaciones de los propietarios). En principio, parece un avance en lo que se ha denominado arqueología preventiva, pero merece dos comentarios. El primero es que no hay régimen de excepcionalidad. Mientras que la norma anterior apuntaba a la presunción (“constate o presuma la existencia”), ahora es imperativo, haya o no presunción de restos arqueológicos. Toda actuación que lleve aparejada remociones de tierras en una zona arqueológica o entorno requerirá forzosamente una intervención arqueológica. Esta situación deja en un segundo plano la pericia técnica y la necesidad de dictamen experto de la Administración cultural, dado que no caben más designios que establecer la clase de intervención (sondeos, control, prospección...). Según nuestro criterio, parece poco afortunada la redacción del precepto normativo, ya que existen excepciones donde el movimiento de tierras en zonas arqueológicas o en entornos donde no es precisa la supervisión arqueológica, véase el caso de la instalación de servicios subterráneos (abastecimiento, saneamiento, comunicaciones) en un espacio altamente degradado por actuaciones previas y con informes donde se constata la inexistencia de restos arqueológicos, o el sellado y regeneración de una cantera en el entorno de un bien arqueológico.

El segundo comentario apunta a una posible colisión con lo recogido parcialmente en el apartado 7 del mismo artículo, que indica que, cuando se trate de zonas arqueológicas o yacimientos declarados de interés cultural o catalogados, y cuando como requisito previo la *consellería* competente o la figura de planeamiento determinen la necesidad de presentar un proyecto de actividad arqueológica, el promotor deberá presentar un proyecto de actividad arqueológica. Teniendo en cuenta la redacción, se abre a la capacidad de decisión o dictamen de la *consellería* competente, y no es tan categórico como en el apartado 96.1 antes citado; en cambio, no afecta a entornos, solo a yacimientos o zonas arqueológicas. En consecuencia, el entorno, que no es el bien declarado o catalogado, siempre quedará sujeto a una intervención arqueológica, mientras el bien arqueológico podría evadirla por criterio de la *consellería*. Un sinsentido desde nuestro punto de vista.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 6 Los depósitos arqueológicos en los centros museísticos

El artículo 96.3 de la LPCG fija que en la resolución de la autorización de las actividades arqueológicas deben indicarse las condiciones a seguir durante la ejecución de los trabajos, la institución museística donde deberán depositarse los materiales y el plazo para entregar la documentación escrita o gráfica complementaria.

El primer decreto regulador de la actividad arqueológica en Galicia<sup>20</sup>, previo a la primera normativa autonómica del patrimonio cultural, fijaba que los materiales arqueológicos, debidamente inventariados y siglados, debían ser entregados en los museos acompañados de toda la documentación escrita y gráfica que permitan un adecuado tratamiento museográfico y museológico de los fondos. Una fórmula similar se recogió en la primera ley del patrimonio cultural de Galicia, especificando que los bienes procedentes de las actuaciones arqueológicas autorizadas, y toda la documentación escrita y gráfica que permitiese un adecuado tratamiento museográfico de los fondos, habrían de ser depositados en los museos que designase la Consellería de Cultura (art. 62.2 de la Ley 8/1995, de 30 de octubre, del patrimonio cultural de Galicia). Incluso el actual decreto regulador mantiene el precepto (art. 12.º.1 del Decreto 199/1997, de 10 de junio, por el que se regula la actividad arqueológica en la Comunidad Autónoma de Galicia).

Sin embargo, en la LPCG el legislador ha obviado estas circunstancias, limitándose únicamente a señalar que es preceptivo el depósito de los materiales, y que este depósito se hará atendiendo a criterios de proximidad, temática, conservación, etc.

A renglón seguido, en el apartado c) del artículo 96.3, señala que las resoluciones de autorización indicarán el plazo para proceder al depósito y a la documentación escrita o gráfica complementaria correspondiente. Se ha obviado fijar el destino del depósito de la documentación escrita o gráfica, por lo que todo indica que se refiere a la Administración autorizante, siendo además la fórmula empleada poco acertada ("escrita o gráfica"), ya que parece que abre la puerta a entregar una u otra, y en ningún caso se concreta el destinatario ni tampoco se especifica a qué se refiere con documentación complementaria.

La información procedente de las intervenciones arqueológicas, al menos la estratigrafía y consecuentemente el contexto deposicional de los objetos, debe considerarse afectada por el dominio público arqueológico. Deben diferenciarse dos tipos de información: la técnica y la interpretativa. Esta última está sujeta a los límites derivados de la propiedad intelectual, mientras que la información técnica que recoge la información básica no está (o no debiera estar) sujeta a limitaciones de acceso público, salvo que concurran algunos de los límites establecidos al derecho de acceso a la información pública, tal como recoge el artículo 25 de la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno. En este sentido, se atisba un paso adelante

---

<sup>20</sup> Decreto 62/1989, de 31 de marzo, por lo que se regula la actividad arqueológica en la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG 86, de 5 de mayo de 1989).

en la LPCG, concretamente en el párrafo segundo del artículo 97.3, al señalar que, “con independencia de la autoría de los documentos –memorias, descripción de contextos, estratigrafías, etc.–, se respetarán el alcance, las reservas y los límites a la propiedad intelectual que se derivan del derecho de acceso abierto a la información e investigación financiada con fondos públicos”. Sin embargo, ese paso es insuficiente, ya que solo afecta a las intervenciones financiadas con fondos públicos, que porcentualmente representan una mínima parte del total<sup>21</sup>, y, asimismo, la concreción que el legislador ha aportado a la redacción del mandamiento es imprecisa y necesitaría de un desarrollo más detallado para aclarar qué está sujeto a propiedad intelectual y qué no.

Respecto al depósito de la información en los centros museísticos, si no se procede a la entrega de la documentación –escrita y gráfica– donde se refleje el proceso de trabajo seguido, la descripción del registro arqueológico generado y los resultados globales de la actuación, difícilmente se puede cumplir la función social y científica si solo se depositan los objetos muebles, pasando así el centro depositario a ejercer su custodia, pero se frustra uno de los cometidos principales de la LPCG, la difusión y fomento del patrimonio cultural de Galicia de forma que sirva a la ciudadanía como una herramienta de cohesión social, desarrollo sostenible y fundamento de la identidad cultural del pueblo gallego (art. 1.1 de la LPCG), y se impide el cumplimiento efectivo de la función de los equipamientos museográficos a tenor de lo estipulado en los artículos 3 y 4 de la Ley 7/2021, de 17 de febrero, de museos y otros centros museísticos de Galicia, que fijan entre sus funciones la documentación, difusión, divulgación y exhibición de sus fondos y colecciones, facilitar la interpretación del patrimonio cultural, el tratamiento documental adecuado de sus fondos, facilitar la labor investigadora, etc. Difícilmente se podrá dar cumplimiento a estas funciones si no se dispone de la información que permita un adecuado tratamiento museográfico, concretamente los datos técnicos de las intervenciones arqueológicas, como puede ser la estratigrafía o el inventario cronocultural de las piezas arqueológicas.

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 7 Detectores de metales, derecho a premio y dominio público

El artículo 101 de la LPCG, relativo a los detectores de metales y otras técnicas análogas, en su punto 5 establece que, cuando se detecten “restos arqueológicos de cualquier índole”, se suspenderá la actividad y se dará conocimiento de los hechos. En el punto siguiente se señala que los “hallazgos” no devengan derecho a indemnización ni a premio, por lo que podríamos considerar que los hallazgos realizados mediante detectores o técnicas análogas no son hallazgos arqueológicos casuales, ya que no fueron encontrados producto del azar, sino gracias al uso de detectores de metales o técnicas análogas que precisan una autorización previa en determinados casos, y es por esto por lo que no devengan derecho a premio o indemnización.

<sup>21</sup> Aunque seguramente sean las más relevantes por la información aportada.

En el descubrimiento de restos arqueológicos con detectores de metales o técnicas análogas, tampoco es preciso que concurra la remoción de tierras, demoliciones u obras de cualquier tipo, visto que puede tratarse de un hallazgo superficial. En consecuencia, no sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 99.1, donde se define jurídicamente el concepto de hallazgo casual.

Pero tampoco está meridianamente claro que un bien arqueológico localizado en superficie utilizando un detector de metales pase a formar parte del dominio público arqueológico.

Si nos ceñimos a lo recogido en el artículo 94.1, “pertenecen al dominio público todos los objetos, restos materiales y evidencias arqueológicas que posean los valores que son propios del patrimonio cultural de Galicia y que hayan sido descubiertos como consecuencia de excavaciones o de cualquier otro trabajo arqueológico sistemático, de remociones de tierra u obras de cualquier índole o de forma casual”.

Pongamos un ejemplo práctico: se va a realizar una actividad con detectores de metales pero que no tiene por objetivo la localización de bienes integrantes del patrimonio cultural de Galicia (p. e., localización de meteoritos, estudio de concentración de metales pesados en determinadas áreas o recuperación de anillado de aves), pero dentro de la amplia zona de estudio prevista se encuentra un yacimiento arqueológico, por lo que es preciso contar con la autorización de la Administración competente en materia de patrimonio cultural. Una vez autorizado, se empiezan los trabajos y se localiza superficialmente un áureo (moneda romana) fuera de una zona arqueológica. Está claro que el áureo tiene la consideración de “bien arqueológico”, pero no ha sido descubierto como consecuencia de ninguna excavación u otro trabajo arqueológico sistemático, ya que el uso de detectores de metales no está limitado al ámbito arqueológico, no está considerado específicamente como una clase de actividad arqueológica (art. 95, Clases de actividades arqueológicas) y queda al margen de la regulación que establece la ley en su artículo 96, relativo a la autorización para la realización de actividades arqueológicas (el uso de detectores de metales y otras técnicas análogas está recogido en el artículo 101 y en otra sección distinta del capítulo relativo al patrimonio arqueológico). Como ya señalamos, se trata de un descubrimiento superficial sin remoción de tierras, y tampoco concurren las condiciones para clasificar la actividad como una obra, y tampoco se trata de una circunstancia azarosa, sino de una acción premeditada en la que el objetivo es la identificación y recuperación de elementos metálicos, y se encuentra sujeta a control administrativo. El concurso de estas circunstancias o similares abre la puerta a que determinados descubrimientos queden fuera del concepto jurídico de hallazgo casual y de la consideración de dominio público.

## 8 Otras imprecisiones terminológicas y conceptuales

En este apartado hacemos un recorrido por varios de los artículos del capítulo IV del título VII de la LPCG, dedicado al patrimonio arqueológico, analizando algunas cuestiones terminológicas y las implicaciones que se derivan de ello. A lo largo del

articulado se alude al patrimonio arqueológico utilizando distintas expresiones: objetos, restos materiales, bienes, evidencias... Realmente, ¿existen diferencias entre estas denominaciones?

El artículo 93 define el concepto de patrimonio arqueológico como los “bienes” del patrimonio cultural de Galicia de interés histórico, tanto muebles como inmuebles. En cambio, si analizamos el dominio público arqueológico recogido en el artículo 94.1, observamos una triple diferenciación: “pertenecen al dominio público los objetos, restos materiales y evidencias arqueológicas”. Mientras, en el apartado 3 del mismo artículo, dedicado a la presunción de valores arqueológicos a determinados períodos cronológicos y manifestaciones culturales, se usa el término “restos”. Y en el apartado 4 se señala que la presunción de valor puede ser objeto de revisión en función de la situación y características del “bien”. Podemos concluir entonces que “bien” y “restos” son equiparables o incluso sinónimos, pero entonces ¿a qué aluden los términos objetos y evidencias arqueológicas?, ¿se trata de otras categorías?

El artículo 95 está referido a distinguir y clasificar las diferentes actividades arqueológicas contempladas en la ley y que precisarán autorización para su ejecución. La primera actividad arqueológica definida es la prospección dirigida al estudio e investigación para la detección de restos históricos y los componentes ambientales relacionados con estos. Como podemos observar, se menciona expresamente “restos históricos” y “componentes ambientales”. Esta nueva categoría de “componentes ambientales” ¿forma parte del dominio público arqueológico?, ¿es asimilable “objetos” o “evidencias arqueológicas” con “componentes ambientales”?

Los restos materiales de orden cultural no son los únicos vestigios de la actividad humana, y la explotación del territorio a lo largo de la historia por las distintas comunidades o grupos humanos ha generado impactos directos e indirectos sobre el medio que dejan huella en determinados registros o archivos paleoambientales<sup>22</sup>. Por lo tanto, podríamos considerar que los componentes ambientales forman parte de las evidencias arqueológicas, ya que además permiten la reconstrucción de sucesos pretéritos<sup>23</sup>.

En el artículo 95.b), al definir jurídicamente el sondeo arqueológico como aquella actividad encaminada a comprobar la existencia de “restos arqueológicos” o a reconocer su estratigrafía, ¿podemos entonces considerar la “estratigrafía” como un objeto o evidencia arqueológica? Resulta a todas luces claro que la estratigrafía es una evidencia clara, manifiesta y tan perceptible que racionalmente no cabe duda. La noción estratigrafía apareció tempranamente, aunque sería la publicación de la obra *Principles of Geology* de sir Charles Lyell en 1830 la que consolidó su aprendizaje y permitió el desarrollo de una verdadera disciplina<sup>24</sup> que se convertirá en los cimientos sobre los que se levanta la arqueología. Esta deducción es de sumo interés, ya que,

<sup>22</sup> FÁBREGAS VALCARCE, R., *Los petroglifos y su contexto: un ejemplo de la Galicia meridional*, Instituto de Estudios Viguéses, Vigo, 2001, pp. 13-14.

<sup>23</sup> BARCELÓ, J.A. y ANDREAI, V., “Métodos cronométricos en arqueología, prehistoria y paleontología”, Barceló, J.A. y Morell, B. (eds.), *Métodos cronométricos en arqueología, prehistoria y paleontología*, Dextra Editorial, Madrid, 2020, p. 182.

<sup>24</sup> ROSKAMS, S., *Teoría y práctica de la excavación*, Editorial Crítica, Barcelona, 2003, p. 30.

si la estratigrafía<sup>25</sup> es una evidencia arqueológica, pasa a tener la consideración de dominio público arqueológico y, consecuentemente, debería configurarse como un documento afectado por la misma demanialidad *ope legis* que afecta a las piezas arqueológicas, como una prolongación del proceso legal de protección del yacimiento arqueológico como fuente de información científica<sup>26</sup>.

El apartado c) del artículo en estudio no aporta novedad sobre lo ya comentado con anterioridad; sin embargo, el apartado d) introduce un nuevo concepto, como es “soporte” para ocuparse de aquel elemento que alberga o acoge los motivos que conforman parte del arte rupestre. Tampoco parece muy desacertado considerar el “soporte” como un “objeto” y, por lo tanto, también dentro de lo considerado dominio público arqueológico.

Otra cuestión es fijar la noción de arte rupestre, que no es tarea fácil. Desde el punto de vista de la configuración jurídica de arte rupestre, nos remite a las pinturas que fueron las primeras en entrar a formar parte del Tesoro Artístico Nacional gracias al Real decreto-ley de 8 de agosto de 1926<sup>27</sup>, y posteriormente pasarían a formar parte los grabados rupestres cuyo máximo hito fue la declaración como monumentos histórico-artísticos de carácter nacional a los grabados rupestres existentes en la provincia de Pontevedra en 1972<sup>28</sup>. A pesar de ello, bajo la denominación de arte rupestre tienen cabida manifestaciones como el arte paleolítico, arte esquemático, arte megalítico o el arte rupestre atlántico o galaico. Sin embargo, existen otras manifestaciones realizadas sobre un soporte pétreo que albergan signos y símbolos, a veces de distintas cronologías, como pueden ser mezclados con otros grabados más antiguos, generando un palimpsesto como son signos lapidarios o glípticas medievales, o incluso elementos usados para fijar deslindes de cotos y jurisdicciones antiguas que, en ocasiones, presentan una extremada complejidad compositiva y que generan dudas sobre su tratamiento jurídico bajo el prisma del patrimonio cultural.

Retomando el análisis del artículo 95 de la LPCG, en el apartado e) se fija el interés sobre el espacio de posible interés arqueológico, lo que mantiene cierta sintonía con la definición del artículo 10 relativo a yacimiento o zona arqueológica como el lugar en que existen evidencias muebles o inmuebles. Más adelante, en este mismo apartado, se hace una equivalencia entre “evidencias” y “elementos de interés arqueológico”.

Para cerrar el análisis del artículo 95, algunas de las clases de actividad arqueológica reguladas son la conservación, consolidación y restauración, entendidas como las intervenciones en yacimientos encaminadas a favorecer su conservación y preservación para permitir su disfrute y acceso público y facilitar su comprensión y uso social. El precepto deja claro que la conservación, consolidación y restauración son acciones que únicamente atañen a yacimientos arqueológicos; entonces, aquellos

<sup>25</sup> Debe diferenciarse estratigrafía de estratificación. La estratigrafía es el producto de la interpretación de la estratificación de un yacimiento (HARRIS, E.C., *Principios de la estratigrafía arqueológica*, Editorial Crítica, Barcelona, 1991, p. 60).

<sup>26</sup> GARCÍA CALDERÓN, J.M., *La defensa penal del patrimonio arqueológico*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 121.

<sup>27</sup> Real decreto-ley relativo al tesoro artístico arqueológico nacional (*Gaceta de Madrid*, n. 227, de 15 de agosto de 1926).

<sup>28</sup> El Decreto 3741/1974, de 20 de diciembre, por el que se declaran monumentos histórico-artísticos de carácter nacional los grabados rupestres existentes en la provincia de Pontevedra (BOE n. 59, de 10 de marzo de 1975), un total de 195 grabados en distintos ayuntamientos pontevedreses.

elementos muebles u objetos que sean sometidos a labores de conservación, consolidación y restauración no tienen cabida en este apartado y consecuentemente no tendrían la consideración de actividad arqueológica. Cierto es que el último apartado del artículo 95 señala que se entiende como actividad arqueológica la manipulación con técnicas agresivas de materiales arqueológicos.

Llegados a este punto, surge otra dificultad interpretativa: ¿tiene la conservación, consolidación y restauración de bienes muebles la consideración de técnicas agresivas? Si nos atenemos al texto normativo, podemos comprobar cómo diferencia de un lado entre conservación, consolidación y restauración de los yacimientos arqueológicos, y, del otro, las técnicas agresivas sobre materiales arqueológicos. Por lo tanto, podríamos concluir que se trata de cuestiones diferentes, es decir, las acciones de consolidación o restauración de una cerámica no estarían sujetas a autorización, ya que, si así fuese, el legislador debiera haber incluido, a la par que los yacimientos arqueológicos, los objetos. No obstante, la tradición normativa y la praxis procedimental indican que el legislador ha querido diferenciar entre bienes inmuebles (yacimientos arqueológicos) y muebles (objetos). Y, siendo así, llegamos a otra correspondencia semántica o conceptual donde “materiales arqueológicos” equivale a “bienes muebles”.

El artículo 96.3.b) señala que las resoluciones por las que se conceda autorización deberán indicar en qué centro museístico autorizado deberán depositarse los “materiales” y a continuación señala que, a la hora de fijar el centro depositario, “se tendrá en cuenta la relación de dichos objetos con la temática...”. Como podemos observar, materiales y objetos hacen alusión a una misma realidad.

Retomando el análisis semántico de los términos utilizados para referirse, global o parcialmente, al patrimonio arqueológico, en el capítulo IV del título VII de la LPCG, detectamos otra singularidad digna de mención. En el artículo 96.6 se establece que, ante la revocación de un permiso de intervención arqueológica, no se exonera al titular o entidad autorizada del deber de conservar el yacimiento o los vestigios encontrados y de la obligación de entregar los “hallazgos” y la “documentación de toda índole” generada por la actividad arqueológica. Resulta harto complejo en el plano teórico poder identificar una entidad que pueda ser beneficiaria de una autorización, sobre todo porque difícilmente podría dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97, relativo a las responsabilidades en la dirección de las actividades arqueológicas, o el artículo 5.º del Decreto 199/1997, referido a los solicitantes de autorización para dirigir y realizar actividades arqueológicas, que deben poseer título superior con estudios en prehistoria y arqueología.

Otra anomalía que presenta el citado precepto es la obligatoriedad, una vez revocada la autorización, de conservación del yacimiento y de los vestigios encontrados, que, al menos en relación con la conservación del yacimiento, sería inejecutable. Tampoco es afortunada la redacción relativa a la entrega de “la documentación de toda índole generada por la actividad arqueológica”, dado que podría entenderse que englobaría documentación estrictamente de interés arqueológico, como podría ser

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

el plan de seguridad y salud o documentación relacionadas con la actividad laboral del equipo arqueológico.

Siguiendo con nuestro análisis terminológico, nos encontramos con que el artículo 97, en el apartado 1, letra c), menciona que es responsable de la dirección de los trabajos arqueológicos “entregar los objetos y evidencias obtenidos, debidamente inventariados”, en el centro museístico designado, y, mientras los “objetos no sean entregados, le serán de aplicación a la persona titular de la autorización las normas de depósito legal”. Conviene señalar que el depósito legal solo se predica para los objetos y no así para las evidencias<sup>29</sup>. En la letra d) del mismo apartado se señala la obligación de “entregar una memoria de carácter técnico, científica o interpretativa, con la descripción del contexto, estratigrafía, estructuras y materiales y su estado de conservación”.

Esta prescripción está abierta a nuevos problemas interpretativos; por una parte, ¿la memoria científica o interpretativa es un único documento o se está diferenciando entre dos tipos? Si nos ceñimos a lo recogido en el decreto regulador de la actividad arqueológica<sup>30</sup>, únicamente diferencia entre memoria técnica e interpretativa, por lo que no está definida jurídicamente la memoria científica, y se vuelve más ambigua al amparo del artículo 97.3 de la LPCG, que fija como preceptiva la entrega por parte del promotor de una memoria técnica científica en las actuaciones arqueológicas derivadas de procesos constructivos. Por otra parte, podemos observar cómo se conceptúa de manera distinta la documentación que es preceptiva de entrega, entrando en colisión con el artículo 96.3.b), que menciona la preceptiva entrega de documentación complementaria escrita o gráfica sin precisar el destinatario de ese depósito.

La sección 2.ª del capítulo IV, dedicada al patrimonio arqueológico, se ocupa de regular los hallazgos casuales, estableciendo el apartado 1 del artículo 99 que “se considerarán hallazgos los descubrimiento de objetos y restos materiales que, además de poseer los valores que son propios del patrimonio arqueológico de Galicia, se hayan producido por azar, como consecuencia de remociones de tierras, demoliciones y obras de cualquier tipo”. Así, resulta que podemos diferenciar dos tipos de hallazgos: los que afectan a los objetos y los que se refieren a restos materiales. En esta distinción entre restos materiales y objetos se intuye que el legislador ha querido distinguir entre bienes muebles (objetos) y bienes inmuebles (restos materiales).

El último apartado del artículo 99 excluye del derecho a premio: “las estructuras y restos encontrados o localizados que tengan la consideración de bienes inmuebles conforme a lo determinado en esta ley, o integrantes del patrimonio cultural subacuático, así como aquellos encontrados en el ámbito de zonas arqueológicas, no generarán derecho a premio”. En otras palabras, podemos asumir que se están empleando distintas denominaciones para los bienes inmuebles: restos materiales,

<sup>29</sup> Del mismo modo, la literalidad del artículo 97.3, cuando se refiere a que será el promotor quién deberá presentar, en caso de tratarse de un proceso constructivo, la «memoria técnica científica de los trabajos desarrollados, suscrita por quién asuma la dirección, acompañada de un inventario detallado de los materiales y evidencias encontrados y el acta de entrega de los citados materiales al museo, entidad, institución o centro designado por la administración competente» por este motivo, el acta de depósito sólo afecta a los materiales y no a las evidencias.

<sup>30</sup> Decreto 199/1997, de 10 de julio, por el que se regula la actividad arqueológica en la Comunidad Autónoma de Galicia.

estructuras o restos. Si la apreciación es correcta, se excluye del derecho a premio a los restos inmuebles, pero no así a los muebles; es decir, surge la posibilidad de localizar restos muebles en zonas arqueológicas como consecuencia del azar y sujetas a premio.

Recapitulando, hicimos un repaso de algunos de los conceptos usados en el capítulo IV relativo al patrimonio arqueológico del título VII de la LPCG, y podemos advertir que existe un abuso metonímico para referirse al patrimonio arqueológico, tanto mueble como inmueble, impropio de una norma jurídica que demanda precisión, y se recurre a numerosos términos que no tienen refrendo en categorías formales de la ley.

## 9 Conclusiones

- 1) Se ha analizado parcialmente el capítulo IV del título VII relativo al patrimonio arqueológico, aflorando una serie de conceptos y términos ambiguos que pueden generar problemas tanto en el ámbito jurídico como en la práctica arqueológica, al optar por soluciones que no ofrecen una definición clara y precisa en el ámbito arqueológico y que tampoco están definidas como categorías jurídicas.

Se usan conceptos indeterminados que operan al margen del derecho y que no son unívocos en el ámbito arqueológico. La disparidad de términos empleados para distinguir entre bienes muebles e inmuebles de interés arqueológico genera confusión y pone de manifiesto la existencia de pequeños matices que rebajan la calidad legislativa de la norma. Asimismo, la redacción de los preceptos resulta poco cuidada y escasa de rigor, lo que augura una escasa efectividad de la norma y una merma de la tutela jurídica sobre los bienes arqueológicos.

- 2) La norma opera con la presunción de valor arqueológico, inexacta desde nuestro punto de vista, de que todos los bienes pertenecientes a una época determinada poseen valor cultural, o al menos los suficientes para determinar su protección y conservación, pero excluye determinadas épocas o tipos de bienes de extraordinario valor cultural. En suma, ese refuerzo de la presunción del valor de determinados elementos por pertenecer a una cronología determinada no nos parece el tratamiento adecuado, y se aparta del criterio estrictamente arqueológico inaugurado con la LPHE y seguido hasta la aprobación de la nueva LPCG. Sin embargo, podría ser un primer paso para establecer un mecanismo de expurgo de aquellos bienes que carecen de valor o interés suficientes y acaban depositados en los centros museísticos ante la falta de intervencionismo administrativo.
- 3) La potestad para requerir la ejecución de actuaciones arqueológicas entra en colisión y genera incoherencias, reduciendo la pericia técnica y la capacidad discrecional de la Administración en la emisión de juicio para fundamentar la exención o necesidad de realizar actividades arqueológicas en aquellos ámbitos

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

donde las características del mismo o las condiciones pongan en evidencia el nulo interés arqueológico de la actuación.

- 4) La introducción de la regulación del uso de detectores de metales y técnicas análogas debe considerarse como una medida preventiva que garantice que esta actividad ilícita no acabe campando a sus anchas en Galicia. Se puede calificar la iniciativa como sensata y previsoras, aunque cabe destacar que la redacción del precepto es un poco difusa y poco determinante, generando situaciones de sombras que pueden ser aprovechadas como cobertura legal para actividades ilícitas.

## Bibliografía

- AMOEDO SOUTO, C.A., “El Derecho del Patrimonio Histórico en Galicia. La Ley 5/2016, de protección del patrimonio cultural de Galicia, cuatro años después: balance de situación”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, n. 24, 2020.
- BARCELÓ, J.A. y ANDREAKI, V., “Métodos cronométricos en arqueología, prehistoria y paleontología”, Barceló, J.A. y Morell, B. (eds.), *Métodos cronométricos en arqueología, prehistoria y paleontología*, Dextra Editorial, Madrid, 2020.
- BARCELONA LLOP, J. y CISNEROS CUNCHILLOS, M., *Vestigios y palabras. Arqueología y Derecho del patrimonio arqueológico*, Ediciones Universidad de Cantabria, Santander, 2016.
- BARREIRO, D. y VARELA-POUSA, R., “La nueva ley de patrimonio cultural de Galicia: una lectura crítica”, *Nailos*, n. 4, 2017. Acceso web: <http://nailos.org/nailos-4-2017-art-5/> (Consultado el 15 de noviembre de 2021).
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Civitas, Madrid, 1990.
- CARANDINI, A., *Historias en la tierra. Manual de excavación arqueológica*, Crítica, Barcelona, 1997.
- CRiado BOADO, F., *Arqueológicas. La razón perdida*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2012.
- FÁBREGAS VALCARCE, R., *Los petroglifos y su contexto: un ejemplo de la Galicia meridional*, Instituto de Estudios Vigüeses, Vigo, 2001.
- FÁBREGAS VALCARCE, R. y DE LOMBERA HERMIDA, A., “A descuberta da presenza humana no noroeste”, Dopico Caínzos, M.D. y Villanueva Acuña, M. (eds.), *A Prehistoria en Lugo á luz das descubertas recentes*, Servizo de Publicacións da Deputación de Lugo, Lugo, 2011.
- FÁBREGAS VALCARCE, R. y VILASECO, X.I., “En torno al megalitismo gallego”, Carrera Ramírez, F. y Fábregas Valcarce, R. (eds.), *Arte parietal megalítico en el noroeste peninsular. Conocimiento y conservación*, Tórculo Edicións, S.L., Santiago de Compostela, 2006.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, V.M., *Teoría y método de la arqueología*, Editorial Síntesis, Madrid, 2000.

- GARCÍA CALDERÓN, J.M., *La defensa penal del patrimonio arqueológico*, Dykinson, Madrid, 2016.
- HARRIS, E.C., *Principios de la estratigrafía arqueológica*, Editorial Crítica, Barcelona, 1991.
- JUNYENT, E., LÓPEZ, J.B. y OLIVER, A., “Estratègia, anàlisi estratigràfica u registre en l’arqueologia lleidatana dels 80. La Harris Matrix”, Trócoli, I. y Sospedra, R. (eds.), *Harris Matrix. Sistemes de registre en arqueologia*, Pagès Editors, Lleida, 1992.
- MARTÍNEZ LÓPEZ, M.<sup>ac</sup>. (coord.), *Contribución a un sistema de registro de yacimientos arqueológicos en Galicia*, Grupo de Investigación en Arqueología del Paisaje, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997. Acceso web: <https://digital.csic.es/handle/10261/5714> (Consultado el 13 de noviembre de 2021).
- MARTÍNEZ NAVARRETE, M.<sup>ai</sup>., *Una revisión crítica de la Prehistoria española: la Edad del Bronce como paradigma*, Siglo XXI, Madrid, 1989.
- MARTÍN RUIZ, J.M., “Acerca de la relación entre teoría y práctica en la arqueología «de urgencia»”, Martín Ruiz, J.M., Martín Ruiz, J.A. y Sánchez Bandera, P.J. (eds.), *Arqueología a la carta. Relaciones entre teoría y método en la práctica arqueológica*, Centro de Ediciones de Diputación de Málaga, Málaga, 1997.
- NÚÑEZ SÁNCHEZ, A.M., “El expolio arqueológico y su tratamiento penal”, *Revista del Ministerio Fiscal*, n. 5, 2018. Acceso web: <https://cpage.mpr.gob.es/produccion/revista-del-ministerio-fiscal-8/> (Consultado el 13 de noviembre de 2021).
- PARCERO OUBIÑA, C., MÉNDEZ FERNÁNDEZ, F. y BLANCO ROTEA, R., *El registro de la información en intervenciones arqueológicas*, Laboratorio de Arqueología e Formas Culturais, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1999. Acceso web: <http://hdl.handle.net/10261/5651> (Consultado el 3 de octubre de 2021).
- ROSKAMS, S., *Teoría y práctica de la excavación*, Editorial Crítica, Barcelona, 2003.
- TRIGGER, B.G., *Historia del pensamiento arqueológico*, Editorial Crítica, Barcelona, 1992.
- URTEAGA, M. y RETUERCE, M., “Las excavaciones en la fortaleza de Gomaz (Soria) y la introducción en España del Harris Matrix System”, Fernández Ibáñez, C. (ed.), *Al-Kitâb, Juan Zozaya Stabel-Hansen*, Asociación Española de Arqueología Medieval, Madrid, 2019.

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 63\_enero-junio 2022 | pp. 253-279  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i63.4951>  
© Francisco de Cominges Cáceres  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 13/07/2022 | Aceptado: 14/07/2022

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-  
administrativa

**Jurisprudencia contencioso-  
administrativa**

Contentious-administrative  
jurisprudence

63 Regap

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES

Magistrado (Galicia, España)

f.cominges@poderjudicial.es

**SUMARIO:** 1 Administración local. 1.1 Competencia urbanística municipal para limitar y autorizar los apartamentos turísticos en edificios residenciales. 1.2 Convenios voluntarios de colaboración entre las administraciones local y autonómica. Son vinculantes y deben aplicarse conforme a los principios de buena fe, confianza legítima y lealtad institucional. 1.3 Consorcios locales. 1.4 Competencia exclusiva del alcalde para decidir la participación del ayuntamiento en planes provinciales de cooperación de obras y servicios. 1.5 Si en el procedimiento de aprobación de proyectos de carreteras autonómicas los ayuntamientos afectados manifiestan discrepancias, la competencia para resolverlas recae exclusivamente en el Consello de la Xunta de Galicia. 1.6 Confluencia de competencias del Estado y de los ayuntamientos en los espacios de dominio público marítimo-terrestre. 2 Contratos públicos. 2.1 Restablecimiento del equilibrio económico contractual por las restricciones derivadas de la pandemia de coronavirus COVID-19. 2.2 Desistimiento unilateral por un ayuntamiento en un contrato de servicios. Debe motivarse en razones justificadas de interés público y ser precedido de un trámite de audiencia. 3 Medio ambiente y urbanismo. 3.1 Plan general de ordenación municipal e igualdad de trato entre hombres y mujeres. Informe de im-

pacto de género. 3.2 Nulidad de planes urbanísticos por defecto formal. No cabe subsanación en fase de ejecución de sentencia. Debe reiniciarse desde un principio la tramitación del plan. 3.3 La catalogación de un inmueble en un instrumento de planeamiento municipal hace preceptiva la autorización autonómica para poder intervenir en él, aunque no se haya publicado la ficha del catálogo en diarios oficiales o aunque el plan se haya anulado judicialmente. 3.4 Anulación de proyecto sectorial de parque eólico por defectos en la fase de información pública de su evaluación ambiental. 4 Personal. 4.1 Límites de las coberturas temporales mediante comisión de servicios. 4.2 Relación de puestos de trabajo. Determinación del complemento específico. 5 Pesca y acuicultura. 5.1 Aprobación del Plan General de Explotación Marisquera. Competencia exclusiva de la Xunta de Galicia. Innecesariedad de informe de la Administración del Estado. 5.2 Concesión de actividad de granja marina. Prórroga extraordinaria por 50 años. 6 Proceso contencioso-administrativo. 6.1 Legitimación activa y plazo para poder instar la ejecución forzosa de sentencia condenatoria. 6.2 Subsanabilidad de trámites procesales afectados por error del actor en el manejo del sistema telemático de “Lex-Net”. 6.3 Limitación de costas procesales cuando se ha establecido un máximo directamente en sentencia. 7 Tributos. 7.1 Incompetencia de los ayuntamientos gallegos para definir los “inmuebles desocupados” a los que se les puede aplicar un recargo del IBI. Reserva de ley. 7.2 Tasa municipal por la utilización de las vías públicas por las compañías del sector de las telecomunicaciones. 7.3 Tasas municipales por ocupación de espacios públicos (terrazas de hostelería). 7.4 Exención de IBI de los inmuebles del Estado afectos a la defensa nacional gestionados mediante concesión demanial por empresas públicas. 7.5 La superación del plazo de 6 meses en la resolución de la tasación pericial contradictoria (TPC) no provoca la estimación presunta de la pretensión del interesado, sino la caducidad del procedimiento de gestión de comprobación de valores. 8 Universidades. 8.1 Evaluación de la actividad investigadora. Silencio negativo. Obligación de motivación. Posibilidad de revisión jurisdiccional. 8.2 Derecho del profesorado ayudante de doctor a la evaluación de la labor docente e investigadora.

## 1 Administración local

### 1.1 Competencia urbanística municipal para limitar y autorizar los apartamentos turísticos en edificios residenciales

Las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) de 7 y 8 de abril de 2022 (recs. 4285/2021 y 4022/2022, ponente: Parada López) confirman la legalidad de la interpretación normativa adoptada por, respectivamente, los ayuntamientos de Pontevedra y Santiago de Compostela para controlar y limitar los “alojamientos turísticos” en edificaciones residenciales. Concluyen, en primer lugar, que la actividad de vivienda de uso turístico (VUT) precisa de título habilitante de la Administración municipal, de naturaleza urbanística. Y, en segundo lugar, que la restricción de las VUT a determinadas zonas, o a las plantas baja y primera de los edificios residenciales impuesta por dichas corporaciones municipales es conforme a derecho. Afirmar así el tribunal que:

*«el hecho de la existencia de una comunicación previa en materia de turismo no exime de la existencia, cuando sea preciso, de la habilitación municipal para el desarrollo de dicha actividad, son pues dos campos diferenciados y que deben complementarse, de ahí que la propia normativa de turismo nos indique que el uso turístico no es posible si está prohibido por la ordenación de usos del sector donde se encuentre, recordando que no estamos ante un uso residencial».*

Y que, «las Viviendas de uso turístico (VUT) no son uso residencial ya que carecen de las características de dicho uso, así las VUT son viviendas que en lugar de destinarse al uso de vivienda –esto es, a un uso residencial caracterizado por la estabilidad y la permanencia– se destinan al uso turístico –esto es, a un uso de alojamiento ocasional y transitorio–, la estabilidad y permanencia se contraponen, por tanto, a la transitoriedad y ocasionalidad propia del uso turístico, de ahí que, es fácil comprender la diferencia y la importancia de su regulación ya que el uso de vivienda desaparece y se deja de dar satisfacción a las necesidades de vivienda, por lo que habrá que dar respuesta a esas necesidades en otras localizaciones, por ello la asimilación al uso hotelero, entendida como uso terciario de hospedaje, ante la falta de actualización de las normas urbanísticas a la normativa autonómica en cuanto a la regulación de los usos turísticos sea la más coherente con la actividad a desarrollar y por ello igualmente no permitida sin habilitación previa por parte del Ayuntamiento».

## 1.2 Convenios voluntarios de colaboración entre las administraciones local y autonómica. Son vinculantes y deben aplicarse conforme a los principios de buena fe, confianza legítima y lealtad institucional

El TSJG analiza la naturaleza jurídica y efectos de estos convenios en su Sentencia de 1 de febrero de 2022 (rec. 4146/2019, ponente: Recio González). Resuelve el conflicto de una diputación provincial con la Xunta de Galicia en la interpretación de un convenio de colaboración suscrito voluntariamente, respecto de la conservación de un pazo y finca de titularidad provincial, de alto valor cultural. Incide la sentencia en el carácter vinculante del convenio. Y en que:

*«(...) Ninguna duda cabe, ni es objeto de debate, que conforme a lo dispuesto en el artículo 57.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (vigente a la fecha de suscripción del primero de los convenios en el año 1991) “La cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, se desarrollará con carácter voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las leyes, pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o los convenios administrativos que suscriban [...]”. Y que el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, establece en su artículo 111 que “Las Entidades locales podrán concertar los contratos, pactos o condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y deberán cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas, en su caso, en favor de dichas Entidades”.*

Igualmente, se regulan los “Convenios de colaboración” en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

administrativo común, artículos 6 a 8, y en la actualidad en la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, capítulo VI “De los convenios”, habiendo así de partir de su carácter vinculante para ambas administraciones. Por ello, ninguna duda hay sobre la obligación de la Administración autonómica de efectuar las obras de conservación del Pazo de Lourizán, atendido su carácter bilateral, fuente de obligaciones para ambas partes, y dados sus objetivos orientados al interés público –en concreto, de cooperación en materia de investigación agraria orientada al sector forestal, así como en la divulgación de dichas investigaciones y a la formación profesional en el sector–. En todo caso y como ya quedó antes expuesto, no hay nada que interpretar, atendida la claridad de la cláusula. (...).

*(...) habiendo de recordarse que conforme a lo dispuesto 3 de la Ley 40/2015, “1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: ... e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional”. Y que el artículo 32 de la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del Patrimonio Cultural de Galicia, sobre el “Deber de conservación”, dispone que “Las personas propietarias, poseedoras o arrendatarias y, en general, las titulares de derechos reales sobre bienes protegidos integrantes del patrimonio cultural de Galicia están obligadas a conservarlos, mantenerlos y custodiarlos debidamente y a evitar su pérdida, destrucción o deterioro”. De forma que, a la circunstancia de que existe un Convenio que impone la obligación de llevar a cabo las obras de conservación, en un bien catalogado, ha de añadirse la obligación legal».*

### 1.3 Consorcios locales

La Sentencia del TSJG de 13 de mayo de 2022 (rec. 7042/2022, ponente: Fernández López) analiza la naturaleza jurídica de los consorcios locales en general y en lo referente a su presidencia y personal en particular, respecto del Consorcio As Mariñas, constituido en el año 2000 para atender determinados intereses comunes de los municipios de Abegondo, Arteixo, Bergondo, Betanzos, Cambre, Carral, Culleredo, Oleiros y Sada. Concluye que:

*«(...) el artículo 121 de la LRJSP dispone que el régimen jurídico que se aplicará al personal del consorcio “será el de la administración pública de adscripción”, que se contempla en el artículo anterior y que nadie niega que era el Ayuntamiento de Oleiros, de acuerdo con los criterios de orden señalados en el apartado 2 de ese precepto (el 120), de modo que se aplicaba a todo el personal del consorcio el régimen específico previsto para el de esa entidad municipal, pero también la normativa común a los ocho municipios que componían el consorcio, esto es, los artículos 89 a 104.bis de la LRBRL, 126 a 177 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo*

781/1986, de 18 de abril, y 200 a 212 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, además de todos sus reglamentos de desarrollo.

Como complemento de ello, dispone también el artículo 121 de la LRJSP que “el personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral y habrá de proceder exclusivamente de las administraciones participantes”, previsión a la que no se ajustaba el artículo 14 de los estatutos del consorcio, de modo que en este punto tenía que considerarse derogado y debía estarse a lo que disponía aquel precepto legal. Finalmente, también contemplaba ese precepto una excepción al indicar que, “cuando no resulte posible contar con personal procedente de las administraciones participantes en el consorcio en atención a la singularidad de las funciones a desempeñar, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, u órgano competente de la administración a la que se adscriba el consorcio, podrá autorizar la contratación directa de personal por parte del consorcio para el ejercicio de dichas funciones”; no obstante, esta previsión no interesa al caso.

Lo que sí interesa es lo que dispone el artículo 122 de la repetida ley, ya que lo que pidió el alcalde del Ayuntamiento de Oleiros también afectaba a las tareas de intervención y tesorería, de modo que tiene que tenerse lo dispuesto en el apartado 1 de aquel precepto, que se remite a la normativa sobre presupuestos y contabilidad, mientras que el 3 dispone con mayor concreción que el órgano de control interno de la administración a la que se haya adscrito el consorcio, deberá realizar la auditoría de las cuentas anuales de determinados supuestos.

Pues bien, con arreglo a todo lo indicado ya se puede concluir que si la norma legal de aplicación nada indicaba a propósito de quien tendría que presidir el consorcio, de ello se deriva que se trata de una cuestión propia de su autoorganización, que en este caso se contemplaba en el artículo 7 de los estatutos, que en este extremo estaban vigentes al no contradecir la norma superior, de modo que esta sala tiene que compartir la conclusión a que llegó la juzgadora de instancia a propósito de que no podría presidir el consorcio, de forma automática, el alcalde del Ayuntamiento de Oleiros.

Y también se tiene que compartir su conclusión de que el hecho de que esta entidad local fuera la de adscripción no significaba que se les traspasaran a sus funcionarios del cuerpo nacional las funciones de secretaría, intervención y tesorería, siempre que se desempeñaran por funcionarios que procedieran “exclusivamente de las administraciones participantes”, como exigía el artículo 121 de la LRJSP.

Y por lo mismo, tampoco se podía acceder a la tercera petición de que se iniciaran las actuaciones para adscribir al Ayuntamiento de Oleiros al personal que prestaba servicios en el consorcio, aunque es verdad lo que afirma el letrado de la apelante acerca de que este extremo fue silenciado en la sentencia de 15.12.21 que, no obstante, debe compartirse en su pronunciamiento final. Con todo, esto último no impide

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*recordar que el precepto antes citado exige que el personal que presta servicios en el consorcio no sea propio, sino “exclusivamente de las administraciones participantes”, lo que esa entidad deberá comprobar, pero por sus órganos estatutarios y no por los de la entidad local a la que queda adscrita».*

#### **1.4 Competencia exclusiva del alcalde para decidir la participación del ayuntamiento en planes provinciales de cooperación de obras y servicios**

La Sentencia del TSJG de 29 de abril de 2022 (rec. 7154/2021, ponente: Cambón García) estima el recurso interpuesto por el Concello de Ordes contra las bases reguladoras del Plan Provincial de Cooperación de obras y servicios de competencia municipal (POS+2020) para la regulación del POS+ADICIONAL 1/2020, para gastos sociales extraordinarios derivados de la COVID-19. Concluye que recae en el alcalde la competencia para decidir la participación del ayuntamiento en dicho plan, sin necesitarse para ello de un acuerdo del pleno municipal, toda vez que:

*«Para decidir cuál es el órgano competente para solicitar tal subvención, se aplica el art. 21.1.5 LBRL que señala como atribuciones del alcalde las demás que expresamente le atribuyan las leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las CC. AA. asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales, cláusula incluida por el legislador en la Ley 7/1985».*

#### **1.5 Si en el procedimiento de aprobación de proyectos de carreteras autonómicas los ayuntamientos afectados manifiestan discrepancias, la competencia para resolverlas recae exclusivamente en el Consello de la Xunta de Galicia**

La Sentencia del TSJG de 15 de marzo de 2022 (rec. 4004/2019, ponente: Díaz Casales) anula la resolución de la Consellería de Infraestructuras de aprobación definitiva del proyecto de trazado de un tramo de la Vía Ártabra, considerando que:

*«Aunque estuviera sometido el proyecto de trazado íntegramente a la Ley de Carreteras entonces vigente, el mismo debió ser aprobado por el Consello de la Xunta por la expresa y motivada oposición mantenida por el Concello de Cambre, con arreglo a lo establecido en el art. 15 de la Ley 4/1999 de Carreteras de Galicia, lo que determina la incompetencia del Secretario Xeral de la Consellería para hacerlo, aunque lo hiciera por delegación del Conselleiro, lo que determina la estimación de este motivo de impugnación y la anulación de la resolución recurrida al incurrir en el motivo de nulidad establecido en el art. 62.1.b) de la Ley 30/1992 de Procedimiento administrativo, vigente en 2009 –hoy contenido en el art. 47.1.b) de la Ley 39/2015–».*

## 1.6 Confluencia de competencias del Estado y de los ayuntamientos en los espacios de dominio público marítimo-terrestre

La Sentencia del TSJG de 28 de marzo de 2022 (rec. 4136/2021, ponente: Recio González) resuelve, en favor del Ayuntamiento de Ribadeo, el conflicto surgido con la mercantil que explota en concesión, como hotel, el faro de la isla Pancha, por la exigencia municipal de dejar abierto al público el acceso a la isla. La sentencia examina en detalle la normativa reguladora de los espacios de competencia estatal de naturaleza portuaria o vinculados al dominio público marítimo-terrestre, en relación con las municipales, alcanzando estas conclusiones:

*«Con relación a la competencia del Concello, hemos de partir de que, tal y como se afirma en la sentencia apelada, no se trata de un control sobre la concesión sino que nos hallamos ante un procedimiento ejecutivo que se dicta dentro del ejercicio de competencias municipales, en concreto con relación a una licencia de actividad, por lo que resultan de aplicación los artículos 82 y ss. del Decreto 144/2016 de 22 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento único de regulación integrada de actividades económicas y apertura de establecimientos, y conforme al cual “1. Todas las actuaciones incluidas en el ámbito de aplicación de estas normas quedan sujetas a la acción inspectora municipal, que puede ser ejercida en cualquier momento. A tal efecto, el ayuntamiento velará por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación de aplicación. Estará facultado para investigar e inspeccionar las instalaciones, establecimientos, obras y actividades con el objeto de comprobar el cumplimiento de las condiciones de funcionamiento y la adecuación a la normativa vigente y cuantos requisitos correspondan, en el marco de la documentación presentada junto con la comunicación previa”. En este sentido, lo que dispone el artículo 73 del RD legislativo 2/2011 de 5 de septiembre por el que se aprueba el TR de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante es que “1. La utilización del dominio público portuario se regirá por lo establecido en esta ley, en el Reglamento de Explotación y Policía y en las correspondientes Ordenanzas Portuarias, las cuales establecerán las zonas abiertas al uso general y, en su caso, gratuito. En lo no previsto en las anteriores disposiciones será de aplicación la legislación de costas. (...) 4. Las autorizaciones y concesiones otorgadas según esta ley no eximen a sus titulares de obtener los permisos, licencias, autorizaciones y concesiones que sean exigidos por otras disposiciones legales (...). Y en el artículo 31 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (...).*

*De manera que la concesión otorgada por la Autoridad Portuaria lo es con independencia de la necesidad de obtener el titular los permisos, licencias, autorizaciones y concesiones que sean exigidos por otras disposiciones legales. Se trata de una concesión otorgada en un espacio del dominio público portuario adscrito al servicio de señalización marítima, al estar ubicado en el mismo una instalación de ayuda a la navegación, por lo que cualquier concesión o uso de la superficie demanial debe de estar condicionada a la misma; pero además ha de tenerse en cuenta, por*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*las características físicas de la superficie demanial, que se trata de una isla con un acceso único a los viales públicos, a través de un puente, acceso común para la concesión y para el servicio de instalación marítima que en ella se encuentra. Se trata así de compatibilizar el uso exclusivo y privativo del dominio público propio de la concesión, con el uso común por todos los ciudadanos, habiendo de partirse de las especiales circunstancias que concurren en este caso por cuanto nos hallamos ante una isla con un acceso único a los viales públicos a través de un puente, no siendo el mismo el objeto de la concesión. (...).*

*Nos hallamos así ante una actividad cuyo ejercicio controla el Concello por ser de su competencia, y por el mismo se llevó a cabo un control e inspección, a partir de lo cual resuelve requerir para que la puerta permanezca abierta. Y se aclara en el acto de la prueba que una cosa es el horario del establecimiento y otra diferente el acceso público, y así lo explica el técnico municipal, en el sentido de que hay que permitir el acceso hasta la puerta por razones de seguridad, comerciales y porque lo exige la legislación, como en cualquier otra actividad. Y no se produce una modificación de los términos de la licencia, por lo que no procede acudir a su revisión de oficio».*

## 2 Contratos públicos

### 2.1 Restablecimiento del equilibrio económico contractual por las restricciones derivadas de la pandemia de coronavirus COVID-19

El TSJG, en su Sentencia de 26 de noviembre de 2021 (rec. 7559/2020, ponente: Fernández López), desestima el recurso promovido por la entidad mercantil concesionaria de la estación de autobuses de Ourense contra la desestimación por la Xunta de Galicia de su reclamación de reequilibrio económico del contrato por la pérdida de ingresos derivada de la crisis sanitaria del coronavirus, reclamación que había sido formulada al amparo de lo dispuesto en el artículo 34.4 del Real decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Con la siguiente motivación:

*«(...) Tal precepto dispone que, en los contratos públicos de concesión de servicios vigentes a su entrada en vigor que celebren las entidades pertenecientes al Sector Público a que se refiere el artículo 3 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 26 de febrero de 2014, LCSP de 2017, “la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100*

o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato”; a ello añadía que “dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19”, así como que “solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos”; finalmente, también dispone que lo allí previsto tan sólo procederá cuando el órgano de contratación hubiera apreciado la imposibilidad de ejecutar el contrato como consecuencia de la situación ya descrita.

Ya que el contrato que aquí interesa se había suscrito el 29.01.90, le resultaba de aplicación la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, que se refiere en sus artículos 5.2.a) y 155 al de gestión del servicio público, que se tiene que ejecutar a riesgo y ventura de la concesionaria y que debe cumplir las determinaciones impuestas en el contrato y en sus pliegos (artículos 99, 161 y 162, así como la cláusula 12.4 del pliego rector), con la posibilidad de que se puedan revisar los precios en las condiciones que señalan sus artículos 104 y 166.

Tiene que abrirse aquí un paréntesis para indicar que, con arreglo a la nueva ley contractual, la diferencia entre el contrato de gestión de servicio público y el de servicios ya no obedece a su objeto o contenido, sino a la forma de retribución. Así lo anticipa ya su exposición de motivos cuando advierte que “en el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público”, caracterizada por la presencia de “dos tipos de relaciones, la que se establecía entre la Administración y el empresario, concesionario, que era contractual (contrato de gestión de servicios públicos), y la que se establecía entre el concesionario y el usuario del servicio, que se regulaba por la normativa propia del servicio que se prestaba”, modalidad contractual que da paso a la nueva figura de la concesión de servicios, que si bien mantiene esa misma estructura de relación jurídica triangular, introduce como matiz diferenciador la “transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario”, lo que no sucede en el nuevo contrato de servicios, que mantiene la misma relación inalterable y única que tenía el anterior contrato de servicios, pero que introduce como matiz diferenciador el que el contratista no asuma ningún riesgo operacional. Finalmente, aclara esa exposición de motivos que “la ley, siguiendo la Directiva 2014/23/UE, no limita la concesión de servicios a los servicios que se puedan calificar como servicios públicos”.

Cerrado ese paréntesis, debe precisarse que no solicitó la concesionaria en la vía administrativa, y ahora su letrado en esta jurisdiccional, la revisión de los precios por causas de tipo contractual, ni tampoco una indemnización sustentada en lo dispuesto en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución española, y 32 a 37 de la

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público, ya que no se estaba en presencia de una lesión antijurídica imputable al órgano de contratación, sino una compensación sustentada en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 reproducido al comienzo, referido a los contratos públicos de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de ese texto legal que sufrieran las consecuencias y medidas previstas para combatir el COVID-19, por lo que se le tendría que dar derecho a la concesionaria a restablecer el equilibrio económico del contrato en los términos establecidos en tal precepto, lo que suponía el derecho a compensarla por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarían los posibles gastos adicionales salariales que se hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19, siempre que se acreditara, de forma fehaciente, la realidad de esos gastos, y con el añadido de que tal compensación tan sólo procedería cuando el órgano de contratación, a instancia de la contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecutar el contrato.*

*Pues bien, como refirió con acierto la resolución impugnada, y así lo recuerda el defensor autonómico, en este caso nunca se dirigió la concesionaria al departamento de infraestructuras para interesar la expresa declaración de que no se podía ejecutar el contrato, pues lo único que hizo en su escrito de 06.05.20 fue solicitar que iniciara los trámites conducentes a otorgarle una indemnización por las pérdidas de ingresos y costes generados por las medidas para combatir la pandemia, petición que luego abandonó.*

*Por ello, no se da la condición formal que impone el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 para otorgar la compensación, pero tampoco el requisito sustantivo de que fuera imposible ejecutar el contrato por su falta absoluta de viabilidad, pues los datos que ofrece el perito de la actora (acordes con el informe que rindió la responsable del servicio) revelaron que la estación de autobuses permaneció en todo momento abierta y que el contrato se continuó prestando, si bien con la lógica reducción del número de viajeros y clientes de los establecimientos allí ubicados».*

## **2.2 Desistimiento unilateral por un ayuntamiento en un contrato de servicios. Debe motivarse en razones justificadas de interés público y ser precedido de un trámite de audiencia**

La Sentencia del TSJG de 14 de febrero de 2022 (rec. 7139/2021, ponente: Paz Eiroa) confirma en apelación la anulación del desistimiento unilateral de un concello en el contrato suscrito para la prestación del servicio de asistencia técnica urbanística, por falta de motivación y de trámite de audiencia previo:

*«La resolución de un contrato por desistimiento exige decisión fundada en razones de interés público previa la tramitación del oportuno procedimiento. “Sí es preciso*

*seguir un procedimiento para resolver el contrato, cualquiera que sea el motivo de resolución, y también, por tanto, en el caso de desistimiento, y tal procedimiento ha de conllevar al menos, o como trámite esencial, la audiencia al interesado, pues, al igual que para contratar en el ámbito del sector público se requiere seguir un determinado proceso y contemplar ciertas formalidades, lo lógico es que poner fin a la relación contractual, sea cual sea el motivo, implique igualmente un procedimiento. Lo contrario sería amparar una situación arbitraria, de difícil control, y contrario por tanto a las normas que rigen no sólo la contratación pública, sino también la actividad de la Administración Pública en general [...]” –palabras de la sentencia apelada, que hacemos nuestras–. Porque así lo disponen los preceptos de aplicación al contrato del caso: arts. 221, 223.h) e i), este relativo a todos los contratos, y 224.1) y 308.b), este relativo a los contratos de servicios, del RD Leg. 3/2011 al que los pliegos se remiten; y art. 109.1 RD 1098/2001. Antes, porque lo exige la más elemental lógica jurídica. Tal es el “contexto legal”, del que ni los tribunales ni la Administración “pueden abstraerse” –términos, todos estos, del escrito de interposición del recurso de apelación–.*

*Se trata, indiscutidamente, de la resolución de un contrato de arrendamiento de servicios por desistimiento de la Administración, regida por las disposiciones citadas; no se trata del cese de un nombramiento de confianza, discrecional. Nada de “prerrogativa” o “causa subjetiva” sino actuación sometida a las normas dichas para el servicio objetivo de los intereses generales y no de los propios del “contexto político” a que se refiere también el escrito de interposición del recurso de apelación».*

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 3 Medio ambiente y urbanismo

### 3.1 Plan general de ordenación municipal e igualdad de trato entre hombres y mujeres. Informe de impacto de género

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) de 11 de febrero de 2022 (rec. 1070/2020, ponente: Román García, con voto particular discrepante) confirma en casación la del TSJG desestimatoria de un recurso dirigido frente a la resolución de aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Municipal de Caldas de Reis por haberse omitido durante su tramitación la fase de “informe de impacto de género”. Concluye el alto tribunal en esta sentencia que:

*«(i) La normativa gallega no exige expresamente la incorporación de un informe sobre impacto de género en la tramitación de los planes de urbanismo que no sean elaborados por la Xunta.*

(ii) Con independencia de lo anterior, el respeto al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres constituye una exigencia de carácter básico en todo el territorio nacional que debe ser observada en los planes de urbanismo, conforme a lo previsto en el artículo 31 y en la Disposición final primera de la Ley Orgánica 3/2007.

(iii) En línea con la anterior consideración, reiteramos nuestra doctrina jurisprudencial en el sentido de que el principio de igualdad de género no resulta una cuestión neutral en materia de urbanismo. Por ello, debe afirmarse con claridad que, con independencia de que sea o no preceptivo incorporar a la tramitación del plan un informe sobre impacto de género (lo que dependerá de la correspondiente normativa autonómica), el principio de igualdad de trato resulta siempre exigible y debe ser observado en cada una de las determinaciones del plan.

(iv) La imputación de vulneración del principio de igualdad de género en un plan, en sede de recurso contencioso-administrativo, exige identificar las determinaciones del plan a que se refiere aquélla, concretar suficientemente las circunstancias constitutivas de dicha contravención y exponer las razones por las que, conforme a Derecho, debe apreciarse y declararse judicialmente dicha vulneración. Y todo ello deberá hacerlo el recurrente con pleno respeto a las prescripciones legales y, singularmente, a lo previsto en los artículos 56 y 65.1 LJCA. (...).

(vi) Y en cuanto al motivo de impugnación consignado en la demanda en relación con la vulneración del principio de igualdad de género, constatamos que lo alegado allí es manifiestamente insuficiente para justificar la pretensión de que se declare la nulidad del plan incluida en el suplico de la demanda, por lo que esa pretensión debe ser desestimada».

### **3.2 Nulidad de planes urbanísticos por defecto formal. No cabe subsanación en fase de ejecución de sentencia. Debe reiniciarse desde un principio la tramitación del plan**

El TSJG, en su Sentencia de 31 de enero de 2020 (rec. 4128/2016), declaró la nulidad del Plan especial de protección y rehabilitación del casco viejo de Ferrol por haberse omitido en el procedimiento para su aprobación la fase preceptiva de evaluación ambiental estratégica. Pero «sin perjuicio de la posibilidad de subsanación en ejecución de sentencia».

La Sentencia del TS de 23 de febrero de 2022 (rec. 4555/2020, ponente: Román García) revoca en casación este matiz de la de instancia, incidiendo en que:

*«la sentencia impugnada no se ajustó a Derecho al declarar la nulidad del plan y, a la vez, permitir que en ejecución de sentencia pudiera subsanarse el defecto esencial de procedimiento advertido mediante la aportación de un informe complementario emitido por el órgano ambiental. (...) debe recordarse que, habiéndose declarado la nulidad de una norma reglamentaria, no puede el Poder Judicial*

*imponer al Poder Ejecutivo la forma en que se ha dictar la nueva norma que deba sustituir a la declarada nula. Lo dice de manera clara el artículo 71.2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (...). Y si ello es así, es indudable que, entendido el efecto efectivo de la sentencia, la nulidad, no pueden los Tribunales de lo contencioso-administrativo imponer a la Administración actuaciones concretas, por lógica que pudieran parecer, cual es la de subsanar el trámite –emitir el informe– para la aprobación de la parte del Plan declarado nulo; y ello con independencia, insistimos, de que el vicio que genera esa nulidad afecte efectivamente al procedimiento de elaboración. No se puede pretender, y es lo que hace la sentencia, imponer la declaración de anulación del procedimiento y ordenar una retroacción del procedimiento que, se quiera o no, se diga o no, lo que esconde es una pretendida subsanación, con el relevante efecto de que lo que adquiere eficacia, y sin solución de continuidad, una vez se proceda a la aprobación definitiva del Plan tras esa retroacción, es el mismo Plan inicial, sin solución de continuidad y legitimando todos los actos dictados en ese espacio temporal, que afecten, eso sí, al ámbito espacial a que afecta la declaración, porque del resto, ya vimos, no se ve afectada su eficacia. Pese a esa encomiable finalidad pragmática, no puede amparar nuestra normativa esa conclusión. (...) Los tribunales de lo contencioso, de apreciar la nulidad del Plan, y solo ese grado de ineficacia es admisible, han de limitarse a dicha declaración, sin imponer a la Administración como deba actuar a la vista de dicha nulidad, tan siquiera cuando el vicio que se aprecie para declarar la nulidad, nunca la anulabilidad, afecte al procedimiento. Y téngase en cuenta que, si ese informe afecta a la propuesta del Plan que se terminó acogiendo en la aprobación definitiva, no podrá aprovecharse lo ya actuado. Es indudable la buena intención de lo decidido por la Sala de instancia de dar continuidad al Plan, pero no es eso lo sostenido por la Jurisprudencia, tan siquiera para estos supuestos nulidad parcial del plan».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

### **3.3 La catalogación de un inmueble en un instrumento de planeamiento municipal hace preceptiva la autorización autonómica para poder intervenir en él, aunque no se haya publicado la ficha del catálogo en diarios oficiales o aunque el plan se haya anulado judicialmente**

Así lo concluye la Sentencia del TSJG de 1 de julio de 2022 (rec. 4093/2021, ponente: Martínez Quintanar) con las siguientes consideraciones:

*«Tampoco puede admitirse la inexistencia de trámite alguno autorizador ante la DXPC por el hecho de que el contenido íntegro de la ampliación del Catálogo no se haya incorporado dentro de la publicación del BOP del anuncio de la existencia del acuerdo de aprobación definitiva, ya que lo que se alega es un déficit en el contenido de la publicación que, según el planteamiento del recurrente, afectaría a la eficacia y aplicabilidad de dicha ampliación por no haberse cumplido de forma íntegra la*

*condición de publicación necesaria para su entrada en vigor, pero frente a ello el Letrado de la Xunta de Galicia recuerda que, por aplicación del art. 31.4 de la LPCG, incluso en los casos de suspensión o anulación del planeamiento urbanístico ello no determina por sí solo en todo caso la exclusión del Catálogo de Patrimonio Cultural de Galicia. En este sentido, debemos tener en cuenta lo que dispone el art. 31 LPCG al establecer dicho precepto, en sus apartados primero y cuarto:*

*“1. La catalogación de un bien únicamente podrá dejarse sin efecto siguiendo los mismos trámites necesarios para su inclusión, mediante resolución expresa de la consejería competente en materia de patrimonio cultural o a través del procedimiento de modificación del instrumento urbanístico por el que fue incluido en el Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia. Los efectos se producirán una vez que se dicte la resolución final. (...) 4. La suspensión o la anulación del planeamiento urbanístico no determinará por sí misma la exclusión del Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia de aquellos bienes incluidos en él conforme al artículo 30, salvo cuando la anulación se derive de una causa de nulidad relacionada con las determinaciones del planeamiento en materia de patrimonio cultural o del propio catálogo urbanístico. En estos casos, se requerirá también la tramitación del correspondiente procedimiento de exclusión descrito en este artículo.”*

*En este caso no hay ningún razonamiento en la demanda sobre la inexistencia de razones sustantivas que aconsejan la catalogación del bien, ni tampoco se niega la existencia de valores culturales dignos de protección que justifican la catalogación. Lo que se discute es la entrada en vigor de la ampliación del catálogo por no haberse incorporado en el año 1995, en el anuncio del acuerdo de aprobación definitiva publicado en el BOP, la transcripción del contenido íntegro de esa ampliación. Por tanto, el motivo de la ausencia de catalogación se derivaría, según la tesis de la mercantil recurrente, no de una consideración sustantiva relacionada con la protección del patrimonio cultural sino de un vicio formal por insuficiencia del contenido de esa publicación en boletín oficial para sustentar la entrada en vigor. Si en el caso de considerarse nulo el Catálogo municipal no se produciría la exclusión del Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia sin una previa resolución de la DXPC, tampoco podemos entender que en este caso pueda considerarse excluido de ese Catálogo autonómico por el motivo formal alegado.*

*En atención a lo expuesto, el recurso debe ser desestimado, ya que el déficit alegado respecto al contenido de la publicación en boletín oficial de la ampliación del Catálogo del PEEC no priva de motivación a la resolución recurrida ni tampoco determina la ausencia de trámite preceptivo ante la DXPC respecto al proyecto de rehabilitación del inmueble».*

### 3.4 Anulación de proyecto sectorial de parque eólico por defectos en la fase de información pública de su evaluación ambiental

La Sentencia del TSJG de 21 de enero de 2022 (rec. 7196/2020, ponente: Fernández López) anula el acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de noviembre de 2019 de aprobación definitiva del proyecto sectorial de incidencia supramunicipal del parque eólico de Corme (modificación sustancial por repotenciación) por haberse incurrido en varios defectos formales en su fase de información pública.

Concluye el tribunal gallego en esta sentencia, en primer lugar, que, en la fase de evaluación ambiental estratégica del proyecto, el trámite de información pública no puede en ningún caso ser inferior a 30 días. Y ello por imperativo de lo dispuesto en la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, sobre evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados en el medio ambiente, modificada por la Directiva 2014/51/UE, de 16 de abril, de efecto directo ya en España. Sin embargo, el período de información pública de este concreto proyecto solo fue de 15 días.

En segundo lugar, considera la sala que antes de la apertura de la información pública deben obtenerse los informes sectoriales preceptivos, toda vez que:

*«(...) tanto la ley estatal, como la directiva citadas contenían un mandato claro en orden a conseguir los informes sectoriales antes de someter el proyecto y el estudio ambiental al trámite de información conjunto (cada uno por su plazo), de lo que resulta que quienes a él concurren no pudieron ejercer de forma plena su derecho a participar de forma efectiva y con pleno conocimiento de todas “las opciones” que se presentaban, en un trámite que necesariamente tenía que realizarse “antes” de adoptar la decisión definitiva sobre el proyecto que se promovía».*

## 4 Personal

### 4.1 Límites de las coberturas temporales mediante comisión de servicios

La Sentencia del TSJG de 4 de mayo de 2022 (rec. 246/2021, ponente: Sánchez Romero) anula una resolución del Concello de A Coruña, de cobertura temporal mediante comisión de servicios de un puesto de técnico de patrimonio histórico, vacante en la relación de puestos de trabajo. En esta sentencia se analiza pormenorizadamente el régimen jurídico aplicable a las “comisiones de servicio”, anulándose la ahí impugnada por falta de motivación:

*«(...) está fuera de toda duda que el fundamento para la cobertura de un puesto de trabajo de forma temporal por comisión de servicios, frente a la forma ordinaria del concurso, es que el mismo esté vacante y exista una “urgente e inaplazable necesidad” para su cobertura con anterioridad al siguiente concurso, señalando las*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*normas citadas que ese puesto ha de convocarse en el procedimiento de concurso más próximo, y fijándose un plazo máximo a la comisión de servicios.*

*No ha de olvidarse que la cobertura del puesto mediante comisión de servicios es un procedimiento extraordinario, y, por tanto, corresponde a la Administración convocante justificar su utilización (...). En el caso presente, resulta indudable la cercanía entre las fechas de convocatoria del concurso e inclusión en él de plazas vacantes, con la convocatoria para la cobertura del puesto en cuestión mediante provisión de servicios (...). Pues bien, sin plantear controversia sobre el hecho de que, en efecto, pueda haber urgencia en dar respuesta a la situación del patrimonio histórico y a su mantenimiento, lo que no se explica es por qué esa necesidad surge en julio de 2019 y no en mayo de ese año cuando se inician los trabajos para la convocatoria del concurso ordinario para provisión de plazas vacantes, o incluso cuando se creó la plaza en el año 2017».*

## 4.2 Relación de puestos de trabajo. Determinación del complemento específico

El TSJG, en su Sentencia de 24 de mayo de 2022 (rec. 251/2021, ponente: Sánchez Romero), analiza la figura del complemento específico en la relación de puestos de trabajo (RPT) de un ayuntamiento, admitiendo la posibilidad de que los determinados puestos del grupo A2 sean inferiores a los de los administrativos y auxiliares administrativos:

*«(...) no puede considerarse ni que exista defecto en la motivación, ni tampoco que haya existido una errónea valoración de la prueba, pues aunque tanto el Interventor como la Secretaria General mostraban su disconformidad con el criterio de que el complemento específico de los puestos en cuestión (y otros del mismo subgrupo A2) fuese inferior al de los comparados (Administrativos y Auxiliares Administrativos), es lo cierto que (...) consta en los trabajos de elaboración de la RPT que se utilizan criterios objetivos de carácter técnico establecidos en el manual correspondiente de valoración, utilizado específicamente para la elaboración de Relaciones de Puestos de Trabajo en Administraciones Locales, utilizando los factores señalados en la normativa de aplicación, y siendo valorada la realidad de los puestos por un grupo de técnicos con experiencia en la materia.*

*Por ello, en cuanto al complemento específico, que según el art. 4 del R.D. 861/86 “está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad”, ha de partirse de la jurisprudencia que señala que, dada la naturaleza del complemento y singularmente las circunstancias valorables para su determinación, es posible que un puesto de nivel superior tenga asignado un complemento específico de menor cuantía que otro de nivel inferior. Y, constanding que se ha efectuado la valoración del puesto atendiendo a los criterios*

*aplicados por igual a todos los demás puestos en la relación, individualizando la puntuación para las circunstancias de cada uno, se considera que el hecho de acoger como más fundado el informe de la entidad especializada, frente a los criterios expuestos por Interventor y Secretaria General, no puede considerarse ilógico ni arbitrario, y teniendo en cuenta además que, según resulta de los informes en el expediente el complemento específico de los Técnicos Medios de que se trata es similar al de otros puestos de trabajo del mismo subgrupo A2».*

## 5 Pesca y acuicultura

### 5.1 Aprobación del Plan General de Explotación Marisquera. Competencia exclusiva de la Xunta de Galicia. Innecesariedad de informe de la Administración del Estado

La Sentencia del TSJG de 11 de marzo de 2022 (rec. 4053/2021, ponente: Martínez Quintanar) desestima el recurso interpuesto por la Administración general del Estado contra la Orden de 21 de diciembre de 2020 de la Consellería do Mar (Xunta de Galicia) aprobatoria del Plan General de Explotación Marisquera para el trienio 2021-2023 (PGEM). Concluye que en su tramitación no resultaba preceptivo recabar informe de la Administración del Estado, con este razonamiento final:

*«(...) El planteamiento del Abogado del Estado, en sede de conclusiones, viene a aceptar expresamente que el PGEM tiene como principal finalidad la protección de los recursos marisqueros y que no es una norma o un título que habilite la ocupación del dominio público, de lo cual debería extraerse como consecuencia lógica que el informe estatal exigido para esos supuestos de títulos que habiliten la ocupación no es exigible a este PGEM. Pero no lo hace e intenta justificar la exigibilidad del informe, sobre la base de considerar que “aunque sea de forma indirecta o colateral, lo cierto es que dicho Plan, en algunos supuestos, supone una directa autorización para la ocupación de determinados espacios del dominio público marítimo terrestre y con determinadas circunstancias o de exclusividad o, al menos, de intensidad y rentabilidad”, argumentación que no se puede compartir por cuanto que:*

- una cosa es planificar las condiciones temporales, espaciales y materiales en que una actividad se puede desarrollar lícitamente, y otra cosa distinta es autorizar directamente esa actividad a personas determinadas;*
- en determinadas zonas, de acuerdo con la Ley de Pesca de Galicia y el PGEM, el desarrollo lícito de la actividad requerirá de una resolución distinta al PGEM, de autorización o concesión, y será en relación con esas resoluciones donde se podrá reclamar la exigencia del informe estatal (en interpretación integrada y armónica de la Ley de Costas y la Ley de Pesca de Galicia); y además, en todo caso,*

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*el desarrollo lícito de la actividad requiere de otra resolución distinta, el permiso de explotación, sin la cual no se podrá desarrollar la actividad de marisqueo;*

- *en las zonas de libre marisqueo el PEGM no supone una autorización subsu- mible en el art. 112.d) LC, ya que conforme a la Ley de Pesca de Galicia en esas zonas la explotación no está sujeta a autorización, y en todo caso el PGEM no comporta la habilitación a personas determinadas para la ocupación ni para el aprovechamiento especial del dominio público, sino que establece un marco de regulación de condiciones, y esa habilitación precisa de la tramitación de otro procedimiento, conducente a otorgar el permiso de explotación».*

## 5.2 Concesión de actividad de granja marina. Prórroga extraordinaria por 50 años

El TSJG, en su Sentencia de 6 de mayo de 2022 (rec. 4116/2020, ponente: Recio González) le reconoce a una entidad mercantil dedicada a la acuicultura marina el derecho a prorrogar su concesión para la explotación de una granja marina en Carnota por 50 años más, «al amparo del art. 174.2.d) del Reglamento de Costas, aprobado mediante Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre en relación con el art. 2 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, y de la Disposición Adicional 14ª de la Ley 11/2008, de 3 de diciembre, de Pesca Marítima de Galicia». Con los siguientes razonamientos:

*«(...) La Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, aumentó el límite temporal de las concesiones, que pasó de 30 a 75 años e introdujo una prórroga “extraordinaria” de hasta 75 años en relación a las concesiones preexistentes, regulada en el art. 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 apreciarse que] de los términos literales antes expuestos, de los arts. 2.3 de la Ley 2/2013 y 172.2 del Reglamento de Costas –“El plazo de prórroga se computará desde la fecha de la solicitud, con independencia del plazo que reste para la extinción de la concesión que se prorroga”– y si la prórroga se hubiera solicitado dentro de los 6 meses anteriores a la extinción del plazo, “desde la fecha de extinción del título”; y puesto que nos hallamos ante una prórroga extraordinaria del plazo de la concesión preexistente; ha de compartirse la interpretación efectuada por la parte demandante y compartida por la Administración autonómica, en el sentido de considerar que el plazo de hasta 75 años (en este caso, de 50), ha de ser computado desde la fecha de la solicitud de la prórroga, sin que se pueda aceptar el cómputo “retroactivo” realizado en la resolución recurrida, cuando en este caso y conforme se reconoce en el informe de Costas (...), la solicitud de prórroga fue solicitada dentro de los 6 meses anteriores a la extinción del plazo, por lo que de acuerdo con el art. 172.2 del Reglamento, el plazo de la prórroga se debe computar desde la fecha de extinción del título, es decir, desde el 5 de diciembre de 2019, por lo que añadidos*

*los 50 años de prórroga –no 40 por cuanto, como se expondrá más adelante, no se encuentran las instalaciones a que se refiere la solicitud en la ribera del mar–, ha de extenderse hasta el 5 de diciembre de 2069 (...), en contra del criterio de la resolución recurrida que la concede por el limitado plazo de 10 años. De esta forma se da cumplimiento a la finalidad pretendida, de mantenimiento de la vigencia de las concesiones preexistentes a la Ley 2/2013, además de que supone acudir al tenor literal del artículo 2.2 de la Ley 2/2013, conforme al cual, el plazo de prórroga se computa desde la fecha de la solicitud, con independencia del plazo que reste para la extinción de la concesión que se prorroga.*

*No se discute por las partes que no concurre el supuesto del artículo 172.3 del Reglamento, referido a la existencia de causas de caducidad del título vigente, así como tampoco se está tramitando un procedimiento de caducidad del título concesional. Tampoco se discute que cumpla con la necesaria sostenibilidad ambiental, como quedó antes referido. Y no nos encontramos con instalaciones que se encuentren en la ribera del mar, supuesto en que procedería la reducción de la duración en una quinta parte, habiéndose aportado pantallazos del visor cartográfico gestionado por la Dirección Xeral de Sustentabilidade da Costa e do Mar, que muestra que las instalaciones están fuera del límite. Ello a diferencia de la resolución dictada en el expediente 10/98/15/0005, cuya copia aporta la parte demandante, con relación a la toma de agua y desagüe, que sí que está en la ribera. Resolución en la que, sin embargo, se hace aplicación del artículo 174.2.d) del Reglamento General de Costas, considerando que el plazo máximo que puede durar la prórroga extraordinaria de la concesión es de 50 años, si bien dada su ubicación en ribera del mar debe reducirse en una quinta parte, por lo que la prórroga se concede por un plazo de 40 años, por entender que el plazo de la prórroga se ha de computar desde la fecha de la solicitud de la prórroga, en ese caso desde el 8 de agosto de 2019, por lo que no puede otorgarse por un plazo superior al 8 de agosto de 2059. Criterio contrario al seguido en la resolución objeto del presente recurso, sin justificación».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 6 Proceso contencioso-administrativo

### 6.1 Legitimación activa y plazo para poder instar la ejecución forzosa de sentencia condenatoria

La Sentencia del TSJG de 25 de marzo de 2022 (rec. 4033/2022, ponente: Martínez Quintanar) reconoce la legitimación activa de la Axencia de Protección da Legalidade Urbanística (APLU) para promover la ejecución forzosa de una sentencia firme que condenó al Concello de Ferrol a revisar de oficio determinada licencia urbanística, “sin necesidad de autorización previa del Consello de la Xunta de Galicia”.

Respecto del plazo máximo establecido para poder instar dicha ejecución, concluye que:

*«no cabe aplicar el plazo de caducidad del art. 518 de La LEC, con el dies a quo derivado del mismo, sino el plazo de prescripción de las acciones personales, de acuerdo con el régimen establecido en la Ley 42/2015 de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuyo régimen transitorio ha sido clarificado por la Sala de lo civil del Tribunal Supremo en la STS de 20 de enero de 2020 y luego reiterada en 20 de octubre de 2020 (...). La aplicación del régimen transitorio del Código Civil al presente caso determina que, como reconocen ambas partes, el plazo de cinco años establecido en dicha Ley 42/2015 se compute desde el 7 de octubre de 2015, y ello al haberse iniciado el plazo de prescripción entre el 7 de octubre de 2005 y el 7 de octubre de 2015. De acuerdo con ello, la apelante sitúa el dies ad quem del plazo prescriptivo de la acción en el 7 de octubre de 2020, y considera extemporáneo el escrito presentado en fecha 23 de diciembre de 2020. Sin embargo, –y en contra de lo que alega en su recurso de apelación–, hay que tener en cuenta que (...) la Disposición Adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, suspende los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos, y no hay amparo normativo a la pretensión de que el plazo de ejercicio de las acciones personales, mediante solicitud de ejecución de sentencia, quede excluido de esa suspensión de plazos».*

## 6.2 Subsanabilidad de trámites procesales afectados por error del actor en el manejo del sistema telemático de “Lex-Net”

El TS, en su Auto de 22 de junio de 2022 (rec. 425/2022, ponente: Perelló Doménech, referido a Galicia), estima el recurso de revisión interpuesto contra el decreto que declaró desierto un recurso de casación, al considerar subsanable el error cometido por la representación procesal del recurrente con la herramienta informática del sistema “Lex Net”:

*«(...) cometió un error puntual, no en la redacción del escrito de personación como tal (que en sí mismo era correcto), sino en el procedimiento de remisión telemática del mismo (...). Ante la tesitura de valorar la transcendencia de este error en la cumplimentación de los trámites telemáticos, en reciente auto de esta Sección de 6 de abril de 2022 (RC 7647/2021), hemos señalado que el formulario normalizado cumple un papel accesorio, de facilitación de la comunicación electrónica pero no deviene condicionante de la validez del escrito procesal remitido (“el escrito principal” cargado con este).*

*No queremos decir con esto que los errores en el manejo del sistema lexnet sean siempre irrelevantes, o en todo caso subsanables. Como explica otro auto de esta Sección de 4 de noviembre de 2020, RC 1177/2020 (con amplia cita de jurisprudencia y doctrina constitucional), en esta materia no pueden sostenerse posiciones*

*cerradas y absolutas, ni en el sentido de rechazar por principio cualquier posibilidad de subsanación de defectos en la cumplimentación de los formularios de lexnet, ni en el sentido contrario de admitir que tales defectos tienen siempre y por definición el carácter de meras irregularidades no invalidantes y en todo caso subsanables. La contemplación casuística del caso litigioso se hace, pues, ineludible. (...) En definitiva, consideramos que no cabe apreciar en la actuación de la parte una falta de diligencia de tal entidad que justifique el archivo del recurso, sino que nos hallamos ante un simple error puntual de cumplimentación del formulario de Lexnet, que debe considerarse un defecto formal subsanable».*

### 6.3 Limitación de costas procesales cuando se ha establecido un máximo directamente en sentencia

La Sentencia del TS de 16 de junio de 2022 (rec. 3979/2021, ponente: Román García) concluye que: *«el límite cuantitativo máximo relativo a la imposición de costas, establecido con claridad en la sentencia, no puede ser discutido en un posterior incidente de tasación de costas».* Y también que: *«siendo la LEC de aplicación supletoria al proceso contencioso-administrativo, aquel precepto [art. 394.3 LEC] no puede entrar en juego cuando la LJCA establece una regulación completa al respecto en su artículo 139.4».*

Regap



## 7 Tributos

### 7.1 Incompetencia de los ayuntamientos gallegos para definir los “inmuebles desocupados” a los que se les puede aplicar un recargo del IBI. Reserva de ley

El TSJG, en su Sentencia de 15 de junio de 2022 (rec. 15191/2021, ponente: Rivera Frade), dilucida pormenorizadamente los requisitos formales necesarios para tramitar la modificación de una ordenanza fiscal (consulta previa, planificación normativa previa, etc.). Entrando en el fondo del asunto, anula la modificación de la ordenanza fiscal reguladora del impuesto de bienes inmuebles (IBI) del Ayuntamiento de Poio, en la que se les impuso un recargo del 25 % a los *“inmuebles de uso residencial desocupado con carácter permanente”*. La propia ordenanza los definía como: *«aquél que figure en el padrón municipal de habitantes sin ninguna persona inscrita durante los seis últimos meses del ejercicio salvo que se acredite documentalmente contrato de alquiler en vigor».*

Ello por considerarla incompatible con lo dispuesto en el artículo 72.4 TRLHL, en la redacción dada por el Real decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, con esta motivación:

*«La nueva regulación, tras la aprobación del Real Decreto-ley 7/2019, no residencia en la Administración local la competencia para definir lo que debe de considerarse como inmueble desocupado. No lo hacía antes: y de ahí que esta Sala*

*en la sentencia de 7 de noviembre 2011 calificase de exceso normativo la regulación en una Ordenanza Fiscal de lo que era una vivienda desocupada, considerando esta Sala que el Ayuntamiento no tenía competencia para desarrollar la previsión del artículo 72.4 RDL 2/2004. Este pronunciamiento recayó en un recurso en el que se discutía la competencia del Ayuntamiento para determinar las características de los inmuebles de uso residencial a efectos de poder ser calificados de inmuebles desocupados.*

*Y no lo hace ahora: como señala el actor en su demanda será la “normativa sectorial de vivienda, autonómica o estatal” la que, “con rango de ley” nos diga cuáles son las condiciones que debe reunir un inmueble para poder ser calificado como inmueble desocupado. Y a partir de ahí el Ayuntamiento en su OF podrá determinar los requisitos, medios de prueba y procedimiento necesarios para aplicar el recargo de hasta el 50 por ciento de la cuota líquida del IBI. En la misma Ordenanza se regulará el procedimiento de declaración municipal como inmueble desocupado con carácter permanente.*

*La comunidad autónoma gallega carece de una norma que responda a las exigencias contempladas en el artículo 72.4 TRLHL. Y esta laguna no se ve colmada con el Decreto 17/2016, de 18 de febrero, por el que se crea y se regula el Censo de viviendas vacías de la Comunidad Autónoma de Galicia, cuyo artículo 2 ofrece una definición de vivienda vacía “A los efectos de este decreto, se entiende por vivienda vacía aquella que no sea ocupada por su propietario y en la que, además, no exista una persona usuaria que disponga del correspondiente título que le dé derecho a su ocupación”.*

*Esta definición lo es a los efectos de este decreto, y por tanto a los solos efectos de servir de instrumento para que el órgano competente en materia de vivienda de la Comunidad Autónoma de Galicia disponga de información adecuada en relación con el estado de ocupación del parque de viviendas de Galicia, y con el objeto de realizar la planificación social de la política de vivienda. Y porque además esta definición se recoge en una norma reglamentaria, y no con rango de ley como exige el artículo 72.4 TRLHL.*

*Será entonces una Ley autonómica gallega la que defina el concepto de vivienda desocupada y delimite, en su caso, el ámbito objetivo y subjetivo. Y una vez que así se haga, los Ayuntamientos gallegos en sus respectivas OF podrán fijar, en aplicación de la ley autonómica, los requisitos, medios de prueba y procedimiento necesarios para aplicar el recargo de hasta el 50 por ciento de la cuota líquida del IBI, como permite el TRLHL.*

*Por todo ello, el recurso ha de ser estimado, sin necesidad de entrar a analizar las demás cuestiones planteadas en el escrito de demanda».*

## 7.2 Tasa municipal por la utilización de las vías públicas por las compañías del sector de las telecomunicaciones

El TS, en su Sentencia de 13 de junio de 2022 (rec. 6375/2018, ponente: Berberoff Ayuda), estima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Santiago de Compostela en relación con determinados preceptos de su Ordenanza reguladora de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública por las empresas explotadoras de los suministros de interés general, aprobada por acuerdo plenario de 31 de octubre de 2012. Fija la siguiente doctrina:

*«Las limitaciones que para la potestad tributaria de los Estados miembros se derivan de los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de telecomunicaciones (Directiva autorización), tal como han sido interpretados por la STJUE (Sala Cuarta) Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 27 de enero de 2021, Orange, C-764/18, no rigen para las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local exigidas a las compañías que actúan en el sector de la telefonía fija y de los servicios de internet, tanto si éstas son las titulares de las redes o infraestructuras utilizadas como si son titulares de un derecho de uso, acceso o interconexión a las mismas».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 7.3 Tasas municipales por ocupación de espacios públicos (terrazas de hostelería)

La Sentencia del TSJG de 9 de febrero de 2022 (rec. 15171/2021, ponente: Rivera Frade) anula en parte una modificación de la ordenanza fiscal del Concello de Lugo reguladora de tasas por aprovechamientos especiales de la vía pública. Concluye que ha infringido lo dispuesto en el artículo 24.2 del TRLRHL (principio de equivalencia de las tasas), al establecer su estudio de costes determinados coeficientes carentes de base objetiva alguna, dirigido exclusivamente a incrementar la cuantía de la tasa. Concluye la sentencia que:

*«No podemos compartir con la actora que sea contrario a derecho incluir coeficientes que consideren otros factores distintos a la superficie, el tiempo o la intensidad como elementos definidores de la tarifa, pues en todos los Estudios de coste que hemos manejado se indica que para el cálculo del importe de la tasa, después de calcular el valor catastral del suelo urbano, al que se aplica un coeficiente reductor, se incrementará o reducirá en función de una serie de coeficientes que ponderen, entre otros, la duración, la superficie o la intensidad del uso. Y es que, como queda dicho, la tasa grava la utilidad del aprovechamiento del dominio público, pero se manifiesta de forma diferente, y con diferente intensidad, según los factores que concurran en cada uso, que no tienen que limitarse a la duración y a la superficie ocupada.*

*El coeficiente “molestias” ya se reflejaba en los Estudios de coste de los años 2015 y 2017, solo que en el primero a las terrazas se les atribuía un grado de molestia bajo, y ahora se le atribuye un grado de molestia alta.*

*(...) Respecto del coeficiente C4 (riesgo), en el escrito de demanda se dice que siendo un concepto indeterminado no se motiva la forma en que el mismo se haya de aplicar, generando inseguridad jurídica e indefensión.*

*Bajo este apartado sí compartimos con la actora que el Estudio de costes adolece de una explicación sobre la aplicación de este coeficiente en el caso de las terrazas, sin que sea suficiente citar como ejemplos el peligro de que un ciudadano sea atropellado, o la caída de objetos sobre los viandantes cuando se realiza una obra, pues estas circunstancias se están refiriendo a otros tipos de uso o aprovechamientos del dominio público. Si bien las molestias se consideran un factor que concurre con evidencia en el caso de las terrazas, no sucede lo mismo con el factor riesgo, que entonces exigía una explicación por el Concello en el Estudio de costes. (...).*

*en lo que también hemos de compartir con la actora es en la ausencia de justificación en el Estudio de costes de los mayores gastos adicionales que genera una terraza por razón del tiempo de ocupación. Aun cuando en el Estudio de costes se señalan como mayores gastos adicionales, un control superior, especial o singular de la actividad, o tener que movilizar a los servicios de limpieza, seguridad, etc., esta indicación se hace con carácter en general. Por otra parte, no se considera ajustada a derecho la práctica consistente en determinar un factor de corrección ante previsiones de futuro sujetas a eventualidades inciertas, cuando además la Administración, en el caso de que se produzcan, puede acudir a otras vías para resarcirse de esos mayores gastos. (...)».*

#### **7.4 Exención de IBI de los inmuebles del Estado afectos a la defensa nacional gestionados mediante concesión demanial por empresas públicas**

La Sentencia del TS de 16 de febrero de 2022 (rec. 3126/2019, ponente: Berberoff Ayuda) estima la casación, reconociéndole a la empresa pública “Navantia” la exención en el pago del IBI del Concello de Ferrol. Establece la siguiente doctrina jurisprudencial:

*«El IBI es “un tributo directo de carácter real que grava el valor de los bienes inmuebles” (artículo 6o TRLHL), y cuando el artículo 62.1.a) TRLHL dispone que estarán exentos los “inmuebles” del “Estado afectos a la defensa nacional”, establece una exención de carácter objetivo, exigiendo únicamente que los inmuebles (1º) sean propiedad del Estado y (2º) estén afectos a la defensa nacional, con independencia de si los mismos son utilizados directamente por el Estado o por una empresa pública, o de si la figura jurídica con la que instrumentaliza su derecho de*

uso es la concesión demanial. De manera que el objetivo de la prelación de derechos sobre el inmueble objeto de gravamen que establece el artículo 61 TRLHL es, simplemente, individualizar quién es el sujeto pasivo del tributo, que solo puede ser una persona física o jurídica, nunca un inmueble»».

## 7.5 La superación del plazo de 6 meses en la resolución de la tasación pericial contradictoria (TPC) no provoca la estimación presunta de la pretensión del interesado, sino la caducidad del procedimiento de gestión de comprobación de valores

Así lo declaró el TS en su Sentencia de 15 de febrero de 2022 (rec. 2269/2020, ponente: Navarro Sanchís) estimatoria del recurso de casación dirigido frente a una sentencia del TSJG, ratificándose el siguiente criterio jurisprudencial:

*«1º) El procedimiento de TPC que previsto en el artículo 134.3 LGT, tiene su origen con la solicitud por el obligado tributario a que se refiere el artículo 135.1, párrafo 3º, LGT, puede terminar de diversos modos que se infieren de los apartados 2, 3 y 4 del citado precepto, y culmina con una nueva liquidación conforme a la valoración que se ha determinado en el procedimiento de tasación que cierra el procedimiento e impide una nueva comprobación de valor por la Administración tributaria sobre los mismos bienes o derechos.*

*2º) El corolario de lo anterior, dado que de conformidad con el artículo 103.1 LGT, en un procedimiento de aplicación de los tributos, como es el caso, la Administración tiene la obligación de resolver todas las cuestiones que se planteen, y que la TPC no es un procedimiento de impugnación de actos en el sentido del artículo 104.3, párrafo 2º, LGT, es que le resulta aplicable el plazo máximo de resolución de 6 meses del artículo 104.1 LGT.*

*3º) El incumplimiento del plazo del artículo 104.1 LGT no determina, sin embargo, el silencio positivo a que se refiere el artículo 104.3 LGT, ni, en cualquier caso, que se acepte la valoración propuesta por el perito del obligado tributario, porque el cometido de la solicitud de TPC no es el de que prevalezca o se confirme la valoración del perito del obligado tributario, por más que pueda ser el resultado de la misma, sino, como se deduce del artículo 135.1 LGT y viene diciendo esta Sala, el de “corregir”, “discutir” o “combatir” la tasación del perito de la Administración (...) el procedimiento de tasación pericial contradictoria se encuentra inmerso en el procedimiento de gestión de comprobación de valores, y que su caducidad determina la imposibilidad de su toma en consideración a los efectos de interrumpir el plazo de prescripción para la liquidación de la deuda tributaria»».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 8 Universidades

### 8.1 Evaluación de la actividad investigadora. Silencio negativo. Obligación de motivación. Posibilidad de revisión jurisdiccional

La Sentencia del TSJG de 6 de abril de 2022 (rec. 261/2021, ponente: Sánchez Romero) analiza pormenorizadamente el régimen jurídico de las evaluaciones de actividad investigadora del personal docente universitario realizadas por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (CNEAI), con efectos retributivos sobre el complemento específico.

Concluye, en primer término, que el silencio administrativo generado por la demora en la evaluación es negativo, desestimatorio de lo solicitado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 del Real decreto-ley 8/2011, de 1 de julio y conforme a la última jurisprudencia del Tribunal Supremo. En segundo lugar, considera que:

*«en lo que a la motivación se refiere, expresamente señala la norma aplicable que bastará que la CNEAI incluya los informes emitidos por los Comités asesores, y en su caso, los especialistas, si los mismos son asumidos por la Comisión; y, en el caso de que no se asuman esos informes, sí ha de plasmar la Comisión los motivos por los que se apartan de los referidos informes».*

En tercer lugar, determina los límites reglados de la discrecionalidad técnica conforme a la que se realiza la evaluación y procede a revisar los concretos méritos invocados por el actor y no valorados por la comisión, estimando en parte la pretensión del actor.

### 8.2 Derecho del profesorado ayudante de doctor a la evaluación de la labor docente e investigadora

El TSJG, en su Sentencia de 1 de junio de 2022 (rec. 266/2021, ponente: Sánchez Romero), confirma en apelación la de instancia en la que se le reconoció a la actora, frente a la Axencia para a Legalidade do Sistema Universitario, que *«en su condición de profesora ayudante de doctor interina de la USC al tiempo de su solicitud y de la demanda tiene derecho a la evaluación de la labor docente y de la labor investigadora que vino desempeñando en los años anteriores en las mismas condiciones que los demás profesores doctores»*. Se afirma lo siguiente en la sentencia:

*«(...) Señala la apelante que al incluirse expresamente en el artículo 1 del Decreto 55/2004 el profesor contratado doctor, y no el resto de figuras, es que ha de considerarse que se ha querido excluir a éstas. La cuestión es que, si se efectúa una comparativa entre la figura indicada del profesor contratado doctor, incluida en el ámbito subjetivo del procedimiento de que se trata, y la del profesor ayudante doctor, la diferencia que entre ellos se encuentra es la del carácter temporal de esta última, frente al indefinido de la primera. (...) al aplicar de forma literal el artículo*

*1 del Decreto 55/04, la Administración sigue consagrando la diferencia injustificada entre el personal temporal y el fijo, pues resulta claro que las funciones docentes y de investigación, que son las objeto de evaluación, están en ambas categorías; y ha de añadirse que en ambas –a diferencia de las otras figuras de contratados– se requiere el título de doctor y la evaluación positiva por la ANECA. En consecuencia, ha de concluirse que la aplicación en su literalidad del artículo 1 del Decreto 55/04, que postula la parte apelante, lleva a mantener la discriminación del empleado temporal que la propia Administración manifiesta pretender erradicar para ajustarse a la jurisprudencia comunitaria en torno a la Directiva 1999/70/CE, y que, por tanto, ha de confirmarse la decisión contenida en la sentencia de instancia, al alegar la aplicación de la normativa y jurisprudencia comunitaria sobre el principio de igualdad y no discriminación, referido asimismo a los complementos retributivos como condiciones de trabajo. (...).*

*Por lo demás, en cuanto a si existe diferencia en las funciones a desarrollar entre el profesor ayudante doctor y el contratado doctor, como parece alegarse en el recurso de apelación, al objeto de fundar una causa de diferenciación entre ellos a los efectos de que se trata, ha de tenerse en cuenta, por un lado, lo manifestado por la parte apelada sobre el hecho de que en la contestación al recurso contencioso-administrativo se había manifestado expresamente que no se hacía controversia sobre este punto (dejando por ello de practicarse la prueba que había sido propuesta); y, por otro lado, que tampoco en las resoluciones impugnadas se aludía a esta cuestión, basándose únicamente en el hecho de no estar integrado en el cuadro de personal docente, y no estar incluido en ninguna de las categorías señaladas en el artículo 1 del Decreto 565/04. En consecuencia, no puede ser admitida la alegación sobre supuesta diferencia de funciones, que tampoco concreta ni acredita la Administración».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS



# Regap

## Recensiones

### 3





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 63\_enero-junio 2022 | pp. 283-286  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i63.4910>  
© María Dolores Fernández Uceda  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 18/02/2022 | Aceptado: 14/07/2022  
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Todo sobre el contrato menor

63 Regap

Regap



RECENSIONES

MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ UCEDA  
Licenciada en Derecho. Abogada en ejercicio  
[loluced@hotmai.com](mailto:loluced@hotmai.com)

PINTOS SANTIAGO, J. (dir.): *Todo sobre el contrato menor*, 2.<sup>a</sup> ed., Editorial El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2020, 400 pp. ISBN: 978-84-7052-823-1. ISBN Digital: 978-84-7052-824-8.

Cuando el profesor Jaime PINTOS SANTIAGO me preguntó cuál de sus publicaciones quería que me regalase, sin duda elegí *Todo sobre el contrato menor*, dirigida y coescrita por él y editada por El Consultor de los Ayuntamientos, de Wolters Kluwer.

Aunque de lectura recomendable para todos los profesionales de la contratación pública, el manual pretende ser una herramienta práctica de trabajo para los órganos de contratación locales, los más próximos al ciudadano, facilitando la toma diaria

de decisiones mediante el uso de una figura contractual que, pese a los cambios introducidos por la LCSP de 2017, no ha dejado de ser controvertida.

El libro recopila toda la información sobre el contrato menor, desde sus antecedentes normativos hasta su regulación actual, su tramitación y fiscalización, las particularidades de su régimen jurídico respecto a municipios de menos de 5.000 habitantes, y los distintos pronunciamientos interpretativos surgidos desde su nueva regulación, concluyendo con un completo y útil protocolo para su aplicación, gestión y control.

Redactado por autores con experiencia en el ámbito de la contratación pública, el manual consta de ocho capítulos, con cita de extensa bibliografía doctrinal y jurisprudencial, y concluye con una recopilación de informes y recomendaciones de las juntas consultivas de contratación pública estatal y autonómicas. Su estructura tiene el siguiente contenido:

**CAPÍTULO I.** Exordio al contrato menor y cuestiones dispares sobre el mismo. *Coautores: Jaime Pintos Santiago y Julián de la Morena López, ex director de la Unidad de Contratación de la Universidad de Castilla-La Mancha.*

**CAPÍTULO II.** Los cambios en la contratación menor introducidos por el Real decreto 3/2020, de 4 de febrero. *Autor: Antonio Villanueva Cuevas. Prof. contratado doctor interino (TU acreditado) Universidad de Castilla-La Mancha.*

**CAPÍTULO III.** Sobre la necesidad de una interpretación unánime y un uso eficiente del contrato menor. *Autora: Beatriz Vázquez Fernández. Técnica de la Administración general en el Ayuntamiento de Langreo.*

**CAPÍTULO IV.** Los contratos menores en las entidades locales inferiores a 5.000 habitantes. *Autor: Vicente Furió Durán. Técnico de Administración en contratación pública local.*

**CAPÍTULO V.** El contrato menor y sus distintas modalidades especiales. *Autora: María de la Paz Garcés Carbonell. Jefa de Servicio del Área de Asistencia Técnica de las Cortes Valencianas.*

**CAPÍTULO VI.** El todavía incierto futuro del contrato menor. *Autora: Julia M.<sup>a</sup> Pérez de Llano. Técnica jurídica en el Consorcio de la Zona Franca de Vigo.*

**CAPÍTULO VII.** Un procedimiento de utilización marginal y esporádica y como solución los sistemas de racionalización técnica. *Autor: Juan Manuel Martínez Melero. Abogado. Asesor jurídico en el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM).*

**CAPÍTULO VIII.** Protocolo de tramitación de contratos menores. *Autor: Jaime Pintos Santiago.*

Si bien el contrato menor ha dado lugar a una prolífica literatura en torno a su figura, estamos ante el primer manual que en España se ha dedicado a tratar de forma integral este tipo de contrato, facilitando incluso una herramienta para su aplicación, gestión y control. No otra conclusión puede extraerse de su contenido, que repaso brevemente a continuación.

El capítulo I, que completa su ilustración con dos tablas comparativas, una entre la regulación contenida en la LCSP de 2017 y la normativa precedente, y otra entre las dos principales corrientes interpretativas sobre la aplicación del artículo 118 de la LCSP de 2017, incluye referencias a la doctrina vinculante sobre la correcta interpretación de los contratos menores, a la desaparición del límite anual por contratista, a la necesidad de informe de insuficiencia de medios en los contratos menores de servicios, a la contratación conjunta de elaboración de proyecto y ejecución de las obras mediante contrato menor, a los contratos menores de Ciencia, Tecnología, Innovación y Universidad, a la posibilidad de modificación de los contratos menores, y a los cambios operados en el contrato menor por el Real decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

El capítulo II aborda los cambios operados en la regulación del contrato menor contenida en el artículo 118 de la LCSP de 2017 por el Real decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

El capítulo III, con un intenso y extenso análisis de las diferentes interpretaciones del artículo 118 de la LCSP de 2017 por parte de las diferentes juntas consultivas, expone la utilización abusiva del contrato menor y plantea la necesidad de un uso racional de este, así como de un criterio interpretativo en torno a su figura.

El capítulo IV, con referencia a los antecedentes legislativos de los contratos menores y a la influencia del derecho comunitario en la contratación pública, se dedica a tratar con detalle las especialidades de los contratos menores en las entidades locales de menos de 5.000 habitantes, llamando la atención sobre su utilidad como herramienta de gestión, y dedicando un apartado específico a la fiscalización del contrato menor en la Administración local.

El capítulo V analiza el contrato menor, aludiendo a su carácter formal y a las exigencias de transparencia, así como cuatro modalidades de contratos menores: los contratos de servicios sanitarios de urgencia de importe inferior a 30.000 euros, el régimen de contratación para actividades docentes, la contratación de acceso a bases de datos y suscripciones a publicaciones y los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación. Además, introduce una interesante visión del procedimiento abierto “supersimplificado” como alternativa al contrato menor.

Esta última alternativa al contrato menor también es objeto de análisis en el capítulo VI, que destaca el carácter todavía incierto de la figura del contrato menor,

Regap



RECENSIONES

con mención de sus antecedentes legislativos y el histórico uso abusivo del mismo mediante el fraccionamiento del objeto del contrato o la encadenación de contratos menores sucesivos, y analiza la posibilidad de aplicar el régimen de los contratos menores de las administraciones públicas a los poderes adjudicadores no Administración pública (PANAP).

El capítulo VII, con una perspectiva histórica del contrato menor en España, se pregunta de dónde venimos y hacia dónde vamos, y lo relaciona con otros procedimientos de contratación, así como con las figuras de racionalización técnica de la contratación: el acuerdo marco y los sistemas dinámicos de adquisición.

El capítulo VIII nos regala una herramienta de tramitación de contratos menores, lo que viene a ser otro elemento de diferenciación de esta obra, pues incluye en un solo manual tanto el estudio de la figura del contrato menor como las instrucciones para su puesta en práctica, con detalle de la documentación a incorporar en el expediente del contrato menor, su tramitación, facturación y pago, así como la preceptiva publicación de información en el perfil del contratante.

Por último, el libro se completa con toda la recopilación de los informes que, en relación con el contrato menor, han emitido desde la entrada en vigor de la LCSP de 2017 hasta la fecha de edición la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, así como las de Andalucía, Aragón Canarias, Cataluña, Extremadura, Galicia, Madrid, País Vasco y Valencia.

La utilidad del contrato menor como herramienta de gestión queda, sin ningún género de duda, puesta de manifiesto en este manual que, como acertadamente expresa el director de la obra en su presentación, incluye *“todo lo que hay que saber sobre el contrato menor con el fin de hacer una aplicación planificada, inteligente, estratégica, íntegra y de calidad de esta figura”*.

Por todo lo expuesto, no puedo menos que recomendar su lectura a gestores públicos, profesionales de la contratación pública y académicos. Reflexionemos todos, como nos invitan a hacer sus redactores, sobre de dónde venimos y a dónde queremos ir con el contrato menor. Alejemos su conceptualización como un instrumento de fraude en la contratación pública y pensemos en utilizarlo como una herramienta al servicio de la eficiencia, siempre dentro de una perspectiva de integridad y estrategia en la contratación pública.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 63\_enero-junio 2022 | pp. 287-289  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i63.4913>  
© Antonio Villanueva Cuevas  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 21/02/2022 | Aceptado: 14/07/2022

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Los contratos administrativos y su aplicación: Obras, suministros, servicios y concesiones de obra y servicios

63 Regap

Regap



RECENSIONES

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS  
Profesor titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Castilla-La Mancha  
<https://orcid.org/0000-0003-4923-3705>  
[antonio.villanueva@uclm.es](mailto:antonio.villanueva@uclm.es)

MORENO MOLINA, J.A. y PINTOS SANTIAGO, J.: *Los contratos administrativos y su aplicación: Obras, suministros, servicios y concesiones de obra y servicios*, El Consultor de los Ayuntamientos, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2018, 277 pp. ISBN: 978-84-7052-779-1.

La obra que nos presentan el catedrático José Antonio MORENO MOLINA y el abogado y consultor Jaime PINTOS SANTIAGO sobre los contratos administrativos y su aplicación supone un manual esencial acerca de la regulación jurídica de los contratos del sector público que ha sido implementada en nuestro país por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, constituyendo una guía absolutamente

necesaria que facilita a todos los operadores jurídicos la comprensión de un ámbito del derecho administrativo especialmente complicado.

Ambos autores, como expertos con una gran trayectoria investigadora y profesional en dicho ámbito, han elaborado un estudio exhaustivo de todos los contratos regulados en la citada ley, yendo más allá de la mera descripción de la normativa de la misma, para explicar un nuevo sistema de contratación pública que supera las deficiencias de la anterior regulación incorporando al ordenamiento español nuevas pautas dirigidas a integrar en tal sistema las exigencias de transparencia, integridad, eficiencia y sostenibilidad que requiere el derecho de la Unión Europea en esta materia. Y todo ello con la claridad expositiva que caracteriza los trabajos elaborados por dichos autores.

En este sentido, la obra se divide en 8 capítulos, donde se examina pormenorizadamente todo el contenido de la citada ley, además de incluir otros elementos necesarios para la comprensión de la regulación introducida por ella, como la esencial jurisprudencia vertida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha sido determinante para definir los contornos del derecho europeo de la contratación pública. Para facilitar al lector el manejo y la comprensión de la obra, el orden de exposición del libro reproduce el seguido por la Ley 9/2017, lo que permite una fácil y rápida consulta conjunta de ambos textos y demuestra el carácter práctico que tiene este trabajo.

Primeramente, en el libro se hace una introducción previa y se analizan las cuestiones generales que ha originado la aprobación de aquella ley. Ya en este punto, podemos observar cómo uno de los ejes vertebradores de la misma es la inclusión de criterios sociales y ambientales desde la propia definición del objeto del contrato, además de hacer una delimitación preliminar de los diferentes tipos de contratos y de las novedades que, a este respecto, introduce la citada ley, deteniéndose especialmente en la novedad que supone la definición de contratos de concesión de obras y servicios en base al criterio principal de la transferencia del riesgo operacional al contratista. Muy vinculado a este primer capítulo, en el segundo se analizan determinadas figuras jurídicas cuya confusión con los contratos del sector público es necesario aclarar por, como acertadamente exponen los autores, las importantes consecuencias prácticas que implica la utilización de unas u otras figuras; nos estamos refiriendo a delimitar las líneas divisorias con los convenios administrativos y los encargos de gestión, pero no solo de una manera teórica, sino profundizando en supuestos concretos, como el de TRAGSA, además de aclarar las novedades que a este respecto introduce la Ley 9/2017, especialmente en relación a los nuevos supuestos de exclusión previstos por ella.

A partir de este punto, la obra se centra en el análisis de cada uno de los contratos regulados por la citada ley. En los capítulos III a VII se estudian de manera pormenorizada los contratos de obras, de concesión de obras, de suministros, de servicios y de concesión de servicios, analizando en cada capítulo específico aspectos preliminares, como el concepto y la regulación de cada uno de ellos en la normativa de la Unión Europea, para detenerse y profundizar en todos los elementos del procedimiento de

contratación que caracteriza a cada uno de ellos, resaltando no solo las novedades introducidas por la Ley 9/2017, sino las particularidades de cada tipo contractual o de cada procedimiento de contratación específico, y además con una exhaustividad que pone de manifiesto la calidad de la obra que estamos comentando; por poner un ejemplo, baste aludir, en el capítulo III, donde se regula el contrato de obras, a la referencia específica que se dedica a la problemática de la consideración de las obras de urbanización y los convenios urbanísticos como contratos públicos de obras, o, en el capítulo V, dedicado al contrato de suministros, al análisis concreto que se hace de los contratos en el ámbito de la defensa. Por último, el capítulo VIII se dedica, de manera exclusiva, a estudiar las diferencias entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios, habida cuenta de la tradicional divergencia que ha habido entre el derecho de la Unión Europea y el derecho español en lo referido a la concepción de ambos tipos contractuales, y para lo cual el análisis de la jurisprudencia y doctrina al respecto se configura como un elemento imprescindible.

Como se puede observar, la exhaustividad, completitud y claridad del trabajo que ahora se comenta convierten dicha obra en una referencia en el ámbito de la contratación pública en nuestro país, y que debe ocupar un puesto destacado en la biblioteca de cualquier operador jurídico que desarrolle su actividad en este sector. Los autores vuelven a demostrar sus amplísimos conocimientos en este ámbito, así como su facilidad y claridad para analizar una materia francamente complicada pero que, gracias a obras como la expuesta, se convierte en mucho más sencilla. Ciertamente, ello no puede sorprender a quienes conocemos la impecable trayectoria científica de los autores referenciados, pero, en mi opinión, esta obra va más allá de una monografía especializada en un ámbito del derecho administrativo, configurándose como una obra imprescindible para conocer la regulación jurídica de la contratación del sector público en España, y no solo desde un punto de vista puramente teórico, sino que su vocación práctica es innegable, intentando que el trabajo realizado pueda ser utilizado por un amplio espectro de profesionales a los que les asaltan una gran cantidad de dudas cada vez que se tienen que enfrentar a un procedimiento de contratación pública. Ello es lo que hace diferente esta obra, su intención de ser un instrumento accesible y útil en un ámbito muy especializado del derecho administrativo, que no siempre es fácil de entender y aplicar, y para lo cual este libro se constituye como una herramienta básica, y todo ello sin dejar de poseer la calidad científica que siempre ha caracterizado a sus autores.

regap



RECENSIONES





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 63\_enero-junio 2022 | pp. 291-295  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i63.4916>  
© Agustín Enrique Ferraro Cibelli  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 05/03/2022 | Aceptado: 14/07/2022  
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Crisis, reacción y evolución: el teletrabajo en el sector público

63 Regap

Regap



RECENSIONES

AGUSTÍN ENRIQUE FERRARO CIBELLI  
Profesor titular de Ciencia Política y de la Administración  
Universidad de Salamanca  
<https://orcid.org/0000-0001-5759-1890>  
[agustinferraro@usal.es](mailto:agustinferraro@usal.es)

RASTROLLO SUÁREZ, J.J.: *Crisis, reacción y evolución: el teletrabajo en el sector público*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2021, 183 pp. ISBN: 978-84-1390-825-0.

La crisis sanitaria motivada por la COVID-19 trajo consigo relevantes transformaciones en el ámbito de la Administración y del derecho administrativo que han tenido reflejo en muy distintos aspectos como el servicio público, la contratación pública o la actividad de policía. En el interior de la Administración –como ha ocurrido en prácticamente todas las organizaciones– la llegada del teletrabajo ocupó, sin lugar a duda, un lugar destacado. El propósito de la monografía de RASTROLLO SUÁREZ es, precisamente, analizar a lo largo de cinco capítulos la –no poca– singularidad

que supone el ejercicio del teletrabajo en el ámbito del sector público, examinándola desde la perspectiva del derecho administrativo y de la ciencia de la Administración.

El prólogo corre a cargo de Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, que destaca y elogia la contextualización teórica y comparada del fenómeno que hace el autor, el minucioso análisis de la normativa autonómica y la sólida perspectiva jurídico-administrativa del estudio, que ayuda a identificar los diversos retos que supone la implantación del teletrabajo en el sector público.

El primero de los capítulos está dedicado al estudio del origen y evolución del teletrabajo desde su irrupción en la década de los setenta en Estados Unidos, de la mano de Jack NILLES. El autor describe cómo la historia moderna del teletrabajo puede dividirse en tres etapas. Una primera, hasta mediados de la década de los ochenta, influida por los efectos de la crisis del petróleo, el desarrollo urbano estadounidense caracterizado por la dispersión urbana y alejado del concepto europeo de la ciudad compacta y la irrupción de las nuevas tecnologías en el interior de las organizaciones. Una segunda, hasta la década de los dos mil, caracterizada por el paulatino abaratamiento de la tecnología y su progresiva integración dentro de la vida cotidiana de las personas. La última, hasta nuestros días, singularizada por la aparición de internet, la disminución del tamaño de los dispositivos tecnológicos o la existencia de soluciones en la nube.

Más allá de exponer los retos concretos que el paso por cada una de estas fases supuso, el autor se plantea cuáles fueron las consecuencias en el ámbito de las administraciones y los elementos que distinguen el teletrabajo en el sector público del de la empresa privada. Si el teletrabajo está en general relacionado con la aparición de crisis y la necesidad de optimizar recursos, esta urgencia se revela aún más necesaria en el ámbito de la Administración, obligada a seguir prestando servicios públicos en situaciones especialmente difíciles como catástrofes naturales, ataques terroristas o epidemias.

El segundo capítulo está consagrado al análisis de la evolución de la Administración electrónica en España dentro del contexto de la Unión Europea, con especial atención al tratamiento que los informes, comunicaciones y planes le dieron al teletrabajo desde el informe Bangemann de 1994. A lo largo de sus primeras páginas, podemos comprobar cómo, además de ser objeto de una escasa atención, el teletrabajo era visto con cierta reticencia en Europa, al entenderse que podía suponer un aliciente para la deslocalización laboral o incluso que cabía la posibilidad de que supusiera un obstáculo para conseguir la independencia económica y laboral de la mujer, en la medida en que podía propiciar una manera encubierta de vuelta al hogar.

Repasando la evolución de la Administración electrónica en España, nos encontramos con que el teletrabajo nunca fue –tampoco en el ámbito estatal– objeto de especial atención. Más allá de algunas excepciones como el Programa STAR, el Plan Concilia o la disposición adicional sexta de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, al determinar que el Ministerio de Administraciones Públicas, en colaboración con los Ministerios de Economía y Hacienda, Industria, Turismo y Comercio, y Trabajo y Asuntos Sociales, regularía

antes del 1 de marzo de 2008 las condiciones del teletrabajo en la Administración general del Estado, esta habilitación nunca encontró desarrollo.

La falta de atención que el teletrabajo en el sector público ha suscitado en la Administración española –excepto en algunas comunidades autónomas, cuestión a la que el autor se dedica más adelante– queda aún más en evidencia cuando en el tercero de los capítulos se relata su evolución en distintos países de nuestro entorno. La experiencia de Estados Unidos (país en el que el teletrabajo encontró un desarrollo más temprano y que cuenta con la regulación más evolucionada en la materia), deja claro que las situaciones de crisis, como catástrofes naturales o atentados terroristas, suponen un fuerte revulsivo para su impulso. Respecto a Alemania, nos encontramos con que, al igual que ocurre en el caso español, la regulación es escasa y está fundamentalmente vinculada a aspectos como la igualdad o la conciliación. Francia, sin embargo, cuenta con una regulación estatal detallada desde el año 2012, ampliada considerablemente desde 2016. Italia se caracteriza por ser un país pionero –al contar con regulación en la materia desde el año 1997– e incorporar en su legislación el concepto de *lavoro agile*, que supone una ampliación del concepto inicial de teletrabajo. En Portugal, la regulación nace en 2014, si bien apenas supone la extensión del régimen del teletrabajo en el sector privado al ámbito de la Administración. Por su parte, el Reino Unido ha visto cómo la progresiva implementación del teletrabajo en el ámbito del sector privado se ha visto vinculada tradicionalmente a diferentes programas destinados a la reforma y modernización de la Administración pública –como el programa *Transforming the way we work*, TW3– identificándose en la actualidad con el *smart work*, que, como ocurre en el caso italiano, supone un concepto de teletrabajo más completo que el que podría vincularse simplemente con el trabajo a distancia.

El siguiente capítulo está dedicado a la regulación del teletrabajo en España. A lo largo de este capítulo se examinan, partiendo del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 2002, tanto la regulación del teletrabajo en el sector privado –desde la incorporación de la referencia al mismo en el Estatuto de los trabajadores hasta la aprobación de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia– como la regulación del teletrabajo en el sector público, culminada a través del Real decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las administraciones públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

La segunda parte del capítulo la dedica RASTROLLO SUÁREZ a examinar las distintas legislaciones autonómicas que han ido surgiendo en materia de teletrabajo en el sector público. Así, nos encontramos con que, mientras en algunas comunidades que empezaron a regular la cuestión relativamente pronto (Baleares y Extremadura en 2012, Castilla y León en 2011 o Castilla-La Mancha en 2013) cuentan ya con dos normas sobre la cuestión, otras –algunas con una cantidad de empleados públicos muy relevante, como Andalucía– carecían de una legislación integral en la materia. El análisis de la legislación autonómica destaca tanto aspectos positivos –entre los que se encontraría el programa de teletrabajo propio de la legislación valenciana, que permite un diseño adecuado de las políticas de teletrabajo en los distintos

regap



RECENSIONES

departamentos a partir de los recursos y necesidades existentes– como negativos –entre los que destaca la falta de visión del legislador autonómico que en muchos casos se da, obviando la necesidad de vincular el teletrabajo a la consecución de determinadas políticas públicas, como la lucha contra la despoblación–.

El sexto capítulo está dedicado al debate y la jurisprudencia en torno a la cuestión. En él se hace un exhaustivo recorrido por la escasa jurisprudencia que, en los distintos niveles de la planta judicial, existe en torno al teletrabajo. Para ello el autor se centra en distintos tópicos. Al abordar “el sentido del teletrabajo en el ámbito de la Administración” el autor reflexiona sobre la ligazón entre este fenómeno y algunos conceptos clásicos (como la eficacia) o más modernos (como el talento) presentes en la legislación sobre empleo público. Al abordar “La existencia de puestos susceptibles de teletrabajo y la necesidad de incorporar la referencia al teletrabajo a las relaciones de puestos de trabajo”, el autor examina el necesario cambio que debe darse en este instrumento con la llegada de la nueva modalidad laboral. En “las necesidades del servicio o necesidades de organización administrativa”, RASTROLLO SUÁREZ aborda el examen de este concepto jurídico indeterminado –recuperado por muchas legislaciones autonómicas sobre la materia– como elemento diferenciador respecto a la regulación de este en el sector privado. Al examinar la potestad de autoorganización, el autor reflexiona sobre el sentido y los límites de la misma en el ámbito del teletrabajo. Por último, se examinan las modulaciones experimentadas, dentro de este particular entorno, en los ámbitos del control, la evaluación del desempeño y la formación o los derechos y deberes de los trabajadores, para pasar, en última instancia, a analizar las singularidades de los órganos específicamente creados por distintas legislaciones autonómicas y dedicados al teletrabajo.

Finalmente, el autor culmina la monografía con una serie de interesantes reflexiones en torno a los necesarios cambios organizativos que una correcta regulación del teletrabajo –que incuestionablemente ha venido para quedarse– debe traer aparejada en el seno de la Administración.

En primer lugar, advierte el autor sobre la necesidad de que el teletrabajo cuente con una triple dimensión como elemento dinamizador y modernizador de la actividad administrativa, generador de mejoras en el clima laboral y, por último, impulsor de externalidades positivas en relación con aspectos como la deslocalización de puestos de trabajo y el desarrollo equilibrado entre regiones, el ahorro de energía, la mejora de las condiciones laborales de las personas con discapacidad, el reparto de tareas domésticas entre el hombre y la mujer o la continuidad de la relación laboral de las personas de edad.

Además, hace una llamada a limitar la discrecionalidad, reivindicando la necesidad de concretar con rigor los puestos susceptibles de ser teletrabajados, demanda unas relaciones de puestos de trabajo dinámicas que delimiten con claridad esta posibilidad y recuerda que el concepto “necesidades del servicio” exige la motivación suficiente de la Administración a la hora de establecer aquellos supuestos en los que el teletrabajo no tenga un carácter voluntario para los empleados públicos. También destaca la modulación que tanto los derechos y deberes de los empleados públicos (en aspectos

como el control o la privacidad) como la evaluación del desempeño (en relación con la necesidad de primar los resultados en lugar del presencialismo) deben tener en el entorno del teletrabajo. Por último, reclama la necesaria independencia de los órganos creados específicamente para el proceso de implementación del teletrabajo, como herramienta clave para impulsar la profesionalización de la función pública.

Como observación final de la presente reseña, debemos decir que el importante estudio de RASTROLLO SUÁREZ sobre el teletrabajo representa, sin lugar a duda, una referencia ineludible para los expertos en derecho administrativo y laboral, así como para todas aquellas administraciones públicas que tengan la necesidad de regular esta cuestión o de mejorar sus regulaciones en el futuro.

Regap



RECENSIONES





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 63\_enero-junio 2022 | pp. 297-300  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i63.4946>  
© Irene Ruiz Olmo

ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 07/06/2022 | Aceptado: 14/07/2022

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Los entes locales ante la transición y sostenibilidad energética: Nuevos desafíos jurídico-administrativos

63 Regap

Regap



RECENSIONES

IRENE RUIZ OLMO  
Profesora ayudante doctora  
Universidad de Sevilla

<https://orcid.org/0000-0002-0240-8160>

[iruiz4@us.es](mailto:iruiz4@us.es)

GONZÁLEZ RÍOS, I.: *Los entes locales ante la transición y sostenibilidad energética: Nuevos desafíos jurídico-administrativos*, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, 424 pp. ISBN: 978-84-1390-270-8.

La obra que se recensiona ofrece una completa visión del papel que están llamadas a desempeñar las entidades locales en el proceso de sostenibilidad energética que desde hace más de una década ha emprendido la Unión Europea. Les corresponde un papel protagonista en la estructura organizativa del Estado, constituyéndose como el punto directo de conexión entre el ciudadano y el entramado público, para ejecutar las actuaciones e instrumentos propuestos por el derecho derivado comunitario tendentes a contribuir en la transición y sostenibilidad energética.

El libro se estructura en diez capítulos, siendo la sostenibilidad energética en su vertiente ambiental, social y económica el grueso de la obra. Este sector, junto con el de la renovación de la edificación por razones de eficiencia energética, movilidad sostenible, redes de calefacción y refrigeración urbanas o contratación energética, son analizados desde un punto de vista jurídico y prestando especial atención a cómo se compatibilizan estas recientes actuaciones propuestas por el derecho derivado comunitario con el desarrollo de la descarbonización. Se abordan temas de gran actualidad, como las técnicas de ordenación y control de que disponen los entes locales para intervenir en la planificación, la construcción de infraestructuras energéticas, la construcción de edificios nuevos, la reforma y rehabilitación de la edificación por razones de eficiencia energética, la contaminación lumínica y la adaptación del alumbrado público, el transporte sostenible y la movilidad urbana, el vehículo eléctrico o las comunidades locales de energía.

En el primer capítulo, “Nuevos desafíos en sostenibilidad energética para los entes locales”, GONZÁLEZ RÍOS presta especial atención al concepto de sostenibilidad en relación con la transición energética, para analizar cuál es el papel que corresponde a los entes locales y constatar que la reducción de emisiones contaminantes a nivel europeo e internacional deben necesariamente coordinarse con la actuación a nivel local. En el segundo capítulo de la obra, “La intervención de los entes locales en la planificación y construcción sostenible de infraestructuras energéticas. Especial referencia a Andalucía”, la autora analiza los instrumentos que el marco normativo pone a disposición de los entes locales para contribuir a un uso menos contaminante, más eficiente y limpio de la energía. En este sentido, la autora subraya que, con la apertura a la competencia del sector energético en España, la mayor parte de la planificación energética tiene carácter indicativo (la actividad de generación, de distribución y comercialización). En la planificación energética de Andalucía, los entes locales han tenido ocasión de participar en su formulación y, al mismo tiempo, son destinatarios de importantes medidas para alcanzar los objetivos regionales en la materia, que mejoran los objetivos nacionales, siendo especialmente relevante el papel que desempeñan respecto a las instalaciones de autoconsumo eléctrico.

Según la Unión Europea, alrededor del 40 % del consumo total de energía en la UE y hasta el 36 % de las emisiones de efecto invernadero del continente corresponden a los edificios. Con el objetivo de reducir su consumo energético, la Directiva de “eficiencia energética de edificios 2010/31/EC” señaló la necesidad de apostar por edificios altamente eficientes o de consumo energético casi nulo, llamados NZEB (Nearly Zero Energy Buildings). Para conseguir edificios más sostenibles, respetuosos con el medioambiente y con un nivel de eficiencia energética muy alto, España ha aprobado un extenso marco normativo sobre edificación que da cumplimiento a las disposiciones comunitarias.

El tercer capítulo, titulado “Edificación energéticamente sostenible. El papel de los entes locales”, se centra precisamente en los aspectos más relevantes de esta regulación de la construcción, reforma y gestión de edificios desde la perspectiva del uso eficiente de la energía, prestando especial atención a los edificios públicos locales

y a los mecanismos de los que disponen los entes locales respecto a la edificación privada para contribuir a la sostenibilidad energética.

En materia de patrimonio histórico, el marco normativo del suelo, así como la legislación urbanística, junto con las referencias transversales en la materia de la normativa energética, constituyen los pilares básicos para su conservación y mantenimiento, así como para su necesaria adaptación a las necesidades de confort térmico y de uso más eficiente de energía. Ahora bien, no es fácil cumplir con las exigencias básicas de ahorro de energía sin comprometer los valores arquitectónicos que se desean conservar. En este contexto, en el capítulo cuarto “Intervención municipal en el patrimonio histórico: conservación *versus* sostenibilidad energética”, la autora profundiza en el papel que juegan las entidades locales en la materia, así como en los desafíos que supone el cumplimiento de algunas exigencias básicas de ahorro de energía, mostrándose crítica al entender que es necesario que la normativa sobre patrimonio histórico se coordine con las medidas relativas a edificación contenidas en la actual legislación sobre descarbonización y transición energética.

Precisamente un ámbito en el que los municipios pueden incidir para mejorar la sostenibilidad energética es el alumbrado público en el patrimonio histórico, por lo que resulta especialmente relevante el análisis de la normativa sobre la contaminación lumínica dictada por algunas comunidades autónomas, así como los preceptos contenidos en el Reglamento “de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior”.

Seguidamente, en el capítulo quinto: “Sostenibilidad energética en el alumbrado exterior: instrumentos de intervención municipal”, se sigue ahondando en la contaminación lumínica provocada por el alumbrado exterior, y más concretamente por el alumbrado público. En este sentido, cobra especial relevancia la zonificación lumínica como instrumento de lucha frente a la iluminación inadecuada o excesiva, que, por su resplandor o alcance, puede tener variados efectos negativos sobre el medio ambiente, además de implicar un uso irracional de la energía. No obstante, no debe soslayarse el coste económico que conlleva la sustitución de los actuales alumbrados públicos, altamente contaminantes, lo que sin duda puede frenar la acción municipal. Por este motivo, a juicio de la autora, la lucha contra la contaminación lumínica y el fomento de la eficiencia energética en el alumbrado exterior existente deben venir impuestos por la legislación básica estatal.

Desde el punto de vista de la sostenibilidad ambiental, el transporte puede suponer otro grave problema ambiental. Respetar los criterios de condicionalización ambiental de los transportes ayuda a controlar el consumo irracional de energía y de combustibles fósiles. En el capítulo VI, “Sostenibilidad energética a través del transporte y la movilidad urbana”, GONZÁLEZ RÍOS aborda el estudio de la normativa sobre el transporte y la movilidad sostenible de los transportes terrestres en el ámbito urbano desde dos grandes perspectivas: la ordenación sostenible del transporte y la adaptación a la normativa ambiental de los sistemas de movilidad urbana, donde cobran especial relevancia el uso de biocombustibles y el vehículo eléctrico; y todo

regap



RECENSIONES

ello haciendo especial hincapié en la incidencia que tiene la intervención municipal en la materia.

La contratación pública energéticamente sostenible permite a las administraciones, en el desarrollo de su actividad, fomentar y contribuir a los objetivos de sostenibilidad medioambiental. En el capítulo VII, “Otros instrumentos locales para la sostenibilidad energética (contratación local energéticamente sostenible y comunidades locales de energía)”, la autora examina las innovaciones legislativas más destacadas en la materia, con el objetivo de evidenciar su influencia en el cumplimiento de los objetivos de sostenibilidad energética.

GONZÁLEZ RÍOS, en el capítulo VIII, titulado “Régimen sancionador en materia de sostenibilidad energética: la reducida intervención de la administración local”, analiza el procedimiento sancionador establecido para garantizar la sostenibilidad energética, así como el régimen de financiación y ayudas para alcanzarla. A su juicio, a pesar de que la intervención local resulta cada vez más necesaria para garantizar la tan deseada transición energética, es necesario corregir algunas deficiencias relativas sobre todo a la escasa participación de las entidades locales en todos aquellos ámbitos llamados a garantizarla.

No cabe duda de que el cumplimiento de las obligaciones recogidas en la normativa de la Unión Europea sobre eficiencia energética exige ineludiblemente un correcto sistema de financiación. En el contexto de la pandemia de la COVID-19, cobra especial relevancia la respuesta económica dada por parte de la Unión Europea a través de los fondos comunitarios. El capítulo “Medidas de fomento para la sostenibilidad energética: su incidencia en los entes locales” evidencia su influencia en el cumplimiento de los objetivos sobre sostenibilidad energética y analiza los fondos y programas existentes. La obra finaliza con un último capítulo de “Reflexiones y propuestas finales”.

En definitiva, las reflexiones jurídicas recogidas en esta obra permiten ofrecer una visión del estado de la cuestión del papel de los entes locales en la sostenibilidad energética; sin duda, un tema transversal de gran importancia a la vez que problemático y que en todo caso evidencia que su actuación debe enmarcarse en fórmulas de colaboración y cooperación interadministrativas y de colaboración público-privadas, tal y como subraya la autora. Algunos de los ámbitos en los que incide la intervención de las entidades locales para contribuir a la sostenibilidad energética han sido analizados en profundidad, prestando especial atención sobre todo a aquellos que más pueden contribuir a la descarbonización de la economía. Como consecuencia, esta obra constituye un referente en la actualidad jurídica de la materia, de lectura imprescindible para funcionarios públicos, profesionales interesados en el sector, y estudiosos del derecho administrativo, ya que proporciona todas las herramientas teóricas para un análisis riguroso de la materia.

# Regap

## **PROCESO DE SELECCIÓN E AVALIACIÓN DOS ORIXINAIS NORMAS DE PUBLICACIÓN**

## **PROCESO DE SELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ORIGINALES NORMAS DE PUBLICACIÓN**

## **SELECTION AND EVALUATION PROCESS OF ORIGINALS PUBLICATION REQUIREMENTS**



## PROCESO DE SELECCIÓN E AVALIACIÓN DOS ORIXINAIS

A selección dos textos responderá a criterios de orixinalidade, novidade, relevancia e rigor. Os orixinais que non se atean estritamente ás normas de publicación que se indican a continuación serán devoltos aos autores para a súa corrección antes do seu envío aos avaliadores. Unha vez que a Secretaría comprobe o cumprimento das normas de publicación, os autores recibirán aviso do recibo dos orixinais remitidos coa indicación da duración aproximada do proceso de avaliación. Os textos serán sometidos á revisión de dous expertos alleos ao equipo editorial (doutores ou outras persoas de recoñecido prestixio) seguindo o sistema para o anonimato de dobre cego. O resultado da avaliación poderá ser positiva, positiva con modificacións ou negativa. En caso de que os avaliadores propoñan modificacións de forma motivada na redacción do orixinal, será responsabilidade do equipo editorial –unha vez informado o autor– o seguimento do proceso de reelaboración do traballo. No suposto de non ser aceptado para a súa edición, o orixinal será devolto ao seu autor xunto cos ditames emitidos polos avaliadores. Antes da súa publicación, os autores recibirán por correo electrónico a versión definitiva do artigo para facer as correccións oportunas das probas de imprenta no prazo de quince días.

## NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. As propostas de colaboración coa *Revista Galega de Administración Pública* remitiranse a través da plataforma electrónica dispoñible na seguinte ligazón: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. Os traballos deberán ser remitidos antes do 15 de maio e do 15 de novembro, para os dous números ordinarios. As datas de remisión e aceptación figurarán nun lugar visible da revista.
3. Os traballos enviados deberán cumprir as seguintes condicións:
  - a) Ser inéditos e non estar incluídos en procesos de avaliación doutras publicacións.
  - b) Estar redactados en galego, español, portugués, francés, italiano, inglés e alemán.
  - c) Conter un número de entre 30.000 e 40.000 caracteres (40 páxinas como máximo) para os traballos redactados como “Estudos”; e dun máximo de 15.000 (non máis de 30 páxinas) para os editados como “Comentarios e Crónicas”.
4. Os traballos que se propoñen para a súa publicación como artigos deberán incluír, por esta orde:
  - a) Un título descritivo do contido. Xunto co nome, apelidos, profesión ou cargo do autor/a/es/as, o nome da institución de adscrición, o país da institución e o enderezo electrónico do autor/a/es/as.
  - b) Un resumo (dun máximo de 120 palabras) no idioma en que se presenta o texto principal e a súa tradución ao inglés, de non ser esta a lingua utilizada na súa redacción.
  - c) Unha relación dun mínimo de cinco palabras clave, e un máximo de dez, que identifiquen as materias sobre as que versa o texto principal, e a súa versión ao idioma inglés, de non ser esta a lingua empregada na súa redacción.



- d) Sumario seguindo a estrutura da CDU.  
(Exemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).
  - e) O corpo principal do texto.
  - f) A bibliografía.
5. Os traballos deberán ser coidadosamente revisados pola(s) persoa(s) responsable(s) da súa autoría no tocante ao estilo, e respectarán ademais os seguintes requisitos:
- a) Todos os traballos deberán ser presentados a un espazo e medio, con formato de fonte *Times New Roman*, tamaño 12.
  - b) As notas figurarán a pé de páxina, gardarán unha numeración única e correlativa para todo o traballo, e axustaranse ao seguinte modelo:
    - LIBRO: AUTOR, *Título da publicación*, núm. Edición, lugar da publicación, editor, ano, páxina.
    - AUTOR, "Título do artigo", *Título da fonte* (revista ou outra colectiva), número, ano, páxinas.

- c) A bibliografía deberá conter con exactitude toda a información dos traballos consultados e citados (autoría, título completo, editor, cidade e ano de publicación; de se tratar dunha serie, serán indicados o título e o número do volume ou a parte correspondente).
  - d) Os documentos, fontes ou bases de datos publicados na Internet deberán indicar o URL respectivo, sinalando a data de consulta. Por exemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26 de setembro de 2013)
6. Dereitos de autoría. Unha vez que o Consello Editorial acepte publicar calquera material (artigo ou recensión) recibido, os dereitos exclusivos e ilimitados para reproducir e distribuír os traballos en calquera forma de reprodución, idioma e país serán transferidos á Escola Galega de Administración Pública (EGAP).





## PROCESO DE SELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ORIGINALES

La selección de los textos responderá a criterios de originalidad, novedad, relevancia y rigor. Los originales que no se atengan estrictamente a las normas de publicación que se indican a continuación serán devueltos a los autores para su corrección antes de su envío a los evaluadores. Una vez que la Secretaría compruebe el cumplimiento de las normas de publicación, los autores recibirán aviso del recibo de los originales remitidos con la indicación de la duración aproximada del proceso de evaluación. Los textos serán sometidos a la revisión de dos expertos ajenos al equipo editorial (doctores u otras personas de reconocido prestigio) siguiendo el sistema para el anonimato de doble ciego. El resultado de la evaluación podrá ser positiva, positiva con modificaciones o negativa. En caso de que los evaluadores propongan modificaciones de forma motivada en la redacción del original, será responsabilidad del equipo editorial –una vez informado el autor– el seguimiento del proceso de reelaboración del trabajo. En el supuesto de no ser aceptado para su edición, el original será devuelto a su autor junto con los dictámenes emitidos por los evaluadores. Antes de su publicación, los autores recibirán por correo electrónico la versión definitiva del artículo para hacer las correcciones oportunas de las pruebas de imprenta en el plazo de quince días.

## NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. Las propuestas de colaboración con la *Revista Galega de Administración Pública* se remitirán a través de la plataforma electrónica disponible en el siguiente enlace: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. Los trabajos deberán ser remitidos antes del 15 de mayo y del 15 de noviembre, para los dos números ordinarios. Las fechas de remisión y aceptación figurarán en un lugar visible de la revista.
3. Los trabajos enviados deberán cumplir las siguientes condiciones:
  - a) Ser inéditos y no estar incluidos en procesos de evaluación de otras publicaciones.
  - b) Estar redactados en gallego, español, portugués, francés, italiano, inglés y alemán.
  - c) Contener un número de entre 30.000 y 40.000 caracteres (40 páginas como máximo) para los trabajos redactados como "Estudios"; y de un máximo de 15.000 (no más de 30 páginas) para los editados como "Comentarios y Crónicas".
4. Los trabajos que se proponen para su publicación como artículos deberán incluir, por este orden:
  - a) Un título descriptivo del contenido. Junto con el nombre, apellidos, profesión o cargo del autor/a/es/as, el nombre de la institución de adscripción, el país de la institución y la dirección electrónica del autor/a/es/as.
  - b) Un resumen (de un máximo de 120 palabras) en el idioma en que se presenta el texto principal y su traducción al inglés, si no es ésta la lengua utilizada en su redacción.
  - c) Una relación de un mínimo de cinco palabras clave, y un máximo de diez, que identifiquen las materias sobre las que versa el texto principal, y su versión al idioma

inglés, si no es ésta la lengua usada en su redacción.

d) Sumario siguiendo la estructura de la CDU. (Ejemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).

e) El cuerpo principal del texto.

f) La bibliografía.

5. Los trabajos deberán ser cuidadosamente revisados por la(s) persona(s) responsable(s) de su autoría en lo tocante al estilo, y respetarán además los siguientes requisitos:

a) Todos los trabajos deberán ser presentados a un espacio y medio, con formato de fuente *Times New Roman*, tamaño 12.

b) Las notas figurarán a pie de página, guardarán una numeración única y correlativa para todo el trabajo, y se ajustarán al siguiente modelo:

- LIBRO: AUTOR, *Título de la publicación*, núm. Edición, lugar de la publicación, editor, año, página.

- AUTOR, "Título del artículo", *Título de la fuente* (revista u otra colectiva), número, año, páginas.

c) La bibliografía deberá contener con exactitud toda la información de los trabajos consultados y citados (autoría, título completo, editor, ciudad y año de publicación; si se trata de una serie, serán indicados el título y el número del volumen o la parte correspondiente).

d) Los documentos, fuentes o bases de datos publicados en Internet deberán indicar el URL respectivo, indicando la fecha de consulta. Por ejemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26 de septiembre de 2013)

6. Derechos de autoría. Una vez que el Consejo Editorial acepte publicar cualquier material (artículo o recensión) recibido, los derechos exclusivos e ilimitados para reproducir y distribuir los trabajos en cualquier forma de reproducción, idioma y país serán transferidos a la *Escola Galega de Administración Pública* (EGAP).





## SELECTION AND EVALUATION PROCESS OF ORIGINALS

The selection of texts that will be included in the *Galician Magazine of Public Administration* is based on the following criteria; originality, novelty, relevance and accuracy. Original texts that do not meet requirements listed below will be returned to the authors to be corrected before being submitted for evaluation. Once originals have been received and checked that comply with publication requirements, the Secretary will confirm that the original texts have been received and give an estimated date to be accepted. Texts will be reviewed by two (Phd or equivalent) experts from out of the editorial board. Evaluation process will be anonymous to ensure the independence in the selection. The texts will be evaluated as accepted, accepted with modifications or rejected. In the case the text is accepted with modifications, the publishing team will be in charge of following up the resubmission of the text (author will be informed). In the case of the text being rejected, the original will be returned to the author together with the evaluation assessment. Before the text is published the author will receive by email a final copy to make any changes on the final edition if needed in the next fifteen days.

## PUBLICATION REQUIREMENTS

1. Proposals of collaboration with the *Galician Magazine of Public Administration* will be through the electronic platform available at the following link: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. The original texts will be received before 15<sup>th</sup> of May and of May and before 15<sup>th</sup> 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> (26<sup>th</sup> 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).







