

# 64 Regap

## Revista Galega de Administración Pública

Núm. 64 (xullo-decembro 2022)

**\_ESTUDIOS** [01] VELASCO CABALLERO, Francisco. Financiamento dos concellos pequenos e despoboación [02] OREIRO ROMAR, José Ángel. Responsabilidade patrimonial polo impacto da normativa COVID-19 no exercicio das actividades económicas [03] GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Responsabilidade patrimonial e COVID [04] BOUAZZA ARIÑO, Omar. A resposta da Administración contra a homofobia e o seu control xurisdiccional na orde interna e europea **\_COMENTARIOS E CRÓNICAS** [05] SANTANDREU CAPÓN, Francisco José. A dubidosa localización no sistema de fontes do acordo de funcionarios [06] VIQUEIRA ALLO, Ángela María. Reclamación das retribucións complementarias dun posto de categoría superior [07] IGLESIAS REY, Patricia. O desafío do sector público ante a aplicación da Directiva de protección do informante. As canles de denuncia [08] DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Xurisprudencia contencioso-administrativa **\_RECENSIÓNS** [09] GONZÁLEZ DONA, José Manuel. El crédito tributario en el proceso concursal. Perspectivas ante un nuevo escenario económico y legislativo

**\_ESTUDIOS** [01] VELASCO CABALLERO, Francisco. Financiación de los municipios pequeños y despoblación [02] OREIRO ROMAR, José Ángel. Responsabilidad patrimonial por el impacto de la normativa COVID-19 en el ejercicio de las actividades económicas [03] GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Responsabilidad patrimonial y COVID [04] BOUAZZA ARIÑO, Omar. La respuesta de la Administración contra la homofobia y su control jurisdiccional en el orden interno y europeo **\_COMENTARIOS Y CRÓNICAS** [05] SANTANDREU CAPÓN, Francisco José. La dudosa ubicación en el sistema de fuentes del acuerdo de funcionarios [06] VIQUEIRA ALLO, Ángela María. Reclamación de las retribuciones complementarias de un puesto de categoría superior [07] IGLESIAS REY, Patricia. El desafío del sector público ante la aplicación de la Directiva de protección del informante. Los canales de denuncia [08] DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Jurisprudencia contencioso-administrativa **\_RECENSIONES** [09] GONZÁLEZ DONA, José Manuel. El crédito tributario en el proceso concursal. Perspectivas ante un nuevo escenario económico y legislativo



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 de la EGAP, España, directora técnica: **Diana Santiago Iglesias**, Universidade de Santiago de Compostela, España, secretario: **Alejandro Villanueva Turnes**, Universidade de Santiago de Compostela, España, vogais do Consello editorial: **Luis Míguez Macho**, Universidade de Santiago de Compostela, España; **Juan José Raposo Arceo**, Universidade de A Coruña, España; **Marcos Almeida Cerredá**, Universidade de Santiago de Compostela, España; **Beatriz Allegue Requeijo**, Xunta de Galicia, España; **José Manuel Blanco González**, Xunta de Galicia, España; **José Julio Fernández Rodríguez**, Universidade de Santiago de Compostela, España; **Juan José Gallego Fouz**, Consello Consultivo de Galicia, España; **Patricia Iglesias Rey**, Consello de Contas de Galicia, España; **Jacinto Lareo Jiménez**, Universidade de Vigo, España; **Ana María López Guizán**, Consello Consultivo de Galicia, España; **Antonio Cándido Macedo de Oliveira**, Universidade do Minho, Portugal; **Jesús Martínez Girón**, Universidade de A Coruña, España; **Montserrat María Otero Oitavén**, Universidade de Vigo, España; **Portugalio Antonio Roura Gómez**, Universidade de A Coruña, España; **Carlos Pérez González**, Consello de Sada, España; **Manuel Pillado Quintáns**, Xunta de Galicia, España; **José Antonio Redondo López**, Universidade de Santiago de Compostela e Consello de Contas, España; **Xosé Antón Sarmiento Méndez**, Universidade de Santiago de Compostela, España

#### COMITÉ CIENTÍFICO:

**Jean-Bernard Auby**, SciencesPo, Francia; **Luis Béjar Rivero**, Universidad Panamericana, México; **Roberto Blanco Valdés**, Universidade de Santiago de Compostela, España; **María José Bravo Bosch**, Universidade de Vigo, España; **María Pilar Canedo Arrillaga**, Deustuko Unibertsitatea, España; **Pedro Costa Gonçalves**, Universidade de Coimbra, Portugal; **Iñigo Del Guayo Castiella**, Universidade de Almería, España; **Antonio Fernández de Buján y Fernández**, Universidad Autónoma de Madrid, España; **Juan Ramón Fernández Torres**, Universidad Complutense de Madrid, España; **Giuseppe Franco Ferrari**, Università Luigi Bocconi, Italia; **Jesús Fuentetaja Pastor**, Universidad Nacional a Distancia, España; **José García Pita y Lastres**, Universidade de A Coruña, España; **Julio González García**, Universidad Complutense de Madrid, España; **Vicente González Radio**, Universidade de A Coruña, España; **Carlos Lema Devesa**, Universidad Complutense de Madrid, España; **María Belén Noguera de la Muela**, Universidade de Barcelona, España; **Fernanda Paula Oliveira**, Universidade de Coimbra, Portugal; **Miguel Pérez Álvarez**, Universidade de A Coruña, España; **Thomas Perroud**, Université Panthéon-Sorbonne, Francia; **Johann-Christian Pielow**, Ruhr-Universität Bochum, Alemania; **Giuseppe Piperata**, Universidade de Venecia, Italia; **Ricardo Rivero Ortega**, Universidade de Salamanca, España; **Jaime Rodríguez-Arana Muñoz**, Universidade de A Coruña, España; **Joan Manuel Trayter Jiménez**, Universidade de Girona, España; **Claudia Tubertini**, Universidade de Bolonia, 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)

<b>Periodicidade:</b> semestral <b>Formato:</b> en liña   papel <b>ISSN-L:</b> 1132-8371 <b>DOI:</b> <a href="https://doi.org/10.36402/regap.v0i63">https://doi.org/10.36402/regap.v0i63</a> <b>Depósito legal:</b> C-1.596-91 <b>Tradución e supervisión lingüística:</b> Ramiro Combo García <b>Deseño cuberta:</b> Campus na nube, SL <b>Deseño gráfico e impresión:</b> Campus na nube, SL	<b>Siglas utilizadas:</b> 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. 64, xullo-decembro 2022 \ Number 64, July-December2022

## Sumario/Summary

### 1 ESTUDOS / STUDIES

**Francisco Velasco Caballero**  
 Financiamento dos concellos pequenos e despoboación ..... 5  
*Financing of small municipalities and depopulation*

**José Ángel Oreiro Romar**  
 Responsabilidade patrimonial polo impacto da normativa COVID-19 no  
 exercicio das actividades económicas ..... 47  
*Patrimonial liability due to the impact of the COVID-19 regulation when  
 exercising economic activities*

**Santiago González-Varas Ibáñez**  
 Responsabilidade patrimonial e COVID ..... 73  
*Patrimonial liability and COVID*

**Omar Bouazza Ariño**  
 A resposta da Administración contra a homofobia e o seu control  
 xurisdiccional na orde interna e europea ..... 107  
*Response of the Administration against homophobia and its jurisdictional  
 control in the domestic and European order*

### 2 COMENTARIOS E CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

**Francisco José Santandreu Capón**  
 A dubidosa localización no sistema de fontes do acordo de funcionarios ... 141  
*Dubious location of civil servant agreements in the system of sources*

<b>Ángela María Viqueira Allo</b> Reclamación das retribucións complementarias dun posto de categoría superior. ....	163
<i>Claiming supplementary remuneration for a higher-ranking post</i>	
<b>Patricia Iglesias Rey</b> O desafío do sector público ante a aplicación da Directiva de protección do informante. As canles de denuncia. ....	175
<i>The challenge of the public sector before the application of the whistleblower protection Directive. Complaint channels</i>	
<b>Francisco de Cominges Cáceres</b> Xurisprudencia contencioso-administrativa .....	191
<i>Contentious-administrative jurisprudence</i>	

### 3 RECENSIONES / REVIEWS

<b>José Manuel González Dona</b> El crédito tributario en el proceso concursal. Perspectivas ante un nuevo escenario económico y legislativo .....	217
---	-----

# Regap

Estudios

1





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_xullo-decembro 2022 | pp. 5-45  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.4969>  
© Francisco Velasco Caballero  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 08/08/2022 | Aceptado: 29/11/2022  
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Financiamento dos concellos pequenos e despoboación

Financiación de los municipios pequeños y despoblación

Financing of small municipalities and depopulation

64 Regap

Regap



ESTUDIOS

FRANCISCO VELASCO CABALLERO  
Catedrático de Dereito Administrativo  
Universidade Autónoma de Madrid

<https://orcid.org/0000-0003-1055-3939>

[francisco.velasco@uam.es](mailto:francisco.velasco@uam.es)

**Resumo:** Os estudos sobre despoboación municipal non inclúen de forma relevante o sistema de financiamento local. Este estudo explora precisamente esa posible conexión. Para iso, analízanse os orzamentos para 2021 de todos os concellos de oito provincias españolas. A análise céntrase na relevancia dos ingresos tributarios propios (frente ás transferencias) e no esforzo fiscal *per capita* de cada concello. Compróbase a través da análise que os maiores ingresos orzados corresponden a concellos moi pequenos (menores de 500 h.) e moi grandes (sobre todo, Barcelona e Madrid), aínda que os dous grupos difiren nos custos de provisión de servizos (que tendencialmente son máis altos nos concellos moi pequenos). En todos os concellos (incluídos os máis pequenos) o esforzo fiscal *per capita* é moi similar. As transferencias supramunicipais son moi relevantes para todos os concellos, sobre todo para os moi pequenos

<sup>1</sup> Siglas utilizadas: IAE: imposto de actividades económicas; IBI: imposto de bens inmobles; IRPF: imposto sobre a renda das persoas físicas; LBRL: Lei reguladora das bases do réxime local; LFL: Lei de facendas locais; PICAS: participación nos ingresos das comunidades autónomas; PIE: participación nos ingresos do Estado.

e os máis grandes. Os concellos medianos (de entre 5.000 e 20.000 h.), moi relevantes para as políticas de despoboación pola súa función vertebradora de áreas comarcais, son en xeral os que orzan menos ingresos *per capita*.

**Palabras clave:** Financiamento local, transferencias de nivelación, impostos locais, despoboación.

**Resumen:** Los estudios sobre despoblación municipal no incluyen de forma relevante el sistema de financiación local. Este estudio explora precisamente esa posible conexión. Para ello, se analizan los presupuestos para 2021 de todos los ayuntamientos de ocho provincias españolas. El análisis se centra en la relevancia de los ingresos tributarios propios (frente a las transferencias) y en el esfuerzo fiscal per cápita de cada ayuntamiento. Se comprueba a través del análisis que los mayores ingresos presupuestados corresponden a municipios muy pequeños (menores de 500 h.) y muy grandes (sobre todo, Barcelona y Madrid), aunque ambos grupos difieren en los costes de provisión de servicios (que tendencialmente son más altos en los municipios muy pequeños). En todos los municipios (incluidos los más pequeños) el esfuerzo fiscal per cápita es muy similar. Las transferencias supramunicipales son muy relevantes para todos los municipios, sobre todo para los muy pequeños y los más grandes. Los municipios medianos (de entre 5.000 y 20.000 h.), muy relevantes para las políticas de despoblación por su función vertebradora de áreas comarcales, son en general los que presupuestan menos ingresos per cápita.

**Palabras clave:** Financiación local, transferencias de nivelación, impuestos locales, despoblación.

**Abstract:** Current research on depopulation does not include the local financing scheme as a relevant item. This study explores precisely that possible connection. For this purpose, the budgets for 2021 of all the municipalities of eight Spanish provinces are analyzed. The research focuses on the relevance of own tax revenues (as opposed to transfers) and on the per capita tax effort of each municipality. The analysis shows that the highest budgeted revenues correspond to very small (less than 500 inhabitants) and very large municipalities (especially Barcelona and Madrid), although both groups differ in the costs of service provision (which tend to be higher in very small municipalities). In all municipalities (including the smallest) the fiscal effort per capita is very similar. Transfers are very relevant for all municipalities, especially for the very small and the largest ones. Medium-sized municipalities (between 5,000 and 20,000 inhabitants), which are very relevant for depopulation policies due to their role as the backbone of regional areas, are generally the ones that budget the least revenue per capita.

**Key words:** Local financing, equalisation grants, local taxes, depopulation.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 Ingresos totais por habitante. 3 Relación entre ingresos, gastos e custos. 4 Estrutura dos ingresos. 5 Ingresos impositivos. 5.1 Peso relativo dos ingresos impositivos. 5.2 Ingresos impositivos por habitante. 5.3 Ingresos impositivos e capacidade económica. 6 Ingresos por transferencias. 7 Resultados. 8 Anexo metodolóxico.

## 1 Introducción

1. Nos últimos anos, a despoboación dunha boa parte de España, sobre todo do interior, cobrou gran relevancia política e social. En xeral, hai un alto consenso social e político sobre a conveniencia de frear o proceso de despoboación e, na medida do posible, revertelo. Hai consenso académico en que, polo menos no seo da Unión Europea, as migracións xa non resultan da necesidade. Son opcións persoais libres fundadas nos mellores *incentivos* das grandes cidades<sup>2</sup>. En especial, as mellores condicións laborais e os mellores servizos públicos e

<sup>2</sup> MILBERT, A., "Einführung. Landflucht? Gesellschaft in Bewegung", *Bundesinstitut für Bau-, Stadtund Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR)*, n. 2, 2016, p. 107.



semipúblicos<sup>3</sup>. Este consenso académico influíu directamente no documento de estratexia política “España 2050”<sup>4</sup>. Sentadas estas premisas, neste estudo vaise poñer atención no *financiamento municipal*. Trátase de descubrir se os concellos pequenos e medianos (que son os que con maior frecuencia perden poboación) contan con menos ingresos que os grandes, en que medida eses ingresos proveñen de impostos propios ou de transferencias supramunicipais, e que posible relación hai entre eses ingresos e os gastos municipais. Só comprobado un hipotético déficit financeiro nos concellos pequenos e medianos ten sentido analizar se –como se propuxo xa nalgúns estudos<sup>5</sup> e suxeriu o Consello de Europa en relación con España<sup>6</sup>– hai relación causal entre o financiamento municipal e a despoboación; e se unha mellora no financiamento dos concellos pequenos e medianos (especialmente, mediante transferencias supramunicipais) podería dar lugar a servizos e iniciativas económicas municipais relevantes para reter e atraer poboación.

2. Ata agora a literatura académica (económica, xeográfica, política e xurídica) non prestou atención directa á posible correlación entre financiamento municipal e despoboamento. Máis aínda, os estudos sobre financiamento local adoitan ser *xerais*, para o conxunto dos concellos españois. Só para algunhas grandes cidades ou áreas metropolitanas hai estudos financeiros específicos<sup>7</sup>. Esta análise xeral do financiamento local correspóndese co tratamento da información orzamentaria local polo Ministerio de Facenda, onde se *agregan* datos sobre financiamento municipal por comunidades autónomas, provincias e grandes grupos de concellos en función da poboación<sup>8</sup>. Polo demais, nos estudos xerais sobre financiamento local, a perspectiva predominante é de autonomía e suficiencia financeira<sup>9</sup> ou de equidade fiscal<sup>10</sup>, pero non hai estudos específicos sobre a conexión entre financiamento local e despoboación.

<sup>3</sup> COLLANTES, F. e PINILLA, V., *¿Lugares que no importan? La despoblación de la España rural desde 1990 hasta el presente*, Pressas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2019, pp. 76 e 230; ESPARCIA, J., “La despoblación: emergencia y despliegue de políticas públicas en Europa y en España”, AA. VV., *Espacios rurales y retos demográficos, una mirada desde los territorios de la despoblación*, Asociación Española de Geografía, Valladolid, 2021, p. 94.

<sup>4</sup> OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA E ESTRATEXIA DO GOBERNO DE ESPAÑA (coord.), *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, Ministerio da Presidencia, Madrid, 2021, pp. 249 e 267.

<sup>5</sup> Por exemplo, RUNTIC, D., “The fiscal equalization fund”, Runtic, D., *Local Government in Croatia. Responses to Urban-Rural Challenge*, LoGov-project EU e Eurac, 2021, p. 16. Acceso web: [www.zenodo.eu](http://www.zenodo.eu) e [www.logov-rise.eu](http://www.logov-rise.eu).

<sup>6</sup> Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 465 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Spain*, CG(2021)41-07final, 22 September 2021, § 25.

<sup>7</sup> UTRILLA DE LA HOZ, A., “Un análisis del comportamiento presupuestario de la ciudad de Madrid en términos comparados”, *Economistas*, n. 110, 2006, p. 105.

<sup>8</sup> MINISTERIO DE FACENDA E FUNCIÓN PÚBLICA, *La Hacienda local en cifras*, novembro de 2019. Acceso web: [www.hacienda.gob.es](http://www.hacienda.gob.es).

<sup>9</sup> MEDINA GUERRERO, M., “Los recursos financieros de las diputaciones provinciales y la relación con su régimen competencial”, Caamaño Domínguez, F. (coord.), *La autonomía de los entes locales en positivo: la carta europea de la autonomía local como fundamento de la suficiencia financiera*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2003; MUÑOZ MERINO, A. e SUÁREZ PANDIELLO, J., “Reformando la financiación local: ¿un viaje o una excursión?”, *Presupuesto y Gasto Público*, n. 92, 2018.

<sup>10</sup> Por exemplo: VILALTA, M., “La hisenda local a Catalunya: Evolució recent, situació actual i principals reptes”, *Revista catalana de dret públic*, n. 57, 2018, p. 109; CORDERO, J.M., PEDRAJA, F. e GALINDO, F., “La necesaria reforma del sistema de transferencias a los municipios: elementos clave y simulación de resultados”, *Hacienda Pública Española / Review of Public Economics*, n. 240-1, 2022, p. 125.

3. Nos estudos xerais sobre financiamento local, a atención aos concellos pequenos dificúltase por *limitacións metodolóxicas* estruturais. En primeiro lugar, a información financeira sobre os concellos pequenos é normalmente limitada, fragmentaria e pouco concluínte, o que motiva que as análises sexan inseguras e incompletas<sup>11</sup>. En segundo lugar, para a análise dos concellos cualificados como pequenos, normalmente distínguense dous grupos, os dous *demasiado amplos*: os concellos de menos de 5.000 habitantes<sup>12</sup> e os concellos de entre 5.000 e 20.000 habitantes. Estes dous grupos non están definidos tanto por factores xeográficos, demográficos ou económicos como por unha *vetusta escala normativa* que distingue, para regular os servizos municipais obrigatorios (art. 26.1 LBRL), as competencias de asistencia e cooperación das provincias (art. 36.1 LBRL) e as transferencias correntes do Estado (art. 95.3.b.1 da Lei 11/2020, do 30 de decembro, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2021) entre catro segmentos demográficos: ata 5.000, ata 20.000, ata 50.000 e máis de 50.000 habitantes. Estes segmentos de poboación, malia teren aínda certa relevancia normativa, ocultan diferenzas importantes entre os concellos moi pequenos, pequenos e medianos.

4. Partindo destas inconveniencias metodolóxicas, as limitadas referencias académicas aos concellos pequenos céntranse nas *transferencias* estatais (PIE) e autonómicas (PICA) e tenden a concluír que se dan inequidades, insuficiencias ou incoherencias en transferencias municipais<sup>13</sup>, normalmente en prexuízo dos pequenos concellos rurais e en beneficio dos grandes concellos urbanos<sup>14</sup>. Neste contexto, o informe ministerial para a reforma do financiamento local (2017) suxire de xeito expreso unha modificación do sistema de transferencias correntes do Estado, precisamente para corrixir o peor trato dos concellos menores de 75.000 habitantes (que non sexan ao tempo capitais de provincia ou de comunidade autónoma) en relación cos concellos maiores<sup>15</sup>. Como axiña se verá (gráficos 1.1 a 1.8), a importante diversidade de ingresos entre os concellos das oito provincias analizadas, incluso dentro dos concellos dun mesmo grupo demográfico, suxire que a unificación do réxime de transferencias correntes estatais (suprimindo a diferenza entre os concellos de máis e de menos de 75.000 habitantes) por si mesma non ten por que xerar nin maior nivelación nos ingresos nin maior equidade fiscal.

<sup>11</sup> SOLÉ-OLLÉ, A. e BOSCH, N., "On the relationship between authority size and the costs of providing local services: lessons for the design of intergovernmental transfers in Spain", *Public Finance Review*, n. 33-3, 2005, p. 352.

<sup>12</sup> Así: VALLÉS-GIMÉNEZ, J. e ZÁRATE-MARCO, A., "Tax Effort of Local Governments and its Determinants: The Spanish Case", *Annals of Economic and Finance*, n. 18-2, 2017, p. 330; e PORTILLO NAVARRO, M.J., "Los ingresos tributarios de las haciendas locales y la crisis económica", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n. 92, 2018, p. 260.

<sup>13</sup> ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., "La participación en los tributos del Estado", Marín-Barnuevo Fabo, D. (coord.), *Los tributos locales*, 2.ª ed., Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2010, p. 990.

<sup>14</sup> SUÁREZ PANDIELLO, J., "Financiación local y corresponsabilidad fiscal local: ¿ganamos con el nuevo modelo?", *Revista de Estudios Regionales*, n. 66, 2003, p. 123; MUÑOZ MERINO, A. e SUÁREZ PANDIELLO, J., "Reformando la financiación local: ¿un viaje o una excursión?", cit., p. 22; SOLÉ-OLLÉ, A. e BOSCH, N., "On the relationship between authority size and the costs of providing local services: lessons for the design of intergovernmental transfers in Spain", cit., p. 347; VILALTA, M., "La hisenda local a Catalunya: Evolución recent, situación actual i principals reptes", cit., p. 109; CORDERO, J.M., PEDRAJA, F. e GALINDO, F., "La necesaria reforma del sistema de transferencias a los municipios: elementos clave y simulación de resultados", cit., p. 126.

<sup>15</sup> MINISTERIO DE FACENDA, *Informe de la comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación local*, 26 de xullo de 2017, p. 256 (§ 256).

5. Este estudo presta atención directa no financiamento dos *concellos pequenos*, aínda que cun dobre propósito instrumental: para valorar, nun segundo estadio de investigación, se o actual sistema financeiro pode estar a actuar negativamente sobre a *sustentabilidade demográfica* dos concellos rurais. Esta singular perspectiva analítica require moitas cautelas conceptuais. De entrada, hai que distinguir, como conceptos analíticos diferenciados, entre concello pequeno e concello rural. Tradicionalmente, a *ruralidade* é un concepto analítico non ligado só ao tamaño demográfico, senón tamén a outros factores económicos (economía agraria) e culturais<sup>16</sup>. É certo que, desde unha perspectiva estatística e normativa, a ruralidade cada vez se asocia máis coa densidade demográfica, e polo tanto co tamaño demográfico do concello (art. 3 da Lei 45/2007, do 13 de decembro, para o desenvolvemento sustentable do medio rural). Non obstante, a realidade das áreas metropolitanas mostra (sobre todo nas súas segundas ou terceiras coroas) a existencia de concellos pequenos dificilmente cualificables como rurais, tanto pola súa economía (propriadamente urbana) como polos seus indicadores culturais (tamén propios dos concellos urbanos). Centrar a análise nos concellos pequenos –sen cualificalos necesariamente como rurais– permite eludir algúns prexuízos analíticos inmanentes á idea de ruralidade. Facilita a comprensión de que hai concellos pequenos e medianos que gañan e que perden poboación; que hai concellos pequenos e medianos con máis e menos ingresos; e que as fontes de ingresos dos concellos pequenos e medianos non teñen por que ser coincidentes. Así, os concellos pequenos e medianos na contorna das grandes cidades non só non perden poboación<sup>17</sup>, senón que ademais con frecuencia teñen unha estrutura de ingresos singular, baseada en elevadas bases impositivas para a liquidación do IBI.

6. Para os fins deste estudo, elaborouse unha base de datos con información detallada sobre os ingresos orzados para o ano 2021 en todos os concellos das provincias (ou comunidades autónomas uniprovinciais) de *Madrid, Barcelona, Asturias, Cantabria, Valladolid, Jaén, Lugo e Soria*. As especificacións metodolóxicas detalladas sobre esta base de datos descríbense ao final deste estudo (*infra* § 57). Tómasse como referencia a provincia (NUTS-3, conforme a Nomenclatura das Unidades Territoriais Estatísticas da UE) pola súa idoneidade para analizar os fenómenos de despoboación<sup>18</sup>. De acordo coa investigación xeográfica, a escala provincial permite identificar tres tipos de concellos pequenos ou medianos: os que se atopan en provincias con grandes cidades; os que teñen como referencia territorial unha cidade intermedia; e os que están conectados a cidades máis pequenas (como son normalmente as capitais de

<sup>16</sup> COLLANTES, F. e PINILLA, V., *¿Lugares que no importan? La despoblación de la España rural desde 1990 hasta el presente*, cit., p. 28.

<sup>17</sup> COLLANTES, F. e PINILLA, V., *¿Lugares que no importan? La despoblación de la España rural desde 1990 hasta el presente*, cit., p. 218.

<sup>18</sup> FOSS, O. e JUVKAM, D., *Depopulation in Europe. Some preliminary results*, Norwegian Institute for Urban and Regional Research (NIBR), Oslo, 2003, p. 29.

<sup>19</sup> Commission Staff Working Document accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee ante the Committee of the Regions "A long-term Vision for the EU's Rural Areas-Towards stronger, connected, resilient and prosperous rural areas by 2040" [COM (2021) 345 final].

provincia)<sup>20</sup>. A selección de oito provincias para este estudo pretende ser representativa das distintas realidades locais de España, cunha especial atención aos territorios con despoboación. Isto explica que, xunto á Comunidade de Madrid e a provincia de Barcelona, nas que se atopan as dúas maiores cidades de España, así como as dúas maiores áreas metropolitanas, se analizasen os concellos de provincias con índices de despoboación moderados (como Valladolid e Jaén) e de provincias con estatísticas de despoboación máis agudas: dúas do norte montañoso (Asturias e Cantabria), outra de Galicia (Lugo) e outra da meseta castelá (Soria)<sup>21</sup>.

7. Para a formación da base de datos deste estudo, consultáronse os documentos de información orzamentaria remitidos por cada concello ao Ministerio de Facenda, en cumprimento do artigo 169.4 da Lei de facendas locais (Real decreto lexislativo 2/2004, do 5 de marzo: LFL). Para os fins da comparación, esa base de datos orzamentaria combinouse cos datos oficiais de poboación para 2020 (ano en que se elaboran os orzamentos para 2021). Deste xeito, os datos que se mencionan a continuación refírense a ingresos orzados *per capita*. Con estes datos, formáronse ata oito grupos de concellos, aínda que non todos os grupos están presentes nas oito provincias. En todas as provincias se singularizou a capital de provincia, na medida en que normalmente é o concello máis poboado de cada provincia (agás en Asturias) e adoita cumprir unha función territorial específica, como centro económico tradicional e de servizos para o conxunto da provincia. Por outro lado, os grupos non son homoxéneos. Formáronse para os obxectivos específicos deste estudo e a partir de dúas escalas normativas: a do artigo 26.1 LBRL (sobre servizos obrigatorios); e a distinción, para os efectos de transferencias estatais, entre concellos de máis e menos de 75.000 habitantes (art. 111 LFL). A relación completa dos grupos de concellos por poboación que se utiliza neste estudo móstrase na táboa 1.

---

<sup>20</sup> COLLANTES, F. e PINILLA, V., *¿Lugares que no importan? La despoblación de la España rural desde 1990 hasta el presente*, cit., p. 28.

<sup>21</sup> Os datos actualizados e detallados de despoboación, concello a concello, no XeoPortal do Ministerio para a Transición Ecolóxica e o Reto Demográfico. Acceso web: <https://sig.mapama.gob.es/geoportal/>.

Táboa 1. Grupos de concellos por poboación.

Grupo	Poboación
1	Ata 500 h.
2	Entre 501 e 5.000 h.
3	Entre 5.001 e 20.000 h.
4	Entre 20.001 e 50.000 h.
5	Entre 50.001 e 75.000 h.
6	Entre 75.001 e 100.000 h.
7	Máis de 100.001 h.
8	Capital da provincia

Fonte: Elaboración propia.

Regap



ESTUDIOS

8. A partir dos orzamentos remitidos ao Ministerio de Facenda por todos os concellos das catro provincias consideradas, neste estudo aplicáronse seis criterios de ordenación e análise: (1) os ingresos totais por concello e habitante, por todos os capítulos orzamentarios; (2) a proporción dos ingresos de orixe impositiva (polos cinco impostos municipais regulados no artigo 59 LBRL, tanto os obrigatorios como os discrecionais) respecto do total de ingresos orzados de cada concello; (3) a diversidade comparada de ingresos impositivos orzados entre todos os concellos de cada provincia; (4) a contía dos ingresos impositivos *per capita* para cada grupo de poboación; e (5) as transferencias *per capita* orzadas polos concellos de cada grupo de poboación. Finalmente, os datos sobre ingresos derivados de impostos municipais puxéronse en relación con dous indicadores de *capacidade económica* (e fiscal) nos concellos de cada provincia. Sen prexuízo das maiores especificacións técnicas arredor destes indicadores, que se explican no anexo metodolóxico (*infra* § 57), os dous indicadores utilizados son: a contía da base imponible do IBI por habitante en cada concello (o que mostra o valor económico da propiedade inmoble en cada concello); e a renda bruta media (por habitante) gravada polo imposto sobre a renda das persoas físicas en cada concello. Mediante estes dous indicadores, preténdese comprobar en que medida o esforzo fiscal medio en cada concello se corresponde coa maior ou menor capacidade económica (e contributiva) dos veciños de cada concello. Noutros termos, preténdese saber se hai concellos que teñen baixa capacidade económica e presión fiscal media ou alta; e se hai concellos con maior capacidade económica nos cales o esforzo fiscal medio é comparativamente baixo

## 2 Ingresos totais por habitante

9. Tal como se mostra nos gráficos 1.1 a 1.8, para os ingresos municipais por habitante hai un alto grao de *dispersión ou diversidade* entre os concellos dun mesmo grupo demográfico, sobre todo nos concellos moi pequenos (menos de 500 habitantes). Dado o seu pequeno tamaño e poboación, nestes concellos a posible previsión orzamentaria dun só ingreso impositivo inusitadamente alto (por exemplo, porque nese concello ten a súa sede unha grande empresa que tributa no imposto de actividades económicas), ou a previsión dun ingreso por prezos dunha pequena empresa municipal de transformación agraria<sup>22</sup>, ou unha soa transferencia de capital cuantiosa (para unha infraestrutura esencial, por exemplo), pode ofrecer unha cifra de financiamento moi avultado<sup>23</sup>. Esas posibles contías extraordinarias tanto afectan ao grao de dispersión estatística como aos valores medios de ingresos nos distintos grupos de poboación. En xeral, e deixando agora á marxe os concellos moi pequenos, a diversidade nos ingresos municipais redúcese en proporción inversa á poboación. Aínda así, mesmo nos concellos medianos (de entre 5.001 e 20.000 habitantes) obsérvanse algunhas diferenzas importantes, só explicables por factores singulares de cada concello. Segundo isto, incluso dentro dun mesmo grupo demográfico hai *diferenzas ostensibles* de ingresos, non explicables a través do réxime legal de financiamento local, senón por factores específicos dalgúns concellos, entre os que se poden incluír non só condicionantes socioeconómicos, senón tamén o nivel de responsabilidade fiscal e as políticas públicas – máis ou menos activas para o aseguramento de ingresos – de cada concello. Das oito provincias consideradas, Jaén é a que presenta menor diversidade de ingresos municipais *per capita*, aínda que hai que ter en conta que nesta provincia apenas hai 5 concellos menores de 500 habitantes, e é precisamente este grupo de concellos o que noutras provincias presenta un maior grao de diversidade nos ingresos municipais por habitante.

10. Un dato significativo é que, aínda que en todas as provincias hai notables diferenzas de ingresos entre os distintos concellos, o *rango en que se moven esas diferenzas* varía de provincia a provincia. Así, aínda que a maioría dos concellos das oito provincias orzan ingresos entre 1.000 e 2.000 €/h., no caso de Madrid, Barcelona e Valladolid hai un número considerable de concellos moi pequenos, pequenos e medianos que orzan arredor dos 3.000 €/h. (gráficos 1.1, 1.2 e 1.3). Estes casos son máis excepcionais en Asturias, Cantabria e Lugo e por completo inexistentes no caso de Jaén, onde ningún concello cuantifica ingresos por habitante superiores aos 2.000 €. Chama moito a atención o caso de Soria<sup>24</sup>, onde as diferenzas de ingresos orza-

<sup>22</sup> Así, por exemplo, o concello cántabro de San Miguel del Aguayo (145h.) conta cunha sociedade municipal (un viveiro) cuxa cifra neta de negocio (contas 70 do apartado D.2 do Cuestionario de información contable normalizada para pemes) é de 59.669,09 €. Esta cantidade non é en si mesma moi elevada, pero, se se contabiliza como ingreso municipal empresarial (criterio que se seguiu neste estudo: *infra* § 63) e se suma aos ingresos municipais públicos, ofrece unha alta ratio de ingresos por habitante.

<sup>23</sup> VALLÉS-GIMÉNEZ, J. e ZÁRATE-MARCO, A., "Tax Effort of Local Governments and its Determinants: The Spanish Case", cit., p. 344.

<sup>24</sup> No gráfico 1.8 suprimíronse os datos de dous concellos, porque ao seren moi elevados distorsionan o conxunto do gráfico. Trátase, en primeiro lugar, do Concello de Valdelagua del Cerro (Soria), que no orzamento inclúe un ingreso de 424.000 € en

dos, incluso dentro dun mesmo segmento demográfico, son moi elevadas. Isto pode explicarse por que o artigo 124.2 LFL lles garante a todos os concellos que a participación nos ingresos estatais non será en ningún caso inferior á de 2003. Esta regra, no caso dos concellos que perden poboación de forma acelerada (os moi pequenos), asegúralles un nivel relativamente alto de transferencias.

11. Sen prexuízo da dispersión na cifra de ingresos, compróbase nas oito provincias que, en valores medios, os concellos *moi pequenos* (< 500 h.) dispoñen de máis ingresos *per capita* que os demais concellos (gráficos 2.1 a 2.8). Os concellos máis grandes de cada provincia –que agás en Asturias son ademais capitais provinciais– orzan máis ingresos por habitante que os demais concellos, agás os moi pequenos, ben que no caso de Asturias, Cantabria e Lugo os maiores ingresos das súas capitais son moi reducidos. Segundo isto, nas oito provincias analizadas o gráfico dos ingresos por habitante ten forma de “U”, máis ou menos marcado: en todas as provincias os concellos mellor financiados son os *moi pequenos* e o máis grande (ou a capital provincial, no caso de Oviedo). A partir de aí, a pauta xeral é que os concellos pequenos (de entre 501 e 5.000 h.) e medianos (de ata 20.000 h.) orzan ingresos sensiblemente inferiores aos moi pequenos (< 500 h.), malia que aquí se observan máis diferenzas entre os concellos das oito provincias (en especial, en Asturias e Lugo os concellos de ata 5.000 habitantes orzan máis ingresos que as súas capitais provinciais). Un dato destacable é que os concellos *medianos* (de entre 5.001 e 20.000 h.) case sempre (agás en Madrid) están nos dous segmentos máis baixos de ingresos. O dato é relevante se se ten en conta que estes concellos son os que mostran un maior nivel relativo de gasto, polos maiores servizos municipais que lles impón o artigo 26.1 a) LBRL<sup>25</sup>, e que a política de reto demográfico debería prestar especial atención aos concellos que vertebran a correspondente bisbarra ou área rural, pois mesmo a subsistencia dos concellos máis pequenos depende, en gran medida, dos servizos públicos e privados e destes concellos medianos<sup>26</sup>. Polo demais, comparadas as distintas provincias, obsérvase que en case todas elas os ingresos dos concellos medianos (de entre 5.001 e 20.000 habitantes) son homologables. A excepción é Soria, aínda que aquí cómpre ter en conta que esta provincia só conta con dous concellos nese segmento demográfico (Burgo de Osma e Almazán) e os dous apenas superan a cifra de 5.000 habitantes. En contraste coa homoxeneidade orzamentaria dos concellos medianos nas oito provincias, as diferenzas de ingresos orzados son moi acusadas *entre Barcelona e Madrid* e o resto das capitais provinciais. Neste sentido, pódese considerar que, a pesar de que todas as capitais provinciais presentan trazos comúns, porque orzan máis ingresos *per capita* que os demais concellos (agás os moi pequenos), hai un patrón orzamentario específico para Barcelona e Madrid, pois os seus orzamentos de

concepto de investimentos de capital. Tamén se omitiu do gráfico 1.8 o Concello de Suellacabras, que orza 145.900 € de ingresos patrimoniais, o que dividido entre os seus 25 veciños presenta unha cifra de ingresos orzados por habitante non encadrable no gráfico.

<sup>25</sup> SOLÉ-OLLÉ, A. e BOSCH, N., “On the relationship between authority size and the costs of providing local services: lessons for the design of intergovernmental transfers in Spain”, cit., p. 363.

<sup>26</sup> COLLANTES, F. e PINILLA, V., *¿Lugares que no importan? La despoblación de la España rural desde 1990 hasta el presente*, cit., p. 230; ESPARCIA, J., “La despoblación: emergencia y despliegue de políticas públicas en Europa y en España”, cit., p. 137.

ingresos son moi superiores aos dos demais concellos das súas provincias (excepto os moi pequenos).

12. A Comunidade (uniprovincial) de *Madrid*, aínda que conta con máis concellos grandes ou moi grandes que todas as demais provincias, mostra o patrón común xa mencionado máis arriba, representado graficamente coa forma de “U” característica (gráfico 2.1). Neste caso, ademais, a media de ingresos orzados polos concellos máis pequenos (< 500 h.) mesmo dobra amplamente os ingresos por habitante orzados pola cidade de Madrid. Pola súa vez, o Concello de Madrid case dobra en ingresos por habitante a media das grandes cidades da Comunidade, todas elas metropolitanas. Unha singularidade que chama a atención da Comunidade de Madrid é a substancial simetría entre os concellos medianos, intermedios, grandes e mesmo moi grandes (agás Madrid). Dous aspectos son destacables deste dato. En primeiro lugar, que o maior número de servizos obrigatorios que afecta aos concellos de máis de 50.000 habitantes (conforme o art. 26.1 LBRL) non vai acompañado dunha maior previsión de ingresos orzamentarios *per capita*. Isto podería explicarse por que con frecuencia os concellos medianos e intermedios (todos eles inferiores a 50.000 habitantes) prestan moitos máis servizos públicos que os legalmente obrigatorios<sup>27</sup> e iso aproxima os orzamentos de todos estes concellos. Doutro lado, os datos da Comunidade de Madrid mostran que o réxime especial de transferencias correntes estatais, fixado polo artigo 111 LFL para os concellos de máis de 75.000 habitantes, non dá lugar a unha previsión de ingresos substancialmente máis elevada. Con iso, malia ser común considerar que este réxime especial de transferencias estatais beneficia os grandes concellos<sup>28</sup>, tal beneficio non se aprecia *prima facie* nos orzamentos municipais. Como posible explicación, podería pensarse que nestes concellos grandes as maiores transferencias estatais se compensan cun menor esforzo fiscal *per capita*, pero logo verase que esta conclusión non conta con soporte empírico (gráfico 6).

13. A provincia de *Barcelona* de novo repite o gráfico en forma de “U” que se observa nas outras provincias analizadas (gráfico 2.2). E de novo os concellos máis pequenos (< 500 h.) son os que orzan máis ingresos por habitante. En concreto, a media de ingresos deste grupo duplica a do seguinte segmento (concellos de entre 501 e 5.000 habitantes). Tamén, igual que sucede coa cidade de Madrid, a cidade de Barcelona orza moitos máis ingresos *per capita* que os demais concellos da provincia, agás os moi pequenos. E de novo as diferenzas son moi notables. Entre os concellos medianos (de entre 5.001 e 20.000 h.) e Barcelona hai unha diferenza orzada de 900 € por habitante. Por último, tamén aquí se observa, igual que na Comunidade de Madrid, que a referencia dos 75.000 habitantes, determinante do réxime especial de transferencias estatais conforme o artigo 111 LFL, non depara unha maior previsión bruta de ingresos. Ao contrario, o grupo de concellos de máis 100.001 habitantes é o que orza menos ingresos *per capita* en toda a provincia.

14. No *Principado de Asturias*, comunidade uniprovincial, os concellos moi pequenos (< 500 h.) e os pequenos (< 5.000 h.) presentan os orzamentos de ingresos

<sup>27</sup> VILALTA, M., “La hisenda local a Catalunya: Evolució recent, situació actual i principals reptes”, cit., p. 102.

<sup>28</sup> ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “La participación en los tributos del Estado”, cit., p. 990.



máis elevados (gráfico 2.3). Os demais concellos amosan datos moi similares. Con moi pouca diferenza respecto dos demais, Avilés (77.791 h.) é o concello que prevé maiores ingresos por habitante, por enriba da cidade máis poboada (Xixón) e da capital provincial (Oviedo). En todo caso, os ingresos orzados por estes concellos non se diferencian substancialmente dos do grupo máis numeroso (de entre 5.001 e 20.000 h.). Isto suxire que o réxime financeiro especial dos grandes concellos (art. 111 LFL) non depara por si maiores ingresos.

15. A Comunidade uniprovincial de *Cantabria*, igual que Asturias, mostra unha *alta homoxeneidade* de ingresos orzados entre os diversos grupos de concellos, coa única excepción dos concellos moi pequenos (< 500 h.), que prevén ingresos moito máis elevados (gráfico 2.4). Séguelles a capital provincial, Santander (173.375 h.), aínda que xa con cifras moi similares ás dos demais concellos. Dada a similitude nos datos, pódese considerar que o réxime especial de grandes cidades (art. 111 LFL) non xera por si grandes diferenzas orzamentarias.

16. No caso da provincia de *Valladolid*, a xa mencionada curva con forma de “U” está moi achatada (gráfico 2.5). Isto é, os concellos con máis ingresos orzados por habitante son *os máis pequenos e o máis grande*. Os concellos pequenos (de ata 5.000 h.) e medianos (de ata 20.000 h.) orzan menos ingresos (téñase en conta, ademais, que na provincia de Valladolid ningún concello agás a capital supera os 25.000 habitantes). As diferenzas son, ademais, conspicuas entre os concellos do centro e dos extremos do “U”: a media de ingresos orzados dos concellos moi pequenos case dobra a dos concellos medianos (de entre 5.001 e 20.000 habitantes); e a cidade de Valladolid orza 1.237 € *per capita*, cantidade moi superior aos 828 € *per capita* que de media orzan os concellos medianos (de entre 5.001 e 20.000 habitantes).

17. A provincia de *Jaén* reproduce, con algunha singularidade, o gráfico en forma de “U” das outras tres provincias (gráfico 2.6). Os concellos con maior previsión de ingresos son tanto os máis pequenos (de ata 500 habitantes) como o máis grande (Jaén). Aínda que neste caso a capital provincial orza mesmo máis ingresos que a media dos concellos máis pequenos<sup>29</sup>. Con todo, hai que ter en conta que na provincia de Jaén só son cinco os concellos de menos de 500 habitantes e ningún deles prevé ingresos extravagantes, afastados da media. Por outro lado, aínda que o patrón orzamentario é simétrico ao das outras provincias, neste caso as diferenzas relativas son moito menores. A maior diferenza dáse entre os concellos pequenos (de entre 501 e 5.000 habitantes) e a cidade de Jaén nunha contía de 559 €/h. Aquí non se pode apreciar o hipotético efecto do réxime especial de transferencias estatais propio dos

<sup>29</sup> Os datos de ingresos sobre a cidade de Jaén deben lerse cunha advertencia: no orzamento para 2021 (que é a quinta prórroga do orzamento de 2017) inclúese como previsión de ingresos patrimoniais por concesión demanial unha cantidade inusitadamente alta: 81.049.325 € (isto é, unha cantidade que dobra o orzamento de ingresos por impostos municipais). Non só está cantidade é inusitadamente alta, senón que, ademais, na liquidación do idéntico orzamento para 2020 (que tamén era prórroga do de 2017) consta que houbo un defecto de ingreso efectivo (respecto do orzado) de 80.565.508 €. Polo demais, esta previsión orzamentaria, aínda que non fose efectiva, non se pode considerar un erro, pois tamén no orzamento de 2016 (o anterior ao de 2017 prorrogado ata 2021) figura unha cantidade aproximada de 60 millóns de euros por ingresos patrimoniais (concesións demaniais e dereitos de superficie). A elevada previsión de ingresos patrimoniais ten como consecuencia que máis adiante, cando se poñan en relación só os ingresos impositivos e as transferencias, se observará que a suma deses dous conceptos (que na maioría dos concellos alcanza o 80 % dos ingresos), no caso de Jaén presenta unha cifra moi inferior.

concellos grandes (art. 111 LFL), ao non haber ningún concello de máis de 75.000 habitantes (ademais da capital).

18. Algo singular é o caso de *Lugo*, aínda que non tanto como para cuestionar a curva de “U” que caracteriza a previsión de impostos das oito provincias analizadas. *Lugo* non ten concellos de máis de 20.000 h. (agás a capital). Co cal, a curva de “U” é máis difícil de trazar. Non obstante, séguese observando que os concellos moi pequenos (que só son dous) e os concellos pequenos (de entre 501 h. e 5.000 h.), que é o grupo máis numeroso, presentan os datos medios de ingresos máis altos. Séguelles a capital provincial (1.093 €/h.) e, xa por último, os concellos medianos (de entre 5.001 e 20.000 h.) coa cifra de 902 €/h. Neste sentido, e no que importa para este estudo, os concellos que orzan menos ingresos son os medianos, que son os chamados a vertebrar as súas bisbarras.

19. Os datos da provincia de *Soria* tamén se poden representar graficamente –aínda que con menos nitidez– por medio dunha curva en forma de “U”, onde os concellos que orzan máis ingresos son os moi pequenos (< 500 h.) e a capital provincial. O singular de *Soria* é que teñen moitos concellos moi pequenos (164), o que mellora a fiabilidade da media estatística para este segmento. En cambio, ten só dous concellos medianos (< 20.000 h.), *Burgo de Osma* (5.034 h.) e *Almazán* (5.411 h.). A reducida poboación destes dous concellos pode explicar a similitude entre os ingresos deste grupo e os do grupo dos concellos pequenos (< 5.000 h.). *Soria* capital orza máis ingresos (1.458 €/h.) que os concellos pequenos (1.182 €/h.) e medianos (1.298 €/h.), aínda que a diferenza non é tan ostensible como en *Madrid*, *Barcelona* ou *Valladolid*.

### 3 Relación entre ingresos, gastos e custos

20. A diferenza de ingresos orzados *per capita* entre os distintos grupos de concellos debe poñerse en relación co *estado de gastos* de cada orzamento e coa estrutura de *custos* de cada servizo ou actividade municipal. Partimos da premisa de que, por economías de escala e de densidade, unha boa parte dos servizos municipais (aínda que non todos) son considerablemente máis custosos nos concellos moi pequenos e en parte dos pequenos ou medianos<sup>30</sup>. Hai evidencia empírica de que os custos de servizos municipais *per capita* é moi alta nos concellos de 1.000 habitantes, sendo logo descendente ata a cifra de 5.000 habitantes e volvendo ascender logo suavemente ata os 50.000 habitantes, a partir de onde os custos de servizos por habitante xa se manteñen estables. A diferenza de custos entre un concello de 1.000 habitantes e outro de 5.000 habitantes pode oscilar entre o 17 % e o 25 %<sup>31</sup> aínda que as diferenzas poden ser moi ostensibles en función de que servizos municipais se consideren, pois

<sup>30</sup> BEL, G., “Un análisis de los gastos municipales por el servicio de servicios sólidos urbanos”, *Revista de Economía Aplicada*, n. 38, 2005, pp. 1-28.

<sup>31</sup> SOLÉ-OLLÉ, A. e BOSCH, N., “On the relationship between authority size and the costs of providing local services: lessons for the design of intergovernmental transfers in Spain”, cit., pp. 363 e 372.

os servizos sociais alcanzan economías de escala aos 1.000 habitantes, mentres que a escala óptima para os servizos xerais ou a limpeza é de 20.000 habitantes<sup>32</sup>.

21. Tendo á vista o custo *per capita* dos servizos municipais, en función da escala de poboación, pódese considerar a maior ou menor marxe financeira para que un concello despregue actividades e servizos atractivos para a actividade económica. Os ingresos *per capita* dos concellos moi pequenos (< 500 h.), malia seren máis elevados que nos concellos maiores, deben financiar custos moito máis elevados. Iso leva a pensar que a actividade municipal necesariamente se concentra nos *servizos esenciais* ou obrigatorios *ex* artigo 26.1 LBRL, aqueles que simplemente lles aseguran unha vida digna a todos os veciños. Por outro lado, aínda que xa se dixo que no grupo de concellos *pequenos* (de entre 501 e 5.000 h.) decrecen os custos municipais *per capita*, tamén decrecen considerablemente os ingresos (gráficos 1.1 a 1.8), o que sumado á falta de capacidade técnica na maioría dos casos pode explicar un menor despregamento de servizos e actividades locais adicionais e atractivas para a economía e a poboación.

22. O maior incremento do gasto polos servizos municipais obrigatorios (conforme o art. 26.1 LBRL) prodúcese no grupo de concellos que vai dos 5.001 aos 20.000 habitantes (un 6,5% de incremento do gasto en 2005<sup>33</sup>). Xustamente estes son os concellos que orzan menos ingresos *per capita* (gráficos 1.1 a 1.8) e tamén os que reciben menos transferencias correntes (gráficos 3.1 a 3.8). De aí que, á falta de evidencia empírica de que neses concellos se dean economías de escala moi cualificadas, se poida considerar que os concellos de entre 5.001 e 20.000 habitantes poden sufrir un infrafinanciamento relevante en termos de despoboación, polo menos nas provincias de Cantabria, Valladolid, Jaén e Lugo. Cómpre insistir en que normalmente estes concellos actúan como cabeceiras de bisbarra, e deles depende en gran medida a sustentabilidade dos concellos máis pequenos da súa contorna. A situación é similar, en termos xerais, para os concellos que aquí chamamos intermedios (de máis de 20.001 habitantes), onde tamén crecen lixeiramente os custos de funcionamento municipal sen que en paralelo aumenten significativamente os ingresos orzados. E de novo hai que insistir na función vertebradora destes concellos respecto das súas correspondentes bisbarras.

23. Finalmente, só en relación cos concellos *moi grandes* (en especial, Madrid e Barcelona) se pode falar dunha estabilización dos custos de provisión dos servizos municipais (comprobada a partir da liña dos 50.001 habitantes) e un crecemento notorio dos ingresos<sup>34</sup>, o que permite actividades e servizos municipais de máis calidade ou complementarios, e nesa medida atractivos da actividade económica e a poboación<sup>35</sup>. Téñase en conta que, a partir de 50.001 habitantes, os concellos

<sup>32</sup> HORTAS RICO, M. e SALINAS PEÑA, P., "Determinación de la escala mínima eficiente en la provisión de bienes públicos locales", *Revista de Economía Aplicada*, n. 66, 2014, p. 39.

<sup>33</sup> SOLÉ-OLLÉ, A. e BOSCH, N., "On the relationship between authority size and the costs of providing local services: lessons for the design of intergovernmental transfers in Spain", *cit.*, p. 363.

<sup>34</sup> SOLÉ-OLLÉ, A. e BOSCH, N., "On the relationship between authority size and the costs of providing local services: lessons for the design of intergovernmental transfers in Spain", *cit.*, p. 347.

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ-POSE, A. e GRIFFITHS, J., "Developing intermediate cities", *Regional Science Policy and Practice*, n. 13, 2021, p. 446.

grandes xa non soportan máis servizos municipais obrigatorios que os demais (art. 26.1 LBRL), polo que a obtención de maiores ingresos (en especial mediante transferencias correntes, como ocorre claramente nas cidades de Madrid e Barcelona, aínda que non de forma notoria nos demais concellos grandes: *infra* § 41 e gráficos 3.1 a 3.8) xa non se destina a financiar un estándar mínimo de servizos obrigatorios, senón a incrementar a súa calidade ou a financiar outras actividades discrecionais e servizos complementarios.

## 4 Estrutura dos ingresos

24. Un concepto relevante para a análise do financiamento municipal é o peso relativo de cada *tipo de ingresos*. Aquí só se consideraron as taxas e prezos, os impostos municipais e as transferencias (correntes e de capital). No seu conxunto, supoñen máis do 90 % dos ingresos municipais. Deixáronse á marxe deste estudo, por dificultades de contabilización, ou pola súa pouca relevancia cuantitativa ou analítica, os ingresos patrimoniais e os ingresos financeiros. O obxectivo analítico agora é a comparación entre os ingresos provenientes do esforzo fiscal municipal, en forma de impostos e taxas ou prezos por servizos públicos, e os que proceden de transferencias (e polo tanto sen esforzo fiscal). As teorías xerais sobre federalismo fiscal parten da premisa de que cada nivel de goberno debe financiarse basicamente mediante os seus propios tributos, cumprindo as transferencias unha función só *complementaria*, por insuficiente capacidade tributaria, pola existencia de externalidades territoriais ou pola xestión de servizos alleos<sup>36</sup>. No caso de España, as transferencias supramunicipais non cumpren tal función complementaria, senón que son un elemento central do sistema financeiro, o que explica que concellos con alta capacidade fiscal (real ou potencial) reciban cuantiosas transferencias estatais (mesmo por enriba da media dos demais concellos). Esta comparación entre ingresos propios e ingresos por transferencias é fundamental na Carta Europea de Autonomía Local (1985) e determinante para entender por que o Consello de Autoridades Locais e Rexionais do Consello de Europa declarou recentemente que España incumpre o artigo 9.5 da Carta<sup>37</sup>, relativo á nivelación financeira dos concellos con menos ingresos propios.

25. Como se explicou xa máis arriba (*supra* § 11) e se observa máis adiante nos gráficos 3.1 a 3.8, con carácter xeral os concellos que orzan máis ingresos *per capita* son os moi pequenos (< 500 h.) e as capitais de provincia. É sobre todo significativo o grupo dos concellos pequenos e moi pequenos, que simultaneamente prevén altos ingresos por impostos propios, por transferencias correntes e por transferencias de capital. Neste sentido, malia ser certo que os concellos pequenos e moi pequenos son os que orzan máis ingresos, non o fan só con cargo a transferencias, senón tamén mediante un esforzo fiscal similar ou mesmo ás veces superior ao dos demais segmentos

<sup>36</sup> Por todos, BIRD, R.M. e SLACK, E., *Provincial-Local Equalization in Canada: Time for a Change?*, IMFG Papers on Municipal Finance and Governance, University of Toronto, Toronto, 2021, p. 7.

<sup>37</sup> Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 465 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Spain*, CG(2021)41-07final, 22 September 2021, § 225, p. 37.

de concellos<sup>38</sup>. Este alto esforzo fiscal permite cuestionar, polo menos en termos xerais, a hipótese do sobrefinanciamento rural ou da “ilusión fiscal” nos concellos pequenos e moi pequenos. Do mesmo xeito, a pesar de que as cidades máis grandes adoitan contar con máis ingresos, isto non se debe na mesma medida a un maior esforzo impositivo, senón en gran medida a cuantiosas transferencias correntes.

## 5 Ingresos impositivos

26. Desde a perspectiva dos impostos municipais, é conveniente empregar dous parámetros de análise. O primeiro refírese á *porcentaxe* de ingresos municipais – respecto do total de ingresos orzados por cada concello – derivada do esforzo fiscal propio; isto é, dos impostos recadados por cada concello. O segundo parámetro é o da *carga fiscal por habitante*: canto paga cada veciño ao seu concello. Como axiña se verá, estes dous parámetros ofrecen resultados diferentes. Normalmente, nos *concellos pequenos e moi pequenos* a porcentaxe de ingresos impositivos é baixa, en comparación co que orzan por transferencias (gráfico 5). Á inversa, nos concellos máis grandes os ingresos impositivos son maiores que as transferencias. Este dato, exposto sen maiores consideracións na proposta de reforma financeira local de 2017<sup>39</sup>, indirectamente suxire a idea de baixo esforzo fiscal nos concellos pequenos e moi pequenos. Non obstante, se atendemos ao esforzo fiscal *per capita*, compróbase que este é elevado, ou mesmo moi elevado, nos concellos pequenos e moi pequenos en comparación cos máis grandes. Isto significa que a maior porcentaxe de transferencias aos concellos pequenos e moi pequenos non substitúe o financiamento propio, senón que *só o complementa*. Que nestes concellos os ingresos impositivos sexan porcentualmente inferiores ás transferencias non significa que o esforzo fiscal propio sexa baixo, senón, probablemente, que son moi insuficientes para cubrir as necesidades de gasto (e é isto precisamente o que motiva a elevada porcentaxe de transferencias).

### 5.1 Peso relativo dos ingresos impositivos

27. No que segue púxose atención só nos dous grupos de ingresos máis relevantes cuantitativamente, os ingresos impositivos propios e as transferencias doutras administracións públicas, que suman de media o 82 por 100 dos ingresos municipais<sup>40</sup>. Deixáronse fóra as taxas e os prezos, pola súa moderada relevancia cuantitativa<sup>41</sup> e pola súa difícil identificación contable, ligada á forma de xestión de cada servizo municipal. En xeral, obsérvase unha gran *diversidade na porcentaxe de ingresos impositivos*, fundamentalmente nos concellos moi pequenos. Así se observa de forma exemplar no

<sup>38</sup> VALLÉS-GIMÉNEZ, J. e ZÁRATE-MARCO, A., “Tax Effort of Local Governments and its Determinants: The Spanish Case”, cit., p. 343; outra valoración, en relación só co IBI, PORTILLO NAVARRO, M.J., “Los ingresos tributarios de las haciendas locales y la crisis económica”, cit., p. 267.

<sup>39</sup> MINISTERIO DE FACENDA, *Informe de la comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación local*, cit., p. 4 (§ 13).

<sup>40</sup> MARÍN-BARNUEVO FABO, D., “Ingresos locales”, Velasco Caballero, F. (dir.), *Tratado de Derecho Local*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 362.

<sup>41</sup> MINISTERIO DE FACENDA E FUNCIÓN PÚBLICA, *La Hacienda local en cifras*, cit., p. 137.

gráfico 4, referido aos ingresos impositivos orzados nos concellos de Valladolid. Nos concellos moi pequenos, que son a gran maioría na provincia, a diversidade de fontes de ingresos é elevadísima, indo desde o 75 % ao 10 % de ingresos orzados por ingresos municipais. Entre os concellos pequenos e medianos as diferenzas redúcense, oscilando entre o 30 % e o 40 %. Neste punto cómpre insistir de novo en que para os concellos moi pequenos un só concepto de ingreso moi relevante (como unha transferencia de capital elevada) afecta decisivamente á composición de todo o orzamento (*supra* § 9).

28. Agrupados por segmentos de poboación, nos concellos das oito provincias hai un patrón claro sobre a proporción de ingresos impositivos (directos e indirectos) respecto do total de ingresos orzados (gráfico 5). En todas as provincias –menos en Soria– os concellos máis pequenos (< 500 h.) son os que orzan menos ingresos impositivos. Nestes concellos son moi cuantiosas as transferencias; isto probablemente se deba máis ao maior custo da actividade municipal que a un menor esforzo fiscal (*supra* § 20). Conforme aumenta a poboación, crece tamén a porcentaxe de financiamento impositivo, pero non dunha forma lineal: nas dúas cidades máis grandes (Madrid e Barcelona), así como en Valladolid, a porcentaxe de financiamento impositivo é inferior á de todos os demais concellos das súas provincias (agás os moi pequenos). Aquí obsérvase unha diferenza importante entre *as tres cidades máis grandes* e as demais capitais de provincia, onde a porcentaxe de financiamento impositivo é sempre superior á dos demais segmentos demográficos. Porén, como logo se verá, Madrid, Barcelona e Valladolid presentan un alto nivel de esforzo fiscal (*infra* § 30), co cal a baixa proporción de financiamento impositivo non se debe a un baixo esforzo fiscal, senón a unha elevada cantidade de transferencias, claramente crecente nos últimos anos<sup>42</sup> e, en menor medida, aos maiores ingresos por taxas e prezos.

29. Tamén se observa que na maioría das provincias (as excepcións son Asturias, Lugo e Soria) os concellos de entre 5.001 e 20.000 habitantes son os que orzan máis ingresos impositivos. E, correlativamente, son os que menos transferencias *per capita* reciben (gráficos 3.1 a 3.8). Como mostran os gráficos 3.1 a 3.8, a maior proporción de ingresos impositivos nos concellos de entre 5.001 e 20.000 habitantes non indica un maior esforzo fiscal nestes concellos, senón menores ingresos por transferencias. Aquí podería existir un déficit relativo de financiamento e, en termos de despoboación, falta de capacidade financeira para actividades municipais atractivas da actividade económica e da poboación.

## 5.2 Ingresos impositivos por habitante

30. O primeiro dato relevante é a alta diversidade en esforzo fiscal *per capita* en cada provincia, e mesmo dentro de cada grupo de concellos. Este é un indicio claro de que a autonomía tributaria municipal é real e de que hai diferenzas ostensibles de capacidade tributaria nos distintos concellos, mesmo próximos<sup>43</sup>. No caso dos concellos

<sup>42</sup> MINISTERIO DE FACENDA E FUNCIÓN PÚBLICA, *La Hacienda local en cifras*, cit., p. 141.

<sup>43</sup> VALLÉS-GIMÉNEZ, J. e ZÁRATE-MARCO, A., "Tax Effort of Local Governments and its Determinants: The Spanish Case", cit., p. 336.

moi pequenos, a alta cifra de ingresos impositivo *per capita* pode estar afectada pola existencia de “supercontribuíntes” no IBI ou no IAE (*supra* § 9).

31. Simplificando a diversidade mediante segmentos de poboación, xa non sempre aparece o gráfico en forma de “U” ao que xa se fixo referencia en relación cos ingresos totais por habitante (gráficos 1.1 a 1.8). Madrid, Valladolid, Lugo e Soria seguen mostrando máis ingresos impositivos por habitante para os concellos moi pequenos e para as respectivas capitais, pero este dato xa non está claramente presente en Barcelona, Asturias, Cantabria e Jaén. Por outro lado, tamén se comproba que entre as oito provincias hai diferenzas basais moi acusadas. En case todos os seus segmentos demográficos, os concellos de Madrid e Barcelona orzan un terzo máis de ingresos impositivos que os correspondentes concellos das demais provincias (gráfico 6), co cal, malia haber diferenzas de ingresos impositivos entre os segmentos demográficos de cada provincia, máis evidente é a diferenza entre os concellos de Madrid e Barcelona e os das demais provincias. E máis clara aínda é a diferenza entre os concellos de Madrid e Barcelona e todos os demais concellos considerados (agás os moi pequenos de Valladolid e os dous de Lugo).

32. En xeral, os concellos pequenos e moi pequenos mostran un *esfuerzo impositivo per capita comparativamente alto*. Nas provincias de Madrid, Valladolid, Lugo e Soria, os concellos máis pequenos son tamén os que mostran un maior esforzo impositivo *per capita* (gráficos 3.1, 3.5, 3.7, 3.8 e 6), aínda que xa se dixo que este dato é fráxil, porque calquera variación aleatoria ten efectos moi contundentes (*supra* § 9). De feito, este dato suavízase moito se se calcula a mediana estatística (que reduce a influencia dos casos extremos).

33. Máis en xeral, en todas as provincias se observa que hai unha relativa *proximidade* de esforzo fiscal en todos os tramos demográficos. Noutros termos, por regra xeral os *veciños dos concellos máis grandes non sempre pagan máis impostos*; e os veciños dos concellos máis pequenos contribúen decisivamente ao financiamento dos seus concellos, sobre todo se se ten en conta a menor capacidade contributiva deses veciños<sup>44</sup>, ao que se fará referencia detallada máis adiante (*infra* § 37), a escasa actividade municipal e o maior custo *per capita* dos servizos públicos nos concellos pequenos e moi pequenos (*supra* § 21). Os concellos medianos (de entre 5.001 e 20.000 habitantes) mostran en xeral un esforzo fiscal algo menor, aínda que non moi afastado dos demais concellos.

34. Chama a atención que en todas as provincias consideradas haxa unha *gran proximidade de esforzo fiscal* entre os concellos máis pequenos (< 500 h.) e as respectivas capitais de provincia. Unha primeira razón pode deberse a un *maior custo* dos servizos municipais nos concellos moi pequenos, do que xa hai evidencia empírica (*supra* § 21) e que non necesariamente resulta compensado polas maiores transferencias correntes. Unha segunda razón, tamén desde a perspectiva do gasto, pode ser a *maior actividade* municipal nas capitais provinciais (máis alá mesmo dos servizos municipais obrigatorios). Do lado dos ingresos hai dúas posibles razóns

<sup>44</sup> VALLÉS-GIMÉNEZ, J. e ZÁRATE-MARCO, A., “Tax Effort of Local Governments and its Determinants: The Spanish Case”, cit., p. 343.

complementarias. É posible, en primeiro lugar, que nalgúns concellos haxa unha forte diverxencia entre o número de veciños e o número de contribuíntes: en especial, pola existencia de propietarios de inmobles non empadroados que tributan no IBI<sup>45</sup>. Cómpre ter en conta que, tratándose de concellos con moi poucos veciños, un pequeno número de contribuíntes adicionais (non empadroados) pode afectar moito aos ingresos impositivos *per capita*. Por último, unha maior contía das *bases impositivas* nas capitais municipais (en especial, as do IBI) leva naturalmente a unha maior recadación *per capita* cos mesmos tipos impositivos dos demais concellos.

35. Nas provincias de Madrid e Barcelona non hai grandes diferenzas en ingresos impositivos *per capita* entre os concellos cuxas transferencias estatais se rexen pola PIE común e os que se rexen polo réxime especial dos concellos de máis de 75.000 habitantes (art. 111 LFL). As diferenzas só son moi notorias para as cidades de Madrid e Barcelona, probablemente pola cláusula de *statu quo* mínimo que beneficiaron a ambas as dúas cidades nas distintas reformas da lexislación financeira local<sup>46</sup>. Segundo isto, no conxunto dos concellos grandes (agás Madrid e Barcelona) non hai indicios de *ilusión fiscal*. Isto é, de que un maior número de transferencias vaia acompañado dun menor esforzo tributario<sup>47</sup>. Varias poden ser as explicacións complementarias para este resultado. Primeiro, que o réxime especial de transferencias do artigo 111 LFL en realidade non xera moitos máis ingresos que o sistema común, co que as necesidades de gasto se deben cubrir mediante impostos municipais. Segundo, que en termos xerais o esforzo tributario do conxunto dos concellos non é moi elevado, o que determina que unha maior cantidade de transferencias correntes incondicionadas (para os concellos de máis de 75.000 h.) dea lugar a máis gasto (en máis calidade nos servizos obrigatorios ou en servizos ou actividades adicionais, non obrigatorios) e non a unha redución dos gravames impositivos, para o que non hai unha demanda social xeneralizada e relevante.

### 5.3 Ingresos impositivos e capacidade económica

36. Co fin de valorar o significado do esforzo fiscal en cada concello, convén poñer en relación a *carga impositiva* municipal *per capita* coa *capacidade económica ou contributiva*, tamén por habitante e en cada concello. Esta relación exprésase nos gráficos 7.1 a 7.8. A conexión mencionada fíxose mediante dous indicadores de capacidade económica: as bases impositivas medias do IBI urbano por habitante en cada concello (conforme os valores catastrais vixentes en 2020); e a renda bruta media suxeita ao IRPF en cada concello, segundo as bases de datos da Axencia Tributaria para 2019. As tres magnitudes relacionadas (esforzo fiscal por habitante, base impositiva media do IBI/h. e renda bruta media) son dificilmente comparables e representables de forma directa. Por iso,

<sup>45</sup> SOLÉ-OLLÉ, A. e BOSCH, N., "On the relationship between authority size and the costs of providing local services: lessons for the design of intergovernmental transfers in Spain", cit., p. 364.

<sup>46</sup> ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., "La participación en los tributos del Estado", cit., p. 993.

<sup>47</sup> SOLÉ-OLLÉ, A. e BOSCH, N., "On the relationship between authority size and the costs of providing local services: lessons for the design of intergovernmental transfers in Spain", cit., p. 366.



aquí optouse por unha comparación só relativa (para cada segmento de poboación). Desta maneira, ao segmento de concellos coa magnitude máis elevada en cada indicador (esfuerzo fiscal, base imponible do IBI e renda bruta media) déuselle o valor 100, calculándose as magnitudes dos demais segmentos demográficos por referencia á máis alta. Así, por exemplo, se na provincia de Soria a renda bruta media máis elevada se dá no segmento de concellos máis pequenos (< 500 h.), a esta magnitude asígnaselle o valor 100 e, respecto dela, o segundo segmento de concellos con renda bruta media máis alta presentará unha magnitude máis baixa (94,7, para o caso de Soria capital), e así sucesivamente. Deste xeito, homoxeneizando todos os valores sobre a base de 100, pódense comparar os datos de esforzo fiscal e de capacidade económica en cada grupo de concellos. Na representación gráfica que segue, canto máis alta se atope a liña dos ingresos impositivos por habitante (liña azul), maior será a correlación entre esforzo fiscal e capacidade contributiva. Pola contra, canto máis baixa se encontre a liña dos ingresos impositivos por habitante, e máis afastada das dúas liñas que indican a capacidade contributiva, menor será a correlación entre esforzo fiscal e capacidade contributiva.

37. A análise dos datos das tres magnitudes salientadas non ofrece datos concluíntes, aínda que si algunhas tendencias. En varias provincias (Madrid, Cantabria, Lugo e Soria) os concellos moi pequenos (< 500 h.) presentan a maior proximidade entre os ingresos impositivos orzados e os valores de capacidade contributiva (no IBI e no IRPF). Isto significa que, en termos relativos, os veciños destes concellos dedican unha maior parte da súa capacidade económica ao pagamento de impostos municipais. Por suposto que, dado o pequeno tamaño destes concellos (e que no caso de Lugo este segmento só abrangue dous concellos), esta conclusión xeral pode ter múltiples excepcións: porque haxa propietarios que pagan IBI sen seren residentes, o que incrementa o esforzo impositivo *per capita* dos demais veciños, ou porque nun concello concreto residan uns poucos veciños con moita renda. Con todo, asumindo as desviacións, aquí pódese apreciar certa tendencia.

38. Polo outro extremo, nas *capitais de cada provincia* obsérvase unha menor correlación relativa entre esforzo impositivo e capacidade económica. Así sucede en Barcelona, Asturias, Cantabria, Valladolid e Jaén. O caso que máis chama a atención é o de Barcelona, onde simultaneamente se dá un esforzo fiscal comparativamente baixo e a capacidade económica máis alta. En ocasións, as capitais de provincia orzan importantes ingresos impositivos por habitante (o que en principio indica un alto esforzo fiscal), pero esta maior carga tributaria vai parella a unha capacidade contributiva por habitante notablemente superior, co que ao final o esforzo impositivo real, unha vez posto en relación coa capacidade económica media, é igual ou menor que o dos demais concellos. Dúas son as excepcións á baixa correlación entre esforzo impositivo e capacidade económica nas capitais provinciais. Por unha banda, a cidade de Madrid mostra moita proximidade entre o esforzo impositivo por habitante e as magnitudes de capacidade económica, co cal, malia ser é certo que nesta cidade a capacidade económica é substancialmente máis alta (sobre todo en renda, máis que en valores inmobiliarios medios) esa maior capacidade contributiva corre simétrica a unha maior carga impositiva *per capita*. A notoria diferenza comparativa entre Madrid e Barcelona pode deberse á propia composición demográfica das dúas cidades: no caso

de Barcelona, os barrios periféricos con rendas máis baixas non forman parte da cidade, senón doutros concellos metropolitanos; en cambio, Madrid si incorpora eses barrios metropolitanos con menor capacidade económica ao propio concello. A outra excepción mencionada está nas dúas capitais máis pequenas, Lugo e Soria, onde o maior esforzo tributario dos veciños non se compensa cunha maior capacidade económica media.

## 6 Ingresos por transferencias

39. As transferencias supramunicipais (estatais, autonómicas ou provinciais) constitúen o segundo gran grupo de ingresos municipais. Aínda que en termos xurídicos o artigo 2.1 c) e d) LFL distingue entre as participacións (estables e incondicionadas) e as subvencións, máis ou menos discrecionais e máis ou menos condicionadas<sup>48</sup>, agora vaise atender á distinción máis propiamente orzamentaria entre transferencias *correntes* e transferencias de *capital* (aínda que sen obviar que a maior parte das transferencias correntes son incondicionadas e que, tamén, a maior parte das transferencias de capital están vinculados a investimentos concretos).

40. En xeral, son os concellos moi pequenos (< 500 h.) e pequenos (< 5.000 h.) os que orzan máis transferencias por habitante. A eles séguenlles as capitais de cada provincia (gráficos 3.1 a 3.8). O índice de *dispersión* dentro de cada grupo de poboación é moi diferente para as transferencias correntes e as transferencias de capital. As transferencias correntes son relativamente homoxéneas mesmo para os concellos moi pequenos (onde se daba a maior dispersión en ingresos impositivos). Isto é lóxico tendo en conta que as transferencias da PIE –que cuantitativamente son as máis importantes– son moi previsibles, non dependen da iniciativa municipal e descansan basicamente (nun 75 %) sobre a cifra de habitantes (art. 124.1 a) LFL). Moi distinto é o caso das *transferencias de capital*. Aquí hai, de entrada, un grave déficit de datos. Son numerosos os concellos –de todos os segmentos– que nos seus orzamentos non prevén ningunha transferencia de capital. Isto garda correspondencia co carácter máis aleatorio destas transferencias, que dependen tanto da iniciativa municipal como da política de gasto de cada entidade subvencionadora supramunicipal. No entanto, esta falta de previsión orzamentaria, aínda que real, ten unha transcendencia limitada para explicar os ingresos municipais, pois con carácter xeral (salvo nos concellos moi pequenos) as transferencias de capital non son unha parte determinante do orzamento municipal.

41. Segundo se dixo, en termos xerais, *canta menos poboación* teñen os concellos, maiores son as transferencias *per capita*. Este patrón xeral parece robusto en relación cos concellos pequenos (de entre 501 e 5.000 habitantes) e os medianos (de entre 5.001 e 20.000 h.), onde os datos cuantitativos dentro de cada grupo de poboación son moi próximos. Máis fráxil é esa mesma conclusión en relación cos concellos moi pequenos (< 500 h.), que mostran moi graves diferenzas entre si.

<sup>48</sup> ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., "La participación en los tributos del Estado", cit., p. 983.

42. Tal como se aprecia nos gráficos 3.1 a 3.8, os concellos moi pequenos (< 500 h.) e pequenos (< 5.000 h.) son os que orzan máis transferencias *de capital per capita*. Este dato é doadamente explicable tendo en conta que algúns servizos municipais obrigatorios (como os referidos a residuos, ciclo da auga e acceso á poboación) precisan de infraestruturas moi custosas. Estas custosas infraestruturas son frecuentemente financiadas polo Estado, a comunidade autónoma ou a provincia, de tal maneira que, ao dividir o total da correspondente subvención entre un número exíguo de veciños, resulta unha cifra moi avultada de transferencias por habitante.

43. Máis dificultades hai para explicar por que os concellos pequenos e moi pequenos orzan tamén máis transferencias *correntes* que os demais concellos. En principio, dado que o réxime de transferencias da PIE descansa fundamentalmente sobre a poboación de cada concello (art. 124.1 a) LFL), os concellos pequenos e moi pequenos deberían contar con menores transferencias da PIE. Malia iso, varias razóns complementarias poderían explicar os maiores ingresos por transferencias correntes destes concellos.

a) En primeiro lugar, no cálculo das transferencias correntes do Estado (PIE), que cuantitativamente son as máis importantes, inclúese unha variable que potencialmente pode beneficiar os concellos máis pequenos: o 12,5 % do total da PIE ordinaria (para os concellos de menos de 75.000 h.) repártese en función do *inverso da capacidade tributaria*, conforme os criterios fixados anualmente na Lei de orzamentos xerais do Estado. O criterio orzamentario anual descansa sobre as bases impositivas medias do IBI urbano (para 2021: art. 95.3. b) 3 da Lei 11/2020, do 30 de decembro, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2021), o que tendencialmente pode favorecer os concellos moi pequenos. Con todo, este posible beneficio é limitado, porque tamén as leis anuais de orzamentos introducen un coeficiente de ponderación por grupos de poboación que penaliza os concellos pequenos (o coeficiente dos concellos inferiores a 5.000 h. é igual á unidade, mentres que o coeficiente dos concellos de máis de 50.000 habitantes é 1,40).

b) En segundo lugar, o artigo 124.2 LFL garántelles a todos os concellos o nivel de participación bruta na PIE que xa tiñan en 2003 (antes da entrada en vigor da vixente LFL de 2004). Isto significa que algúns concellos pequenos, aínda que perderon poboación nos dous últimos decenios, non perderon transferencias estatais. Por iso, non reducíndose as transferencias totais por concello, a perda de poboación leva consigo un aumento da PIE municipal *per capita*.

c) En terceiro lugar, os concellos pequenos e moi pequenos reciben proporcionalmente máis *transferencias provinciais e autonómicas*<sup>49</sup>. A pesar de que en cifras globais estas transferencias son moito menos importantes que as da PIE, na súa distribución atenden moi favorablemente os concellos pequenos e moi pequenos. Ademais, calquera transferencia corrente, cando se divide entre un número pequeno de veciños, presenta un resultado *per capita* comparativamente alto.

44. Á vista dos datos sobre transferencias da PIE, falouse de *sobrefinanciamento* dos concellos pequenos<sup>50</sup>. Esta cualificación pode ser atinada en ocasións, aínda que non

<sup>49</sup> Para 2019: MINISTERIO DE FACENDA E FUNCIÓN PÚBLICA, *La Hacienda local en cifras*, cit., p. 63.

<sup>50</sup> MUÑOZ MERINO, A. e SUÁREZ PANDIELLO, J., "Reformando la financiación local: ¿un viaje o una excursión?", cit., p. 23.

sempre. A conclusión de sobrefinanciamento tería que poñerse en relación co esforzo fiscal nestes concellos, expresado en ingresos impositivos *per capita* (*supra* § 32), pois a lóxica tributaria dificulta a coexistencia prolongada de cargas impositivas altas –comparables ás dunha cidade intermedia ou grande– e o sobrefinanciamento por medio de transferencias correntes. Noutros termos, alí onde hai abundantes transferencias supramunicipais resulta ilóxico manter un esforzo impositivo elevado. Segundo isto, só cabería falar claramente de sobrefinanciamento alí onde simultaneamente existise unha baixa orzamentación con impostos propios e unha alta ratio de transferencias correntes por habitante. Este fenómeno pode existir nalgúns casos concretos, pero non se pode considerar unha nota característica de concellos moi pequenos (e menos aínda dos concellos simplemente pequenos). Xa vimos antes como a carga impositiva media nos concellos moi pequenos é comparable á dos demais concellos (*supra* § 33): en Madrid falamos de 871 €/h. fronte aos 783 €/h. da capital; para Barcelona, a referencia é de 660 €/h. fronte aos 700 €/h. da capital; en Asturias os concellos máis pequenos orzan 379 €/h. fronte aos 440 €/h. de Oviedo; en Cantabria o contraste é entre 424 €/h. fronte aos 526 €/h. de Santander; nos concellos moi pequenos de Valladolid falamos de 605 €/h. fronte aos 417 da capital; o dato para Jaén é de 324 €/h. fronte aos 401 €/h. da capital; en Lugo os concellos máis pequenos (só 2) orzan 638 €/h. fronte aos 439 da capital; e finalmente en Soria o contraste está entre 917 €/h. dos concellos máis pequenos e os 439 €/h. da capital. Á vista destes datos, máis ben é posible soste-lo que probablemente as maiores transferencias aos concellos pequenos e moi pequenos non sexan un indicador de sobrefinanciamento, senón de maiores custos *per capita* dos servizos e actividades municipais.

## 7 Resultados

45. O obxecto deste estudo é comprobar se os concellos pequenos e/ou rurais se atopan peor financiados que os concellos grandes e/ou urbanos, e en que medida esta posible correlación puidese coadjuvar ao fenómeno contemporáneo da despoboación rural. Para este fin, analizáronse os orzamentos aprobados para 2021 por todos os concellos de oito provincias (ou comunidades autónomas uniprovinciais): Madrid, Barcelona, Asturias, Cantabria, Valladolid, Jaén, Lugo e Soria. Nestas provincias formáronse ata oito grupos de concellos para o tratamento dos datos orzamentarios: ata 500 h.; ata 5.000 h.; ata 20.000 h.; ata 50.000 h.; ata 75.000 h.; ata 100.000 h.; máis de 100.000 h.; e a capital de cada provincia. No estudo prestouse especial atención á relación en cada orzamento municipal entre ingresos propios (por impostos municipais) e por transferencias (europeas, estatais, autonómicas ou provinciais).

46. O primeiro resultado relevante é a alta *diversidade* na previsión de ingresos nos orzamentos municipais, mesmo entre os concellos dun mesmo segmento demográfico e na mesma provincia. Por iso, calquera posible conclusión xeral ten un valor só relativo e aproximativo. A diversidade é moi acusada sobre todo nos concellos moi pequenos (menores de 500 h.) e diminúe en proporción á poboación. Hai concellos moi pequenos, nas oito provincias consideradas, onde o esforzo fiscal (os impostos

que os veciños pagan ao concello) é relativamente baixo, por comparación coa previsión de ingresos por transferencias. Pero tamén hai orzamentos de concellos moi pequenos que mostran un grande esforzo fiscal propio, comparable ou superior ao das grandes cidades.

47. Os datos orzamentarios *per capita* dos concellos moi pequenos deben tomarse con cautela, porque un só factor cuantitativo moi alto pode afectar moito aos coeficientes finais e porque nalgúns destes concellos hai unha proporción importante de suxeitos pasivos do IBI que non están empadroados (co cal, o diñeiro recadado incrementa ficticiamente a contribución *per capita* dos veciños si empadroados).

48. Á vista da diversidade nos orzamentos municipais, non se pode falar en xeral nin de *inequidade fiscal* (por baixo esforzo impositivo) nin de *sobrefinanciamento* (por transferencias) dos concellos pequenos e moi pequenos. En todos estes grupos de concellos pode haber exemplos dos dous fenómenos, pero non hai un único patrón xeneralizable.

49. En xeral, os concellos moi pequenos (< 500 h.) e a capital de cada provincia son os concellos que *orzan* máis ingresos, tanto por impostos propios como por transferencias. Os ingresos orzados redúcense considerablemente no segundo segmento demográfico (de entre 501 e 5.000 h.). Os concellos medianos (de entre 5.001 e 20.000 h.) son os que orzan menos ingresos, tanto impositivos como por transferencias. En consecuencia, os gráficos referidos aos ingresos municipais por segmentos de poboación (gráficos 1.1 a 1.8) mostran como patrón xeral (aínda que con moitos matices) unha característica forma de “U”, de tal maneira que son os *concellos moi pequenos e a capital* de cada provincia os que orzan máis ingresos. Os concellos pequenos, medianos, intermedios e grandes están normalmente por debaixo dos anteriores, no val do “U”.

50. De todos os segmentos de poboación considerados, o dos concellos medianos (de entre 5.001 e 20.000 h.) é o que normalmente orza menos ingresos, tanto impositivos como por transferencias. Este dato é relevante se se ten en conta a centralidade destes concellos para a dinamización demográfica e para a vertebración económica das súas correspondentes bisbarras.

51. As maiores previsións de ingresos dos *concellos moi pequenos e grandes* poden ter diferentes significados se se poñen en relación coas necesidades de gastos e os custos dos servizos municipais en cada grupo poboacional. A partir dos escasos estudos económicos existentes, pódese afirmar que o *maior financiamento medio dos concellos moi pequenos* (< 500 h.) garda relación directa co maior custo de provisión dos servizos obrigatorios municipais. Nos concellos moi grandes, con menores custos de provisión de servizos municipais, as maiores previsións de ingresos poden estar relacionadas cunha maior calidade dos servizos obrigatorios e con máis servizos e actividades municipais discrecionais.

52. Os menores ingresos orzados nos *concellos pequenos* (de entre 501 e 5.000 h.) pode gardar relación coas economías de escala axeitadas para unha parte dos servizos municipais obrigatorios, que se dan arredor dos 5.000 h. No caso dos concellos medianos (de entre 5.001 e 20.000 h.), pode existir unha correlación deficiente entre

unha baixa orzamentación de ingresos e o maior gasto (por maiores servizos obrigatorios e polo maior custo *per capita* dalgúns dos servizos municipais obrigatorios).

53. O financiamento mediante *impostos propios* é relativamente homoxéneo en todos os concellos. Nos concellos pequenos e moi pequenos o esforzo fiscal *per capita* é alto, homólogo ou mesmo superior ao das grandes cidades. Para valorar o significado do esforzo fiscal en cada concello, cómpre poñer en relación a carga impositiva *per capita* con indicadores de capacidade económica e tributaria (como as bases impoñibles do IBI e a renda bruta media en cada concello). Desta conexión non derivan resultados claros, aínda que si se pode falar de que nos concellos moi pequenos, pequenos e medianos hai maior proximidade entre o esforzo fiscal *per capita* e a capacidade económica. Dada a homoxeneidade na carga impositiva *per capita* na maioría dos concellos, e dado que normalmente nestes concellos a propiedade inmoble ten menos valor e as rendas son máis baixas, o *esforzo fiscal real* dos veciños destes concellos pode ser comparativamente máis elevado.

54. As maiores previsións de *transferencias* –fundamentalmente estatais– danse nos concellos moi pequenos e nas capitais provinciais. As *transferencias de capital* só son relevantes nos concellos pequenos e moi pequenos. As *transferencias correntes* son importantes en todos os concellos. Os concellos moi pequenos orzan altos ingresos por *transferencias correntes*. Séguenlles as capitais provinciais. Os concellos medianos e intermedios orzan menos *transferencias correntes*.

55. En xeral, pódese falar dunha mellor condición financeira –grazas ás *transferencias correntes*– de *Madrid e Barcelona*. As demais capitais provinciais, malia contaren con importantes *transferencias correntes*, non se afastan en exceso da media dos demais concellos da súa provincia. É moi singular o caso de Barcelona, que mostra un esforzo fiscal moderado, pero orza importantes *transferencias correntes*.

56. Á vista do peso relativo das *transferencias* para cada segmento de concellos, en xeral pódese afirmar que o sistema financeiro local mostra *escasa nivelación vertical*, por medio de *transferencias*<sup>51</sup>. Favorece dous grupos de concellos: os moi pequenos e os moi grandes (sobre todo, por esta orde, Barcelona e Madrid). O significado práctico destas maiores *transferencias* podería ser diverso. No caso dos concellos máis pequenos, as maiores *transferencias per capita* poderían gardar relación directa cos maiores custos dos servizos municipais (o que explicaría que nestes concellos con elevadas *transferencias* tamén haxa un alto esforzo fiscal medio). No caso dos concellos moi grandes, onde normalmente se dan maiores economías de escala e de densidade, as maiores *transferencias correntes* poden dar lugar a mellores servizos obrigatorios e a un maior gasto non obrigatorio, factores estes que poden ser relevantes para a atracción de poboación e de actividade económica.

<sup>51</sup> No mesmo sentido: VILALTA, M., “La hisenda local a Catalunya: Evolució recent, situació actual i principals reptes”, cit., p. 109.

## 8 Anexo metodolóxico

57. Para a realización deste estudo, tomáronse varias opcións metodolóxicas que, loxicamente, condicionan os resultados. De todas elas dáse conta nos parágrafos que seguen.

58. Este estudo descansa fundamentalmente sobre tres grupos de datos: os orzamentos municipais para 2021 (normalmente aprobados en 2020); as declaracións das persoas físicas ante a Axencia Tributaria, para a liquidación do IRPF de 2019; e as bases impoñibles do IBI (segundo as valoracións da Dirección Xeral do Catastro) vixentes en 2020. Isto é, aínda que os orzamentos municipais considerados son os que rexeron no ano 2021, as previsións de ingresos neses orzamentos realizáronse conforme os datos económicos existentes en 2020 ou 2019.

59. Co fin de identificar patróns ou tendencias, os concellos analizados neste estudo agrupáronse por *grupos de poboación*, segundo os datos demográficos oficiais publicados polo Instituto Nacional de Estatística referidos a 2020 (Real decreto 1147/2020, do 15 de decembro, polo que se declaran oficiais as cifras de poboación resultantes da revisión do padrón municipal referidas ao 1 de xaneiro de 2020). Partíuse dos grupos de poboación utilizados para fins estatísticos polo Ministerio de Facenda, pero a eses grupos engadíronse outros. Para os efectos estatísticos, e seguindo a escala que marca o artigo 26.1 LBRL para a fixación de servizos obrigatorios, o Ministerio de Facenda distingue entre concellos de ata 5.000, 20.000 e 50.000 habitantes. A estas agrupacións o Ministerio engade, como propia, a de ata 100.000 habitantes. Para os efectos deste estudo, centrado nos problemas da despoboación rural, desagregouse o grupo de concellos menores de 500 habitantes, que é moi numeroso nalgúns provincias da meseta e que mostra singularidades financeiras notorias. Tamén, co fin de valorar o efecto de centralidade comarcal ou rexional das capitais provinciais, non necesariamente correlativo á súa poboación, estas cidades consideráronse como un segmento singular. Por último, tamén se distinguiron os concellos con máis de 75.000 habitantes –que se atopan só na metade das provincias analizadas– co fin de rastrexar os posibles efectos financeiros do réxime especial de grandes concellos que establece o artigo 111 LFL.

60. Os datos sobre ingresos municipais tomáronse da *web do Ministerio de Facenda*. Nesta web, na sección correspondente á Secretaría Xeral de Financiamento Autonómico e Local, publícanse as fichas-resumo dos orzamentos aprobados por cada concello, remitidas ao Ministerio en cumprimento da obriga establecida polo artigo 169.4 LFL e desenvolvida pola Orde FAP/2105/2012, do 1 de outubro. O que publica o Ministerio son fichas planas, con datos non tratables mediante aplicacións informáticas, polo que foi necesaria a extracción e tratamento manual dos datos, co fin de constituír varias bases de datos tratables en formato Excel, unha por cada unha das oito provincias. Dado que este estudo se realizou co apoio dun proxecto de investigación da Unión Europea (LoGOV), e seguindo as prescricións ligadas a este financiamento, as bases de datos son de libre acceso mediante o portal de divulgación da Unión Europea (*Zenodo*).

Regap



ESTUDOS

61. No estudo analizáronse os datos orzamentarios de ingresos de todos os concellos correspondentes a oito provincias. En total, o número de concellos analizados é de 1.019, aínda que unha parte pequena deles (non necesariamente os máis pequenos) non cumpriron coa obriga legal de información ao Ministerio de Facenda. Co fin de evitar distorsións nas medias aritméticas, estes concellos foron excluídos das correspondentes bases de datos. Dado o alto número de concellos existentes en España, nesta fase de investigación a análise non podía incluír as 50 provincias españolas. Por iso, fíxose unha selección representativa da diversidade territorial, demográfica e política de España. Cada unha das oito provincias pertence a unha comunidade autónoma distinta (ou é en si mesma unha comunidade autónoma, como sucede con Madrid, o Principado de Asturias e Cantabria). Entre as oito provincias están as que inclúen as dúas maiores cidades de España (Madrid e Barcelona), dúas provincias con perdas moderadas de poboación (Valladolid e Jaén) e outras catro provincias con problemas de despoboación máis agudos (Asturias, Cantabria, Lugo e Soria). Os índices de despoboación tomáronse do Sistema Integrado de Datos Municipais (SIDAMUN) da Secretaría Xeral para o Reto Demográfico.

62. Os datos de ingresos analizados son só os correspondentes aos orzamentos municipais de 2021. A magnitude dos datos tratados (os correspondentes a 1.019 concellos) dificulta, polo menos nesta fase da investigación, a adición de máis exercicios orzamentarios. En todo caso, co fin de comprobar a fiabilidade e a estabilidade dos datos analizados, os datos de 2021 cotexáronse cos analizados nos informes “Facendas Locais en cifras” do Ministerio de Facenda correspondentes a 2018 e 2019. Neste cotexo, e malia o menor nivel de desagregación nos informes do Ministerio, púidose comprobar unha alta estabilidade dos datos de ingresos.

63. Analizáronse os *orzamentos municipais consolidados* (o que inclúe o orzamento municipal e os dos seus organismos autónomos), pero non os das posibles entidades locais menores, dos consorcios e das mancomunidades (que en todo caso son moi secundarios, por comparación cos orzamentos municipais). Dada a diversidade de formas de xestión dos servizos municipais, e en especial a posibilidade de xestión mediante sociedades mercantís e fundacións municipais, ás taxas e prezos municipais (recadados polo concello cando xestiona directamente os seus servizos) sumáronse os prezos recadados polas sociedades e fundacións municipais. Estes ingresos réxense polo dereito privado e non constan no orzamento municipal, pero si no “cuestionario de información contable normalizada para pequenas e medianas empresas (pemes)” que cada concello remite ao Ministerio de Facenda, e que este publica tamén na súa web oficial. Como referencia para localizar estes ingresos dentro do cuestionario de información contable, tomáronse os datos das contas 70 (venta de mercadorías, de produción propia, de servizos, etc.) da táboa “conta de perdas e ganancias” (modelo ordinario). Por inaccesibilidade dos datos, non foi posible acceder aos ingresos recadados por empresas contratistas de servizos aos concellos.

64. No estudo analizáronse só os *orzamentos aprobados ou prorrogados* (tal como se remiten polos concellos ao Ministerio de Facenda) e non os orzamentos liquidados. Isto significa que os orzamentos efectivamente executados poden mostrar



algúns desviacións nos ingresos respecto dos considerados neste estudo. A opción de analizar directamente os orzamentos aprobados, e non os liquidados, tomouse por tres razóns: para conseguir a maior actualidade posible dos datos; porque o número de concellos que non envían os orzamentos liquidados ao Ministerio de Facenda é elevado (12,42%)<sup>52</sup>; e porque a información do Ministerio de Facenda sobre orzamentos municipais liquidados presenta un menor nivel desagregado que a referida aos orzamentos aprobados. Ademais, partiuse da premisa de que o vixente réxime de equilibrio orzamentario establecido polo artigo 11.4 da Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, reduciu os riscos de desviación na execución orzamentaria. Co fin de validar a corrección desta premisa, analizáronse os datos sobre liquidación orzamentaria municipal do exercicio orzamentario anterior (2020), agrupados por comunidades autónomas e actualizados con data do 22 de xuño de 2022 (estes datos están publicados na web oficial do Ministerio de Facenda). Aquí comprobouse que son escasas as desviacións globais entre os ingresos inicialmente orzados e os dereitos recoñecidos netos<sup>53</sup>. En concreto, respecto dos orzamentos de 2020, as desviacións medias que mostran as táboas 1.1 das follas Excel de cada comunidade son: en Andalucía, un exceso de dereitos recoñecidos do 0,77%; en Cantabria, un exceso de dereitos recoñecidos, respecto dos ingresos orzados, do 1,5%; en Castela e León existe un defecto de dereitos recoñecidos do 3,2%; en Galicia existe un exceso do +1,1%; en Cataluña dáse un defecto de dereitos recoñecidos do 1,1%; e finalmente Madrid ofrece a diferenza máis ampla: un 5% de defecto nos dereitos recoñecidos. No caso de Asturias, a web do Ministerio non ofrece datos sobre o orzamento inicialmente aprobado. Como se ve, as diferenzas entre ingresos orzados e dereitos recoñecidos netos é moi pequena en todos os casos, o que avala a opción de traballar cos orzamentos aprobados, e non cos liquidados. Por suposto que a diferenza é sensiblemente maior se os ingresos orzados se comparan cos datos de recadación líquida, pero esta última referencia presenta a dificultade de que os ingresos orzados aínda se poden recadar en varios exercicios posteriores ao de referencia, o que fai que a información sobre a recadación líquida en cada exercicio orzamentario sexa incompleta.

65. Co fin de comparar o esforzo fiscal propio en cada concello coa capacidade económica e contributiva dos seus veciños, analizáronse tamén dous grupos de datos referidos a cada un dos concellos das oito provincias: o valor medio das bases impoñibles do IBI (sobre a propiedade urbana) en 2020; e as rendas brutas medias en cada concello, para os efectos do IRPF correspondente a 2019, que é o último ano actualizado pola Axencia Tributaria. Os valores do IBI extraéronse da sección estatística da Dirección Xeral do Catastro. Os datos de rendas brutas medias extraéronse da base de datos da Axencia Tributaria. Esta base de datos só inclúe información referente aos concellos de máis de 1.000 habitantes, o que loxicamente afecta á fiabilidade da media correspondente ao segmento de concellos de menos de 500 habitantes.

<sup>52</sup> Para 2019: MINISTERIO DE FACENDA E FUNCIÓN PÚBLICA, cit., p. 13.

<sup>53</sup> Esta é a magnitude correntemente utilizada nos estudos orzamentarios e de economía aplicada: por exemplo, PORTILLO NAVARRO, M.J., "Los ingresos tributarios de las haciendas locales y la crisis económica", cit., p. 261.

## Bibliografía

- ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “La participación en los tributos del Estado”, Marín-Barnuevo Fabo, D. (coord.), *Los tributos locales*, 2.ª ed., Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 977-1009.
- BEL, G., “Un análisis de los gastos municipales por el servicio de servicios sólidos urbanos”, *Revista de Economía Aplicada*, n. 38, 2005, pp. 1-28.
- BEL, G., “Servicios locales: tamaño, escala y gobernanza”, *Informe IEB sobre federalismo fiscal*, Institut d’Economia de Barcelona, Barcelona, 2011, pp. 12 y ss. (p. 13).
- BEL, G. e ESTRUCH, A., “La gestión de los servicios públicos locales: ¿por qué se privatizan los servicios públicos y que efectos tiene la privatización”, *Anuario de Derecho Municipal*, n. 5, Marcial Pons e Instituto de Derecho Local, Madrid, 2012, pp. 193-206.
- BIRD, R.M. e SLACK, E., *Provincial-Local Equalization in Canada: Time for a Change?*, IMFG Papers on Municipal Finance and Governance, University of Toronto, Toronto, 2021.
- COLLANTES, F. e PINILLA, V., *¿Lugares que no importan? La despoblación de la España rural desde 1990 hasta el presente*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2019.
- CORDERO, J.M., PEDRAJA, F. e GALINDO, F., “La necesaria reforma del sistema de transferencias a los municipios: elementos clave y simulación de resultados”, *Hacienda Pública Española / Review of Public Economics*, n. 240-1, 2022, pp. 125-149.
- ESPARCIA, J., “La despoblación: emergencia y despliegue de políticas públicas en Europa y en España”, AA. VV., *Espacios rurales y retos demográficos, una mirada desde los territorios de la despoblación*, Asociación Española de Geografía, Valladolid, 2021, pp. 77-150.
- FOSS, O. e JUVKAM, D., *Depopulation in Europe. Some preliminary results*, Norwegian Institute for Urban and Regional Research (NIBR), Oslo, 2003.
- HORTAS RICO, M. e SALINAS PEÑA, P., “Determinación de la escala mínima eficiente en la provisión de bienes públicos locales”, *Revista de Economía Aplicada*, n. 66, 2014, pp. 35-65.
- MARÍN-BARNUEVO FABO, D., “Ingresos locales”, Velasco Caballero, F. (dir.), *Tratado de Derecho Local*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 357-387.
- MEDINA GUERRERO, M., “Los recursos financieros de las diputaciones provinciales y la relación con su régimen competencial”, Caamaño Domínguez, F. (coord.), *La autonomía de los entes locales en positivo: la carta europea de la autonomía local como fundamento de la suficiencia financiera*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2003, pp. 53-92.
- MILBERT, A., “Einführung. Landflucht? Gesellschaft in Bewegung”, *Bundesinstitut für Bau-, Stadtund Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR)*, n. 2, 2016, pp. 105-109.

- MINISTERIO DE FACENDA, *Informe de la comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación local*, 26 de xullo de 2017.
- MINISTERIO DE FACIENDA E FUNCIÓN PÚBLICA, *La Hacienda local en cifras*, novembro de 2019. Acceso web: [www.hacienda.gob.es](http://www.hacienda.gob.es).
- MUÑOZ MERINO, A. e SUÁREZ PANDIELLO, J., “Reformando la financiación local: ¿un viaje o una excursión?”, *Presupuesto y Gasto Público*, n. 92, 2018, pp. 19-37.
- OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA E ESTRATEXIA DO GOBERNO DE ESPAÑA (coord.), *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, Ministerio da Presidencia, Madrid, 2021.
- PORTILLO NAVARRO, M.J., “Los ingresos tributarios de las haciendas locales y la crisis económica”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n. 92, 2018, pp. 253-276.
- RODRÍGUEZ-POSE, A. e GRIFFITHS, J., “Developing intermediate cities”, *Regional Science Policy and Practice*, n. 13, 2021, pp. 441-456.
- RUNTIC, D., “The fiscal equalization fond”, Runtic, D., *Local Government in Croatia. Responses to Urban-Rural Challenge*, LoGov-project EU y Eurac, 2021, pp. 16-23. Acceso web: [www.zenodo.eu](http://www.zenodo.eu) y [www.logov-rise.eu](http://www.logov-rise.eu).
- SUÁREZ PANDIELLO, J., “Financiación local y corresponsabilidad fiscal local: ¿ganamos con el nuevo modelo?”, *Revista de Estudios Regionales*, n. 66, 2003.
- SOLÉ-OLLÉ, A. e BOSCH, N., “On the relationship between authority size and the costs of providing local services: lessons for the design of intergovernmental transfers in Spain”, *Public Finance Review*, n. 33-3, 2005, pp. 343-384.
- UTRILLA DE LA HOZ, A., “Un análisis del comportamiento presupuestario de la ciudad de Madrid en términos comparados”, *Economistas*, n. 110, 2006, pp. 105-121.
- VALLÉS-GIMÉNEZ, J. e ZÁRATE-MARCO, A., “Tax Effort of Local Governments and its Determinants: The Spanish Case”, *Annals of Economic and Finance*, n. 18-2, 2017, pp. 323-348.
- VILALTA, M., “La hisenda local a Catalunya: Evolució recent, situació actual i principals reptes”, *Revista catalana de dret públic*, n. 57, 2018, pp. 97-112.

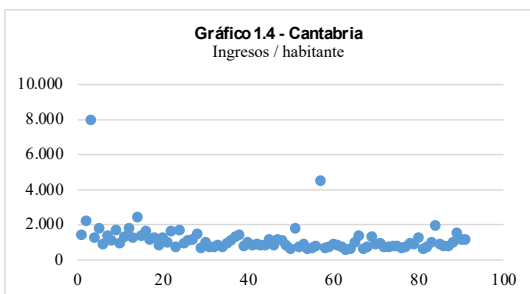
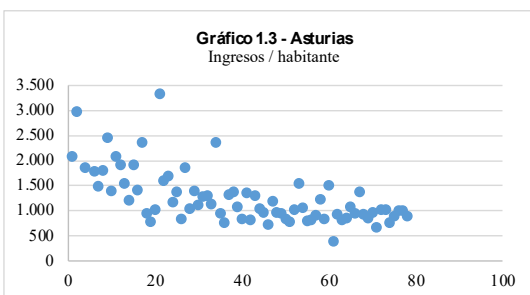
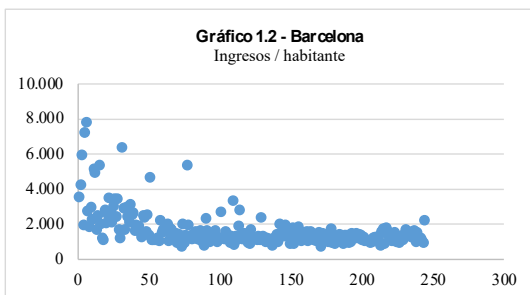
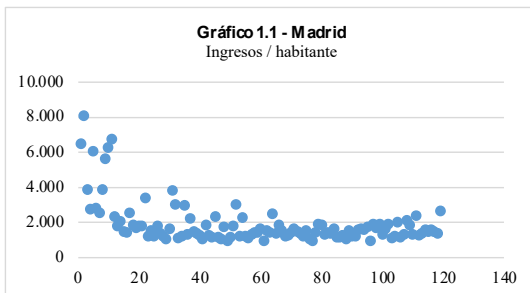
Regap

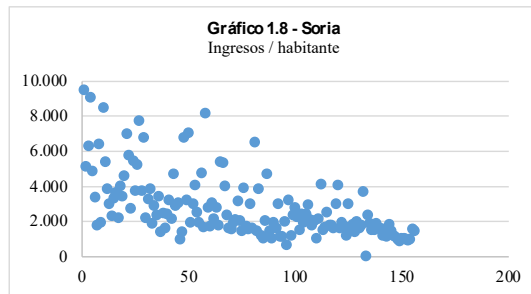
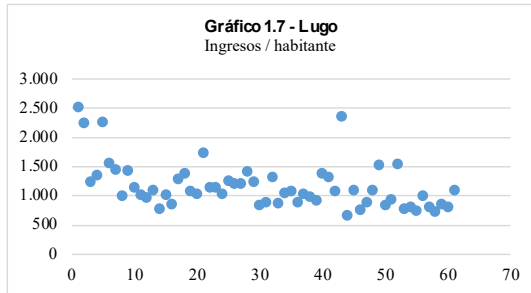
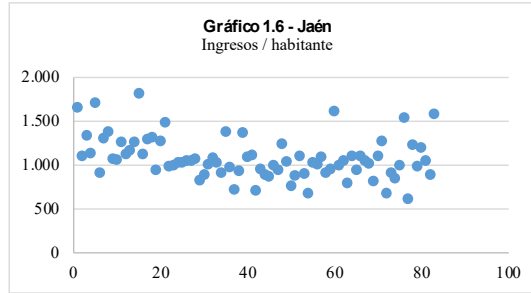
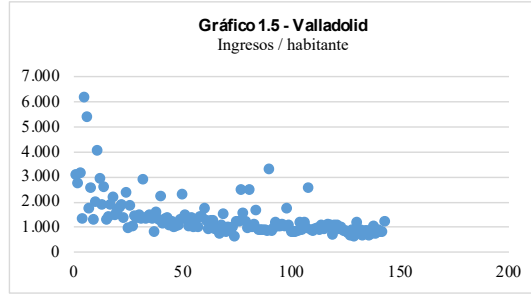


ESTUDIOS

# ANEXO

## Gráficos 1.1 a 1.8





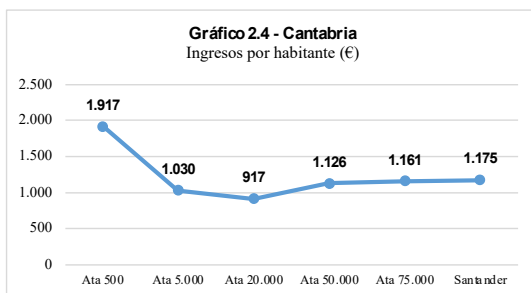
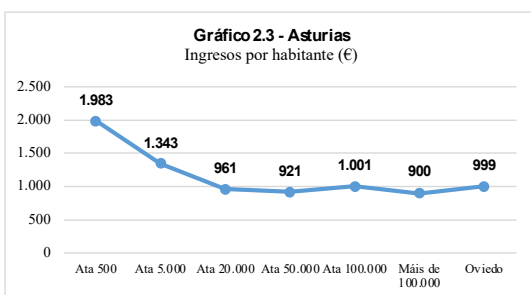
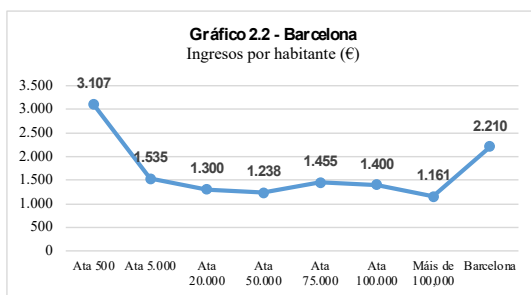
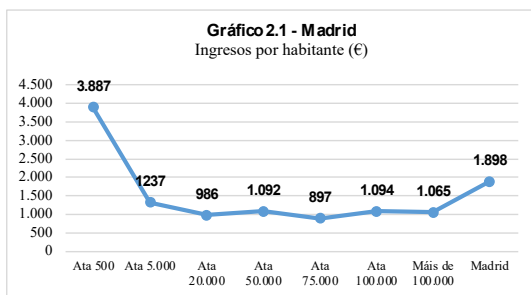
Fonte: Elaboración propia

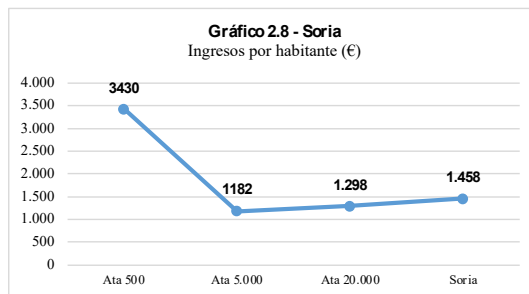
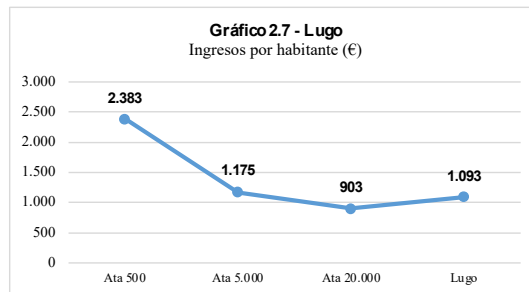
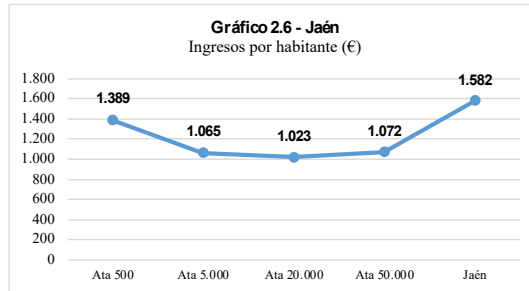
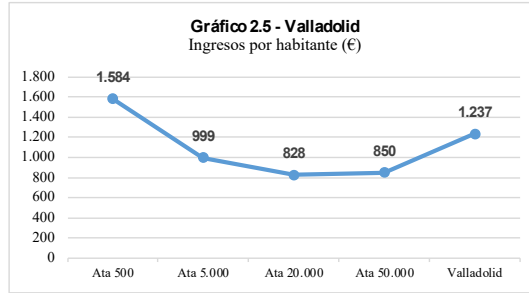
Regap



ESTUDIOS

Gráficos 2.1 a 2.8





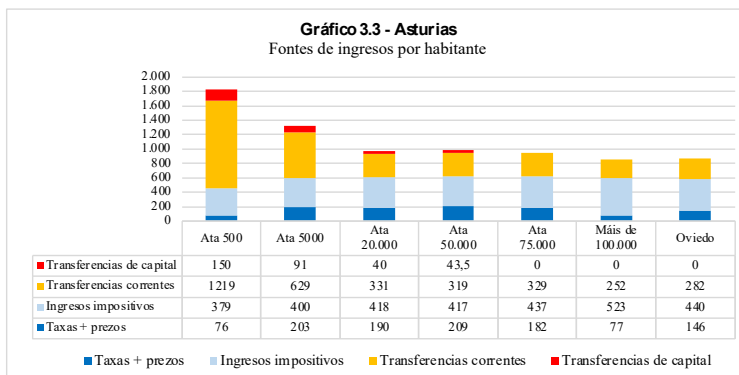
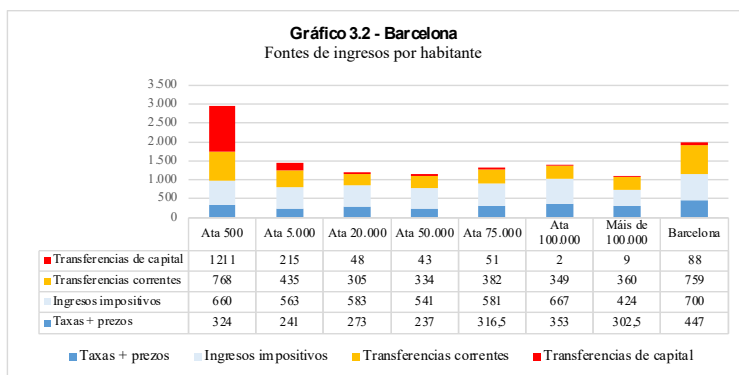
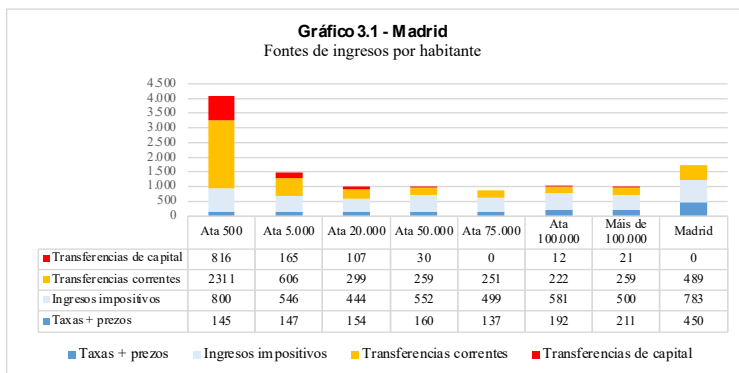
Fonte: Elaboración propia.

Regap

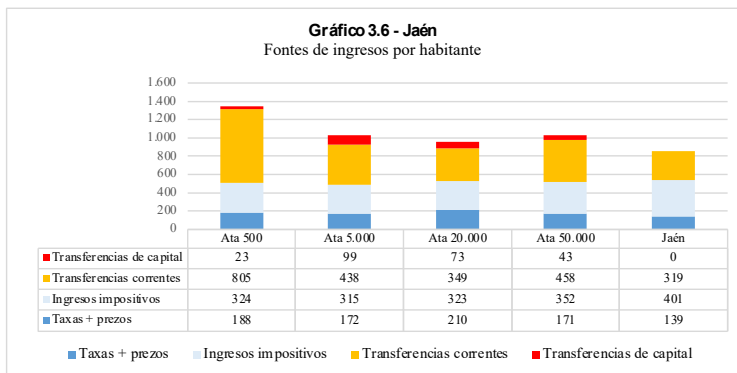
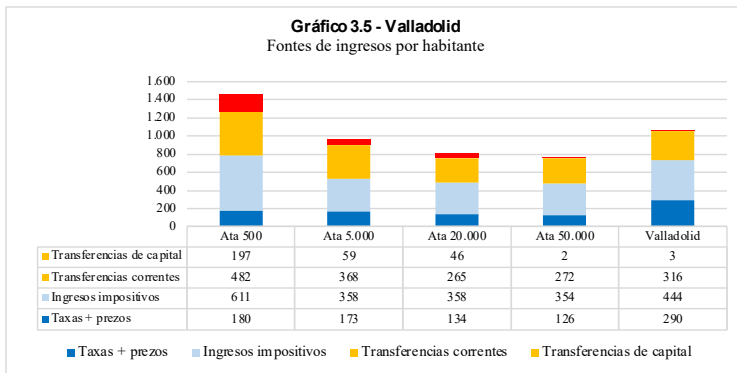
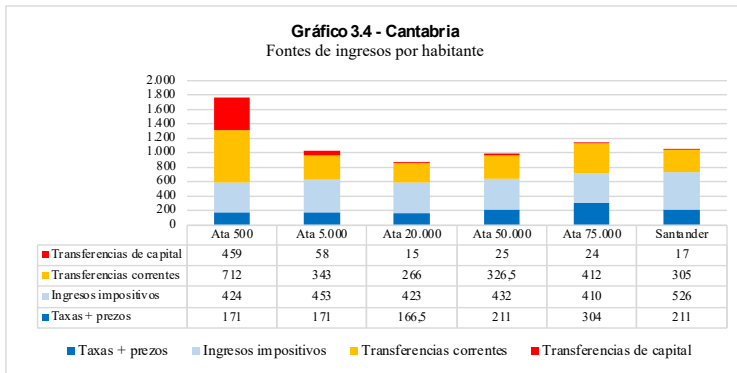


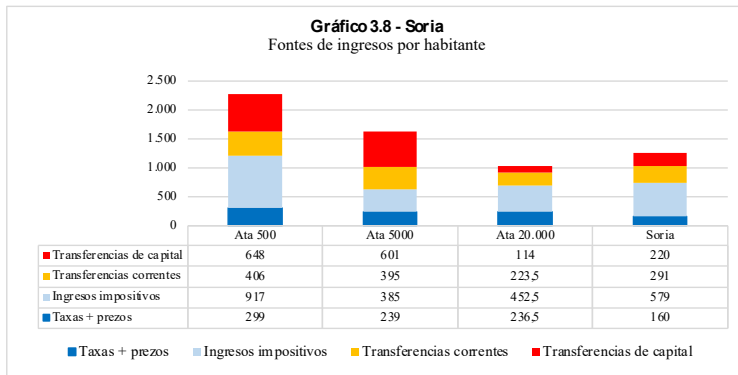
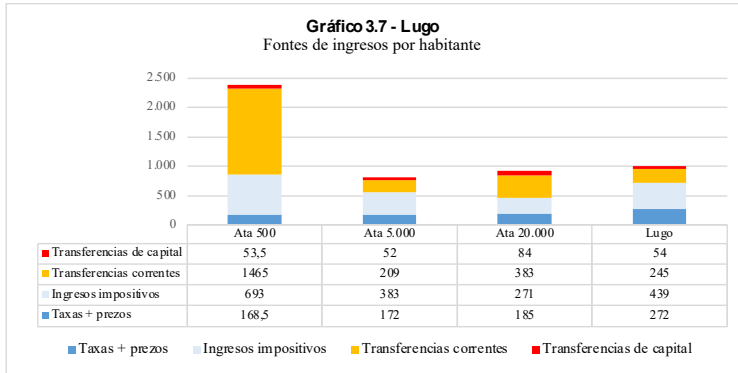
ESTUDIOS

Gráficos 3.1 a 3.8



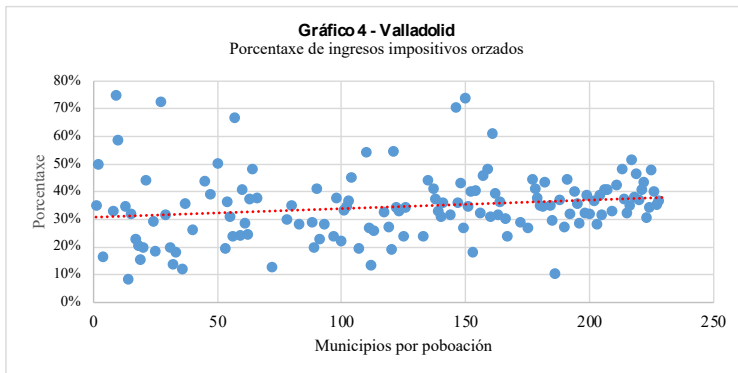






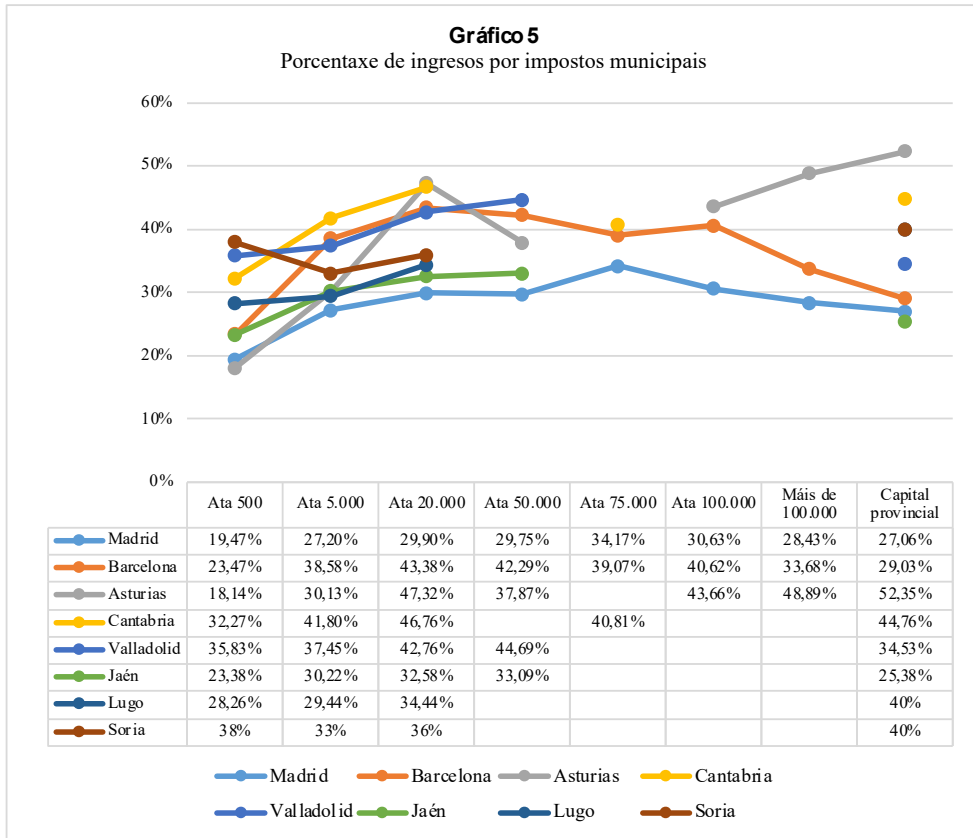
Fonte: Elaboración propia

Gráfico 4



Fonte: Elaboración propia.

Gráfico 5



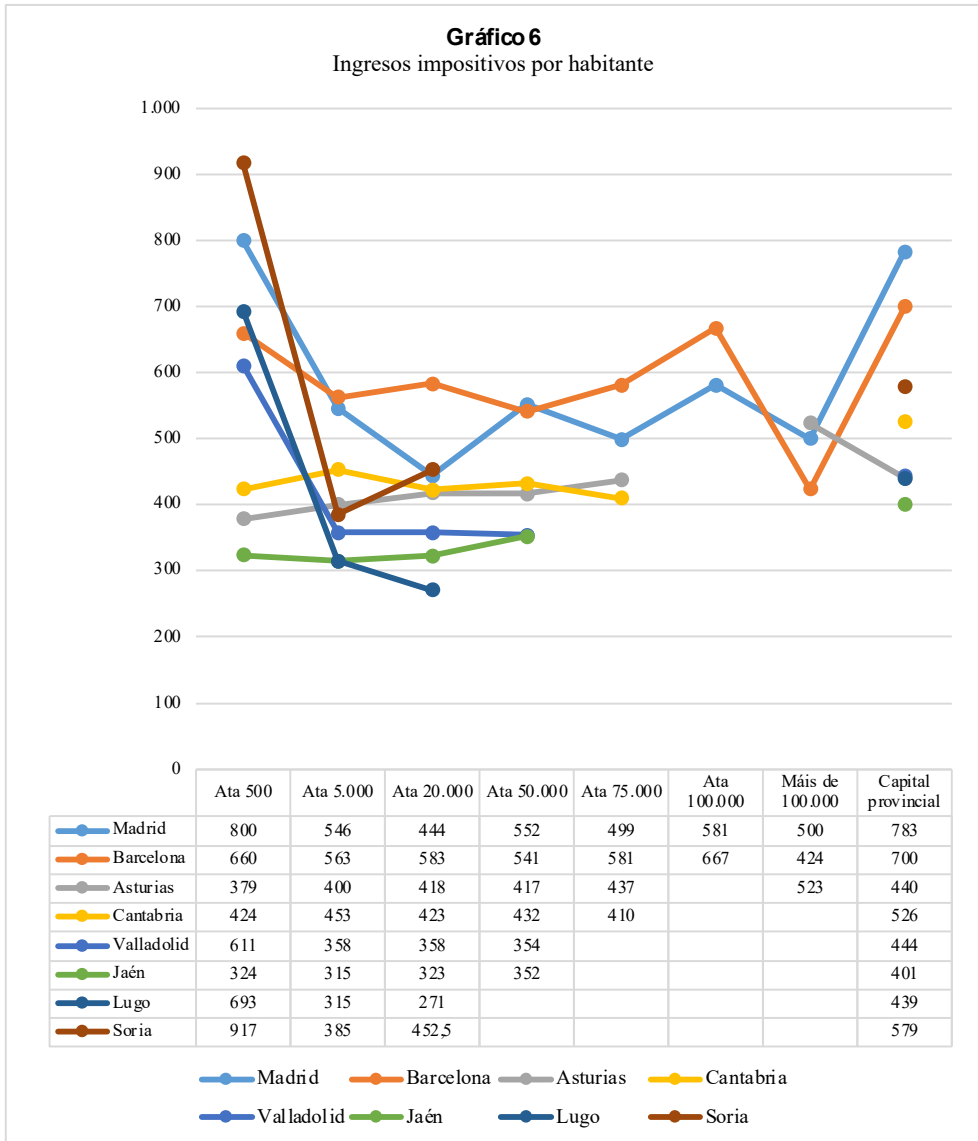
Fonte: Elaboración propia.

Regap



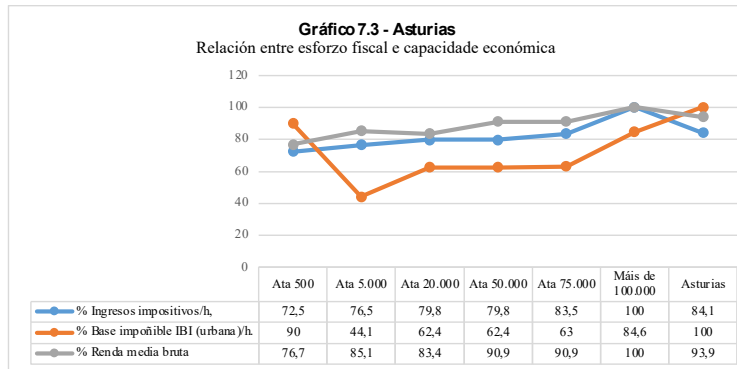
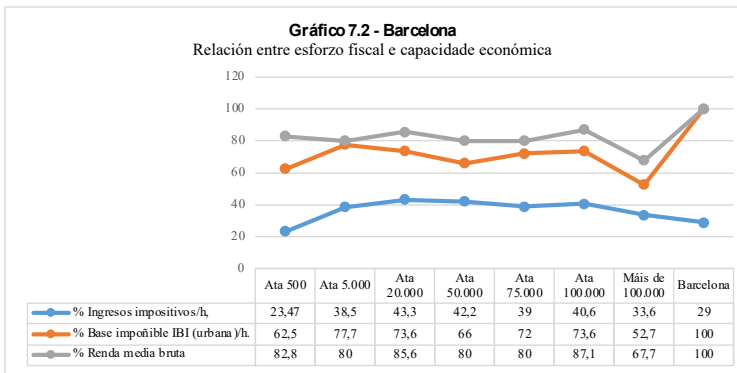
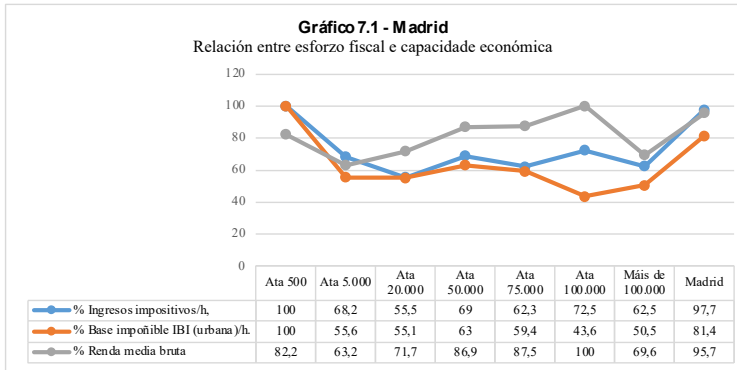
ESTUDIOS

Gráfico 6



Fonte: Elaboración propia.

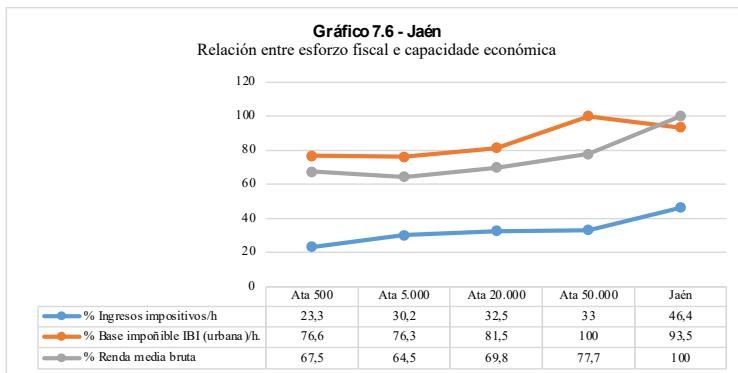
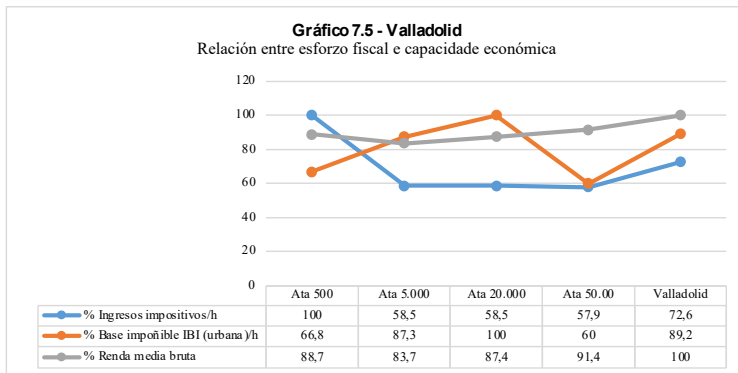
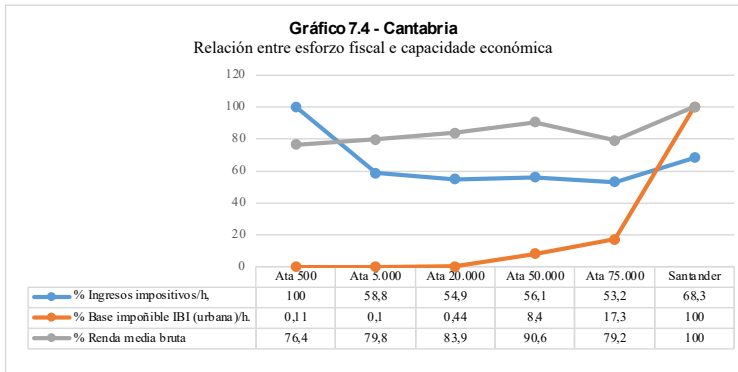
## Gráficos 7.1 a 7.8

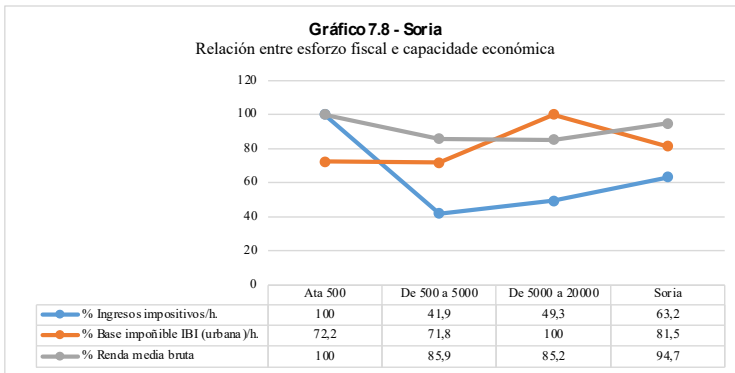
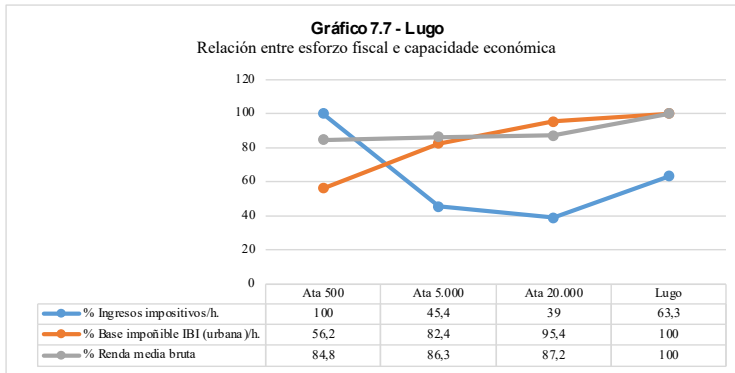


Regap



ESTUDIOS





Fonte: Elaboración propia.

Regap



ESTUDIOS







Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_xullo-décembro 2022 | pp. 47-72  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.4983>  
© José Ángel Oreiro Romar  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 24/10/2022 | Aceptado: 29/11/2022  
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Responsabilidade patrimonial polo impacto da normativa COVID-19 no exercicio das actividades económicas

Responsabilidad patrimonial por el impacto de la normativa COVID-19 en el ejercicio de las actividades económicas

Patrimonial liability due to the impact of the COVID-19 regulation when exercising economic activities

64 Regap

Regap



ESTUDIOS

JOSÉ ÁNGEL OREIRO ROMAR  
Secretario xeral do Consello Consultivo de Galicia  
Letrado da Xunta de Galicia (exc.)  
[pepeoreiro@gmail.com](mailto:pepeoreiro@gmail.com)

**Resumo:** Como consecuencia da pandemia producida polo virus COVID-19, as administracións públicas adoptaron toda unha serie de medidas lexislativas para combater as consecuencias do virus sobre a saúde dos cidadáns e sobre o funcionamento do sistema sanitario público. Este traballo analiza a viabilidade das reclamacións de responsabilidade patrimonial encamiñadas a resarcir os prexuízos derivados do impacto destas medidas sobre o exercicio de actividades económicas e mercantís.

**Palabras clave:** Responsabilidade patrimonial, estado de alarma, COVID-19, nexo causal, antixuridicidade, responsabilidade contractual, responsabilidade concorrente, lexitimación, forza maior.

**Resumen:** Como consecuencia de la pandemia producida por el virus COVID-19, las administraciones públicas han adoptado toda una serie de medidas legislativas para combatir las consecuencias del virus sobre la salud de los ciudadanos y sobre el funcionamiento del sistema sanitario público. Este trabajo analiza la viabilidad de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial encaminadas a resarcir los perjuicios derivados del impacto de estas medidas sobre el ejercicio de actividades económicas y mercantiles.

**Palabras clave:** Responsabilidad patrimonial, estado de alarma, COVID-19, nexo causal, antijuridicidad, responsabilidad contractual, responsabilidad concurrente, legitimación, fuerza mayor.

**Abstract:** As a consequence of the pandemic caused by the COVID-19 virus, Public Administrations adopted legislative measures to avoid the devastating consequences of the virus on the citizens health and on the healthcare system. This essay analyze the viability of damage compensation claims, produced by these measures in business and economic activities.

**Key words:** Damage compensation, state of alarm, COVID-19, causal link, illegality, contractual liability, concurrent liability, legitimation, force majeure.

**SUMARIO:** 1 Marco normativo COVID-19. 2 Distribución competencial. 3 Responsabilidade patrimonial extracontractual pola afectación da normativa COVID no exercicio de actividades económicas. 3.1 Consideracións xerais. 3.2 Forza maior. 3.3 Lexitimación pasiva e responsabilidade concurrente nas medidas adoptadas para facer fronte á pandemia. 3.4 Dano efectivo, avaliabile economicamente, e individualizable en relación cunha persoa ou grupo de persoas. 3.5 Nexo causal. 3.6 Antixuridicidade. 3.7 A anulación xudicial de determinadas normas COVID. 4 Conclusión final.

## 1 Marco normativo COVID-19

A crise sanitaria producida pola irrupción do virus SARS-CoV-2, comunmente denominado COVID-19, produciu un impacto normativo sen parangón na nosa historia lexislativa recente. Non é unha exaxeración afirmar que non houbo un evento sanitario ou doutra índole que xerara tantas normas en tan pouco tempo, e, de feito, é probable que no futuro sigan ditándose novas normas que dun xeito ou outro aborden esta problemática.

Todas as administracións con competencias lexislativas –europea, estatal e autonómica– ditaron disposicións de diferente rango que abordaron diferentes aspectos desta materia<sup>1</sup>.

A pedra angular deste proceso pode situarse no artigo 116.2 da Constitución española, e no seu desenvolvemento lexislativo a través da Lei orgánica 4/1981, do 1 de xullo, que habilita o Goberno para declarar o Estado de alarma, excepción ou sitio.

De todas estas normas, é importante destacar, por ter sido a primeira, o Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se declarou o estado de alarma para a xestión da crise sanitaria ocasionada polo COVID-19, e as súas sucesivas modificacións (Real decreto 465/2020, do 17 de marzo, polo que se modificou o anterior; 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).

---

<sup>1</sup> Hai dous datos que ilustran á perfección o que acabamos de expor:

- O BOE ofrece na súa páxina web un código electrónico recompilando a totalidade do dereito europeo e estatal vixente na materia, no que se recollen máis de 300 disposicións de diferente rango normativo, vixentes actualmente e dadas a partir da irrupción da pandemia en marzo de 2020. Acceso web: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/codigos/codigo.php?id=355&modo=2&nota=1](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355&modo=2&nota=1).

- Pola súa parte, o Portal de transparencia e goberno aberto da Xunta de Galicia recolle 1.090 disposicións, entre as que só inclúe normativa e medidas do Goberno autonómico, é dicir, sen incluír a actividade lexislativa do Parlamento de Galicia. Acceso web: [https://transparencia.xunta.gal/coronavirus/normativa-autonomica?langId=gl\\_ES](https://transparencia.xunta.gal/coronavirus/normativa-autonomica?langId=gl_ES).

No ámbito autonómico, e para os efectos deste traballo, interesa destacar o bloque normativo conformado por toda unha serie de ordes<sup>2</sup> que regulaban diversos aspectos do exercicio de actividades económicas, tales como os horarios, número máximo de persoas e limitacións de diversa índole na prestación de todo tipo de servizos.

Esta intensa actividade legislativa deu lugar a unha subseguinte e igualmente intensa actividade xurisprudencial.

Por unha banda, cómpre facer referencia ás sentenzas do Tribunal Constitucional que modularon a actividade legislativa do Goberno. En efecto, nesta materia están en xogo dereitos fundamentais, o que determinou a irrupción decisiva do máximo intérprete da Constitución española, co fin de corrixir eventuais excesos do poder executivo.

Por un lado, a Sentenza do Tribunal Constitucional (Pleno) do 14 de xullo de 2021 declara inconstitucionais os apartados 1, 3 e 5 do artigo 7 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.

Por outro lado, a Sentenza do Tribunal Constitucional (Pleno) do 27 de outubro de 2021 analiza, respecto de diversos preceptos do Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, polo que se declarou o estado de alarma para conter a propagación de infeccións causadas polo SARS-CoV-2; a Resolución do 29 de outubro de 2020, do Congreso dos Deputados, pola que se ordena a publicación do acordo de autorización da prórroga do estado de alarma declarado polo citado real decreto; e o artigo 2, a disposición transitoria única e a disposición derradeira primeira (apartados un, dous e tres), distintos preceptos do Real decreto 956/2020, do 3 de novembro, polo que se prorrogou o estado de alarma declarado polo Real decreto 926/2020. Neste pronunciamento, o Tribunal Constitucional declara a nulidade dos preceptos que designan autoridades competentes delegadas e atribúenlles potestades tanto de restrición das liberdades de circulación e reunión en espazos públicos, privados e de culto, como de flexibilización das limitacións establecidas no decreto de declaración do estado de alarma, a extensión temporal da súa prórroga e o réxime de rendición de contas establecido para a súa vixencia.

Doutro lado, a xurisprudencia contencioso-administrativa (TS e tribunais superiores de xustiza) ditou múltiples pronunciamentos<sup>3</sup>, analizado e validado ou inva-

<sup>2</sup> A xeito de exemplo, e sen ánimo exhaustivo, podemos citar a Orde do 22 de outubro de 2021 pola que se establecen medidas de prevención específicas a consecuencia da evolución da situación epidemiolóxica derivada da COVID-19 na Comunidade Autónoma de Galicia; ou a Orde do 14 de setembro de 2021 pola que se aproba o novo Plan de hostalaría segura da Comunidade Autónoma de Galicia, e a Orde do 29 de setembro de 2021 pola que se aproba o novo Plan de ocio nocturno da Comunidade Autónoma de Galicia (*Diario Oficial de Galicia* n. 59-bis. Venres 25 de marzo de 2022).

<sup>3</sup> A xeito de exemplo, e sen ánimo exhaustivo, a STS, Sala do Contencioso-Administrativo Sección Cuarta, Sentenza n. 788/2021, do 3 de xuño de 2021, anula o toque de queda e a limitación de reunións familiares e sociais decretados polo Goberno balear nas Illas Baleares tras o cesamento do estado de alarma ao considerar que non se xustificou que a adopción dunhas medidas tan intensas e severas resulten indispensables.

O tribunal estima o recurso de casación interposto polo Ministerio Fiscal contra o auto do 20 de maio de 2021 do TSX das Illas Baleares que ratificou as medidas adoptadas polo Goberno da dita comunidade para combater a pandemia do COVID-19 tras o cesamento do estado de alarma: toque de queda entre as 24 e as 6 horas con determinadas excepcións, controis para a entrada no territorio balear doutras persoas provenientes doutros lugares do territorio nacional, límite máximo de 6 persoas en reunións familiares e sociais en espazos interiores, e en oito en espazos abertos; e 50 % da capacidade en lugares de culto pechados. Desas catro medidas, ratificadas xudicialmente, o fiscal recorreu unicamente contra o chamado toque de

lidado as medidas adoptadas polos gobernos autonómicos para frear a expansión do virus no exercicio das súas propias competencias. Para colaborar na realización deste labor, a Lei 3/2020, do 18 de setembro, de medidas procesuais e organizativas para facer fronte ao COVID-19 no ámbito da Administración de xustiza (disposición derradeira segunda), modificara o artigo 10.8 da Lei reguladora da xurisdición contencioso-administrativa. Non obstante, tamén por Sentenza do Tribunal Constitucional (Pleno) do 2 de xuño de 2022, se estima a cuestión de inconstitucionalidade 6283-2020, formulada pola Sección Primeira da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Aragón, pola que se declara inconstitucional a dita modificación por infracción dos principios de división de poderes e independencia xudicial, reserva e exclusividade da función xurisdiccional. En concreto, declara a nulidade do precepto legal que prevé a autorización ou ratificación polas salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza das medidas sanitarias para a protección da saúde pública.

Este traballo ten por obxecto examinar a viabilidade das reclamacións de responsabilidade patrimonial que traian a súa causa das limitacións, restricións ou outros prexuízos no exercicio de actividades económicas e de servizos, como consecuencia do conxunto normativo ditado para facer fronte á pandemia, tendo moi presente, reiteramos, que varias destas normas foron anuladas por diferentes instancias do poder xudicial.

## 2 Distribución competencial

Por máis que a normativa COVID que analizamos neste traballo tivese por obxecto o establecemento de limitacións, restricións, suspensións ou mesmo prohibicións no exercicio de actividades mercantís, a súa orixe última atópase nas competencias das diferentes administracións territoriais en materia de saúde pública.

A Constitución española concibe a sanidade como unha materia multidisciplinaria, de xeito que as diferentes administracións –Estado, comunidades autónomas e concellos– asumirán competencias sobre ela de acordo cos criterios organizativos expostos nas leis que desenvolven a repartición competencial.

O artigo 149.1.16 da Constitución española reconécelle ao Estado competencia exclusiva en materia de bases e coordinación xeral da sanidade. En coherencia con iso, as comunidades autónomas asumiron competencias en materia de desenvolvemento da lexislación básica estatal e outras moitas en materias relacionadas coa saúde pública.

---

queda nocturno e o límite máximo de persoas en reunións familiares e sociais. A estimación supón a anulación do auto na parte relativa a estas dúas medidas impugnadas.

A sala considera que medidas restritivas tan severas e extensas como o toque de queda ou o máximo de persoas nas reunións familiares e sociais poden adoptarse ao abeiro da Lei orgánica 3/1986 (artigo 3) sempre que "a xustificación substantiva das medidas sanitarias –á vista das circunstancias específicas do caso– estea á altura da intensidade e a extensión da restrición de dereitos fundamentais de que se trate".

Pola súa banda, a Sentenza do 18 de agosto de 2021 da Sala do Contencioso do Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2021:3260) denegou a ratificación da medida imposta pola Junta de Andalucía de limitar o acceso ao interior dos establecementos de ocio e hostalaría con música a quen non acreditase estar en posesión dun certificado COVID ou ter realizado nas últimas 72 horas un test de antíxenos ou PCR negativos.

Con base neste título competencial, dítase a Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade, que reparte as competencias entre Estado e comunidades autónomas. De acordo co establecido nesta norma, as comunidades autónomas exercerán as competencias asumidas nos seus estatutos de autonomía, as que o Estado lles transfira ou delegue (artigo 41.1) e todas as competencias previstas nesa disposición e non reservadas expresamente ao Estado (artigo 41.2).

No ámbito municipal, a distribución competencial complicase. O artigo 42.3 da dita norma establece, “*sen prexuízo das competencias das demais administracións públicas, as seguintes responsabilidades mínimas en relación co obrigado cumprimento das normas e plans sanitarios: a) Control sanitario do medio ambiente: Contaminación atmosférica, abastecemento de augas, saneamento de augas residuais, residuos urbanos e industriais; b) Control sanitario de industrias, actividades e servizos, transportes, rúidos e vibracións; c) Control sanitario de edificios e lugares de vivenda e convivencia humana, especialmente dos centros de alimentación, salóns de peiteado, saunas e centros de hixiene persoal, hotéis e centros residenciais, escolas, campamentos turísticos e áreas de actividade físico-deportivas e de recreo; d) Control sanitario da distribución e subministración de alimentos, bebidas e demais produtos, directa ou indirectamente relacionados co uso ou consumo humanos, así como os medios do seu transporte; e) Control sanitario dos cemiterios e policía sanitaria mortuoria*”. Estas previsións deben integrarse coa competencia recoñecida no artigo 4.1.f da Lei de bases do réxime local, que lles atribúe aos concellos a potestade sancionadora “*dentro da esfera das súas competencias*”.

Polo tanto, non se trata de que os lexisladores estatal e autonómico establezan un catálogo de materias de interese exclusivo municipal cuxa xestión deba quedar reservada, de modo tamén exclusivo, ás entidades locais, senón de identificar dentro de cada materia os aspectos que, na medida en que se fagan presentes e afecten ao interese das colectividades que os municipios representan, deban ser xestionados por eles, baixo a súa propia responsabilidade e réxime de autonomía, por máis que outros aspectos desa materia transcendan do eido local e deban formar parte do ámbito de competencias de instancias de poder político dun maior nivel territorial. De acordo co exposto, o artigo 25.2 LBRL recolle un grupo de materias en que o lexislador básico realiza unha identificación dos aspectos ou asuntos que, formando parte delas, afectan directamente ao círculo dos intereses dos municipios, aínda que sen facer atribucións competenciais concretas e deixando a súa asignación aos lexisladores estatal e autonómico. É o caso, dentro da materia de urbanismo, dos asuntos relativos ao planeamento, xestión, execución e disciplina urbanística ou, dentro da materia do medio ambiente, dos asuntos relativos a parques e xardíns públicos, xestión dos residuos sólidos urbanos e protección contra a contaminación acústica, lumínica e atmosférica nas zonas urbanas. Ademais, alude directamente a aspectos concretos dunha materia, pero sen facer referencia a esta última, como sucede coa protección da salubridade pública (artigo 25.2.j), que evidentemente debe englobarse na máis xenérica materia de sanidade.

Regap



ESTUDOS

Este sistema de distribución competencial xerou certos problemas na súa aplicación práctica, xa que o campo de actuación de cada Administración pública é difuso, de xeito que é frecuente a existencia de conflitos competenciais derivados do enxame normativo descrito<sup>4</sup>.

### 3 Responsabilidade patrimonial extracontractual pola afectación da normativa COVID no exercicio de actividades económicas

#### 3.1 Consideracións xerais

O réxime xurídico da institución da responsabilidade patrimonial das administracións públicas regúlase na Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (en diante, LPAC), nos seus aspectos procedementais, e nos artigos 32 a 37 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (en diante, LRXSP), nos seus aspectos substantivos, todo iso con fundamento e en desenvolvemento do artigo 106.2<sup>5</sup> da Constitución española.

No que concirne aos aspectos de fondo, cómpre indicar que os principios que rexen a responsabilidade patrimonial das administracións públicas son o resultado dunha elaboración da doutrina e da xurisprudencia, e foron reiteradamente expostos polo Consello Consultivo de Galicia (por todos, *vid.* ditames CCG 567/2014, CCG 72/2018, CCG 480/2018 ou CCG 190/2021, e máis recentemente ditame 289/2022 do 27 de outubro de 2021).

Sinteticamente expostos, os presupostos mínimos para que xurda a responsabilidade patrimonial da Administración, partindo do principio de responsabilidade obxectiva e directa, son:

- a) O dano producido no patrimonio dos particulares ten que ser efectivo e individualizado nunha persoa ou nun grupo de persoas.
- b) O citado dano ou lesión debe producir no patrimonio do particular lesionado un prexuízo antixurídico que este non teña deber de soportar.

<sup>4</sup> O Consello Consultivo de Galicia, nos seus informes CCG 141/2021, do 2 de xuño, e 263/2020, do 14 de outubro, analiza diversas cuestións relativas á competencia das diferentes administracións públicas, particularmente dos concellos, para o exercicio da potestade sancionadora en relación co COVID-19, a partir da existencia de pronunciamentos xudiciais contradictorios. En concreto, a Sentenza do Xulgado do Contencioso-Administrativo n. 2 de Vigo, do 15 de abril de 2021, PA 67/2021, que anula a multa imposta por un concello ao considerar que carece de competencias en materia de sancións COVID, e Sentenza do Xulgado do Contencioso-Administrativo n. 2 de Santiago do 2 de xuño de 2021, PA 177/2021, que, en sentido oposto, confirma a legalidade dunha multa imposta baseándose na normativa COVID.

<sup>5</sup> Artigo 106.2. Os particulares, nos termos establecidos pola lei, terán dereito a ser indemnizados por toda lesión que sufran en calquera dos seus bens e dereitos, salvo nos casos de forza maior, sempre que a lesión sexa consecuencia do funcionamento dos servizos públicos.

c) O dano ou lesión patrimonial ten que gardar un nexos causal co funcionamento normal ou anormal dos servizos públicos.

d) O dano non debe ser produto dunha situación de forza maior.

e) A reclamación ten que ser presentada polo particular interesado dentro do prazo legalmente establecido.

Xunto ao anterior, cabe indicar que a responsabilidade patrimonial da Administración se configura como unha responsabilidade obxectiva. Como máis significados límites daquel principio xeral poden destacarse catro acoutamentos:

a) A forza maior (artigo 139.1 da derogada Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (en diante, LXPAC), e, en sentido similar, o artigo 32.1 da vixente LRXSP).

b) O deber xurídico de soportar o dano (artigo 141.1 da derogada LXPAC e, en sentido similar, artigos 32.1 e 34.1 da vixente LRXSP).

c) A non indemnizabilidade dos danos derivados de feitos e circunstancias que non se puidesen prever ou evitar segundo o estado dos coñecementos da ciencia ou da técnica existentes no momento de produción destes (artigo 141.1 da derogada LXPAC; e, en sentido similar, o artigo 34.1 da vixente LRXSP).

d) Aquel outros de creación xurisprudencial, tales como a culpa da vítima ou o feito de terceiro (recollidos en incontables pronunciamentos do Tribunal Supremo como, entre outros, os contidos na súa Sentenza do 27.7.2002, rec. 4012/1998, ou a de 19.6.2007, rec. 10231/2003, e nas que nela se citan). Así, é doutrina xurisprudencial consolidada a que sostén a exoneración de responsabilidade para a Administración, a pesar do carácter obxectivo desta, cando é a conduta da propia persoa prexudicada ou a dunha terceira persoa a única determinante do dano producido. Agora ben, non queda excluída a responsabilidade patrimonial da Administración nos casos en que na produción do evento danoso concorre a intervención da Administración xunto á da vítima ou dunha terceira persoa, recoñecéndose nestes supostos a posibilidade de apreciar unha concorrencia de culpas para mitigar o *quantum* indemnizador (por todas, STS do 28.4.2009, rec. 7836/2004, ou do 17.6.2011, rec. 4881/2007).

Estes principios xerais son de plena aplicación ás reclamacións de responsabilidade patrimonial derivadas das restricións e limitacións impostas pola normativa COVID no exercicio das actividades económicas. Pero, ademais, debemos ter en conta outros que, sen revestir este carácter, si poden resultar de aplicación a outros ámbitos da actuación administrativa.

Dunha parte, a suspensión e as limitacións de actividades revestiron na maior parte dos casos un carácter cautelar. Malia ser é certo que algunhas destas limitacións

subsisten na actualidade, e mesmo existe a posibilidade de que volvan adoptarse nun futuro, a inmensa maioría delas nacen para ser aplicadas nun momento e nun lugar moi concreto e extínguense aos poucos meses e en función da evolución e avaliación da situación sanitaria. Por iso, na análise da casuística convén atender á doutrina xurisprudencial e científica sobre responsabilidade patrimonial derivada da adopción de medidas cautelares<sup>6</sup>.

Por outra banda, tal como aludimos no apartado anterior, varias das disposicións ditadas para facer fronte á crise sanitaria foron anuladas por diferentes instancias dos tribunais de xustiza (Tribunal Constitucional e, na orde contencioso-administrativa, Tribunal Supremo, tribunais superiores de xustiza e mesmo xulgados do contencioso). E por iso resultan plenamente de aplicación tanto as normas como a doutrina xurisprudencial e científica<sup>7</sup> que se ocupan da responsabilidade patrimonial pola anulación de actos e disposicións administrativas.

### 3.2 Forza maior

A forza maior defínese como un elemento exterior que rompe o vínculo causal entre a actuación administrativa e o dano producido, e caracterízase por ser imprevisible, irresistible e alleo á vontade de quen o invoca. En palabras do Tribunal Supremo, *“a forza maior entroncaría coa idea do extraordinario, catastrófico ou desacostumado, mentres que o caso fortuíto faría referencia a aqueles eventos internos, intrínsecos ao funcionamento dos servizos públicos, producidos pola mesma natureza, pola mesma consistencia dos seus elementos, polo seu mesmo desgaste con causa descoñecida, correspondéndolle en todo caso á Administración, tal como reiteradamente sinala o Tribunal Supremo, entre outras e por sintetizar as demais, a do 6 de febreiro de 1996, probar a concorrencia de forza maior, en canto desa forma pode exonerarse da súa responsabilidade patrimonial”* (Sentenza do Tribunal Supremo, rec. 1849/2002, do 13 de xuño de 2005, ECLI:ES:TS:2005:3786, Sentenza do Tribunal Supremo, rec. 309/2006, do 21 de xullo de 2008, ECLI:ES:TS:2008:4054 ou Sentenza do Tribunal Supremo, rec. 2550/2009, do 5 de abril de 2011, ECLI:ES:TS:2011:1715).

A carga da proba da concorrencia de forza maior, para os efectos de desestimar unha reclamación, correspóndelle sempre á Administración reclamada, e que en definitiva o invoca como causa de exoneración de responsabilidade.

A xurisprudencia tivo ocasión de tratar amplamente este concepto, en relación con múltiples materias e eventos<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., “La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 125, 2005, pp. 65-99.

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme”, *Revista de Administración Pública*, n. 205, 2018, pp. 221-237.

<sup>8</sup> Merece especial mención a recompilación xurisprudencial que realizan CONDE ANTEQUERA, J., “La responsabilidad de la Administración por daños derivados de fenómenos naturales: especial referencia al riesgo de inundación”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 45-46, 2015, pp. 67-100, e SÁNCHEZ SÁEZ, A.J., “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por incendios forestales”, *Revista de Administración Pública*, n. 179, 2009, pp. 87-141.



De feito, o propio Tribunal Supremo destacou que, aínda que o concepto de forza maior estea perfectamente definido no plano teórico, a súa concreción é extremadamente casuística (STS do 29 de xuño de 2002, recurso 1729/1998). Así, unha reiterada xurisprudencia recolle o concepto clásico da forza maior como o acontecemento externo que non se puido prever ou que, de terse previsto, fose inevitable, por todas a Sentenza do 16 de febreiro de 1999 (recurso 6361/1994).

Descendendo á materia que nos ocupa, son constitutivos de forza maior os acontecementos imprevisibles, e inevitables en caso de seren previstos, que excedan os riscos propios da empresa, isto é, os derivados da propia natureza dos servizos públicos (STS do 2 de abril de 1985) ou os acaecementos realmente insólitos e estraños ao campo normal das previsións típicas de cada actividade ou servizo, segundo a súa propia natureza (STS do 4 de febreiro de 1983). A Sentenza do Tribunal Supremo do 6 de marzo de 2003 (recurso 9783/1998) sinala claramente os requisitos da forza maior e distíngueos do caso fortuíto: «a) *No caso fortuíto hai indeterminación e interioridade; indeterminación porque a causa produtora do dano é descoñecida; interioridade, ademais, do evento en relación coa organización no seo da cal se produciu o dano, e iso porque está directamente conectado ao funcionamento mesmo da organización. Neste sentido, “evento interno intrínseco, inscrito no funcionamento dos servizos públicos, producido pola mesma natureza, pola mesma consistencia dos seus elementos, con causa descoñecida”.* b) *Na forza maior, en cambio, hai determinación irresistible e exterioridade; indeterminación absolutamente irresistible, en primeiro lugar, é dicir, mesmo no suposto de que puidese ser prevista; exterioridade, en segundo lugar, o que é tanto como dicir que a causa produtora da lesión debe ser allea ao servizo e ao risco que lle é propio».*

Descendendo ao caso que nos ocupa, a Comisión Xurídica Asesora de Madrid pronunciouse con claridade e contundencia, no sentido de considerar a pandemia derivada do COVID-19 como un suposto paradigmático de forza maior. No seu ditame 599/21, do 16 de novembro, sinalou ao respecto o seguinte: “*concorren todos os requisitos para apreciar que a existencia formalmente declarada pola Organización Mundial da Saúde dunha pandemia mundial é causa de forza maior, pois foi imprevisible segundo o estado actual da ciencia; ademais, este feito, mesmo sendo hipoteticamente previsible, foi, non obstante, inevitable e a causa que o motivou é estraña e independente da actuación administrativa. Polo tanto, é aplicable o artigo 34 da LRXSP, que declara como non indemnizables os danos que deriven de feitos ou circunstancias que non se puidesen prever ou evitar segundo o estado dos coñecementos da ciencia ou da técnica existente no momento de produción daqueles. Como sinala o informe técnico do servizo implicado (Viceconsellería de Saúde Pública e Plan COVID-19) e é sobradamente coñecido, trátase dunha enfermidade nova; o 7 de xaneiro de 2020 as autoridades chinesas identificaron o axente causante deste brote, un novo tipo de coronavirus que foi denominado SARS-CoV-2. A Organización Mundial da Saúde declarou o brote do novo coronavirus como unha Emerxencia de Saúde Pública de Importancia Internacional o 30 de xaneiro de 2020 e o 11 de marzo de 2020 cualificou a enfermidade denominada COVID-19 como unha pandemia global. E, sobre o estado da ciencia, baste dicir que as primeiras vacinas autorizadas pola Axencia Europea do Medicamento o foron en decembro de 2020, principiando a vacinación en España o día 26 de decembro de 2020, sen que por outra parte*

*se declarase por parte do Goberno a fin da situación de emerxencia sanitaria. Polo tanto, concluímos que se dan os requisitos para apreciar a existencia de forza maior, imprevisible e irresistible e completamente estraña á Administración. Polo que aquela rompe o nexo causal entre o dano invocado –que non probado– pola empresa reclamante e a actuación administrativa reprochada, exonerando por completo de responsabilidade esta Administración autonómica”.*

Cabe engadir que a apreciación de forza maior exige a Administración do exame do resto dos requisitos necesarios para apreciar responsabilidade patrimonial. Deste xeito, unha vez que chegase á conclusión da existencia de forza maior, a Administración queda automaticamente exonerada con independencia da análise que eventualmente poida facerse sobre aspectos como os danos sufridos, o nexo causal ou a antixuridicidade.

Malia o anterior, a cuestión merece matizacións. Por un lado, e mesmo dando por bo que a pandemia puidese ter sido un suceso imprevisible conforme o estado da ciencia no momento en que se produce, en ocasións os danos reclamados non virán directamente do COVID-19, senón das medidas adoptadas polas administracións públicas para paliar os seus efectos. E estas medidas, por máis que nobres nas súas intencións, poden ter sido erróneas, negligentes ou desproporcionadas. Por outro lado, o estado da ciencia avanzou desde a irrupción da pandemia e non cabe xulgar co mesmo prisma as medidas adoptadas a día de hoxe que as adoptadas en marzo de 2020 co primeiro estado de alarma. Por iso, queda por ver se a xurisdición contencioso-administrativa compartirá nun futuro as opinións expresadas ou ben as modulará en función da variedade casuística que se lle presente.

### **3.3 Lexitimación pasiva e responsabilidade concorrente nas medidas adoptadas para facer fronte á pandemia**

A lexitimación pasiva dunha Administración é un presuposto procesual de admisión dunha reclamación de responsabilidade patrimonial. Deste xeito, se unha Administración non participou na autoría da actuación que produce o dano, non é necesario admitir a trámite a reclamación, nin instruír un procedemento para resolvela en canto ao fondo, senón que procede a súa inadmisión.

Tal como describimos anteriormente (*vid. 2. Distribución competencial*), o complexo sistema de distribución competencial en materia de sanidade pública, e o enxame xurídico constituído pola normativa COVID, suscitou problemáticas en relación con esta cuestión.

O 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, supuxo un cambio respecto ao marco legal ordinario e particularmente unha redistribución de competencias entre as administracións públicas para adoptar medidas de carácter sanitario e epidemiolóxico para a xestión da crise derivada da pandemia, correspondéndolle –en diante– esas competencias á Administración xeral do Estado.

O artigo 4.1 do Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, na súa redacción orixinal, indicaba que, “*para os efectos do estado de alarma, a autoridade competente será o Goberno*”, e o apartado 2 concreta: “*Para o exercicio das funcións a que se fai referencia neste real decreto, baixo a superior dirección do presidente do Goberno, serán autoridades competentes delegadas, nas súas respectivas áreas de responsabilidade: a) A ministra de Defensa, b) O ministro do Interior, c) O ministro de Transportes, Mobilidade e Axenda Urbana e d) O ministro de Sanidade. Así mesmo, nas áreas de responsabilidade que non recaian na competencia dalgún dos ministros indicados nos parágrafos a), b) ou c), será autoridade competente delegada o ministro de Sanidade*”.

En consecuencia, desde o 14 de marzo de 2020, todas as medidas contidas no citado Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, así como nos sucesivos reais decretos polos que se prorroga o estado de alarma inicial e nas ordes ministeriais e instrucións ditadas polas autoridades delegadas, constituíron o marco normativo para xestionar tanto a emerxencia sanitaria provocada pola pandemia como para adoptar medidas socioeconómicas e regular a nova situación xerada a partir desta.

O artigo 5 establecía o deber xeral de colaboración coas autoridades competentes delegadas e o artigo 6 especificaba que cada Administración pública conservará as facultades que lle outorga a lexislación vixente na xestión ordinaria dos seus servizos para adoptar as medidas que considere necesarias, para os efectos do estado de alarma.

Polo tanto, desde o 14 de marzo ata o 20 de xuño de 2020 (ambos inclusive), as comunidades autónomas carecen de lexitimación pasiva nas medidas adoptadas, correspondéndolle única e exclusivamente á Administración xeral do Estado.

No caso de Galicia, a lexitimación pasiva desta Administración autonómica abranguería, por un lado, as medidas adoptadas polas autoridades competentes da comunidade autónoma, nos días previos á declaración do estado de alarma polo Real decreto 463/2020, do 14 de marzo; e, por outra, as adoptadas desde o 21 de xuño 2020 ata que o Goberno declare a fin da crise sanitaria de acordo co disposto no artigo 2 do Real decreto lei 21/2020, do 9 de xuño, de medidas urxentes de prevención, contención e coordinación para facer fronte á crise sanitaria provocada polo COVID-19. En relación con este último período, non se pode falar de corresponsabilidade con outras comunidades autónomas, pois a actuación de cada unha delas circunscríbese ao seu ámbito territorial.

O marco descrito debe completarse cos principios xerais aplicables en materia de responsabilidade concorrente das administracións públicas, e regulados no artigo 33 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público:

*Artigo 33. Responsabilidade concorrente das administracións públicas.*

*1. Cando da xestión dimanante de fórmulas conxuntas de actuación entre varias administracións públicas derive responsabilidade nos termos previstos nesta lei, as administracións intervenientes responderán fronte ao particular, en todo caso, de forma solidaria. O instrumento xurídico regulador da actuación conxunta poderá determinar a distribución da responsabilidade entre as diferentes administracións públicas.*

*2. Noutros supostos de concorrencia de varias administracións na produción do dano, a responsabilidade fixarase para cada Administración atendendo aos criterios de competencia, interese público tutelado e intensidade da intervención. A responsabilidade será solidaria cando non sexa posible esa determinación.*

De acordo con todo o exposto, a primeira conclusión que convén sentar é que nesta materia é certamente difícil aplicar a regra da solidariedade. Toda reclamación deberá concretar a actuación, norma ou restrición que deu lugar aos danos reclamados, e sempre será posible individualizar a Administración que a adoptou, é dicir, se deriva de medidas adoptadas polo Estado, polas comunidades autónomas ou por unha entidade local. Deste xeito, e na medida en que cada actuación de cada Administración é perfectamente individualizable e en todo caso debe circunscribirse ao seu respectivo ámbito competencial, nunca poderán invocarse fórmulas conxuntas de actuación ou a cláusula supletoria da solidariedade.

### **3.4 Dano efectivo, avaliable economicamente, e individualizable en relación cunha persoa ou grupo de persoas**

De conformidade co artigo 32.2 da LRXSP, o dano alegado deberá ser efectivo, avaliable economicamente e individualizado con relación a unha persoa ou grupo de persoas.

Segundo reiterada xurisprudencia, o dano real e efectivo non comprende meras especulacións ou expectativas, e debe afectar a dereitos ou intereses lexítimos.

No que se refire ao lucro cesante, requírese a certeza deste, que se manifesta na realidade da actividade, desenvolvemento e rendibilidade, para que non se cumpran aspiracións, desexos e previsións cuxa materialización non está probada e constitúen unha mera eventualidade. Así, poden citarse as SSTs 20.2.2015, rec. 4427/2012; 9.6.2015, rec. 2722/2013, referindo esta última como:

*“[...] Agora ben, no caso formulado non pode obviarse que a expectativa de ganancia queda mediatizada polo feito mesmo da situación pandémica, de notorio alcance e repercusión na vida social, laboral e empresarial da cidadanía, sen que poida sosterse que, de non se teren imposto as restricións, a afluencia de usuarios a estas instalacións deportivas tería sido similar á doutras tempadas, pois os clientes terían actuado de costas ás recomendacións sanitarias. E non pode tampouco eludirse que se articularon diversas medidas compensatorias e se convocaron axudas directas para estes operadores económicos en atención aos prexuízos derivados das restricións impostas, que veñen contribuindo a mitigar en parte o dano que pretenden sexa resarcido. Mesmo procede advertir que a suspensión temporal da actividade por decisións administrativas non sancionadoras é un risco asegurable, cuxa eventual indemnización debe tamén deducirse do quantum resarcitorio reclamado nesta vía para excluír a dobre indemnidade ou a obtención dun beneficio que exceda o dano patrimonial ocasionado.*

*Nestas condicións, o indicio racional dunhas perdas que, nun contexto de normalidade, se asocia ao ‘decurso normal das cousas’ non é suficiente para acreditar a efectividade do dano polo que aquí se reclama, pois media a evidencia de que concorrían outras circunstancias externas derivadas da complexa situación sanitaria que condicionaban a afluencia a estas instalacións, e o prexuízo foi (ou está a ser) compensado a través doutras vías, singularmente axudas ou subvencións, e eventualmente podería ter sido tamén resarcido por estar asegurado o risco de restrición ou cesamento temporal de actividade. En definitiva, reclámanse unhas ganancias hipotéticas e incertas que non responden a unha cuantificación real e efectiva dos danos padecidos, e todo iso nun escenario extraordinario e anómalo que impide apreciar a efectiva realidade do prexuízo económico (542.938,63 €) polo que se acciona [...]”.*

Derivado do exposto, e precisamente por iso, a xurisprudencia exige unha proba rigorosa do lucro cesante e a súa apreciación de xeito prudente e restritivo. A Sentenza do Tribunal Supremo do 9 de xuño de 2015 (recurso 2722/2013) e as que nela se citan sinalan que:

*“[...] a proba das ganancias deixadas de obter debe ser rigorosa sen que poidan admitirse aquelas que sexan dubidosas e continxentes, o que exclúe os meros ‘soños de ganancias’ como se denominaron na Sentenza do 15 de outubro de 1986, xa que non cabe que a través do concepto de lucro cesante e do dano emerxente se produza un enriquecemento inxusto (STS do 31 de xaneiro de 2008), (STS do 21 de decembro de 2012, recurso de casación 5521/2010). E nesa liña declaramos na nosa Sentenza do 20 de febreiro de 2015 (recurso de casación 4427/2012) ‘a indemnización por lucro cesante, como recordaba a nosa xa afastada Sentenza do 15 de novembro de 2002, exige unha proba rigorosa das garantías deixadas de obter, observándose que a indemnización de lucro cesante, en coherencia con reiterada xurisprudencia da Sala Terceira do Tribunal Supremo, debe apreciarse de modo prudente e restritivo, posto que non é admisible unha mera posibilidade de deixar de obter uns beneficios’. E, no mesmo sentido, a do 22 de febreiro de 2006 (casación 1761/02), na que se di que ‘a indemnización por lucro cesante require demostrar que se produciu de forma inmediata, exclusiva e directa un prexuízo efectivo e susceptible de valoración económica, derivado da perda duns ingresos non meramente continxentes, quedando excluídas de resarcimento as meras expectativas ou ganancias dubidosas ou hipotéticas’ [...]”.*

Ademais, a carga da proba da existencia do dano reclamado e da súa entidade correspóndelle á parte reclamante, como sinalou reiteradamente o Consello Consultivo de Galicia (por todos, CCG 429/2018, a CCG 106/2021 ou máis recentemente CCG 229/2022). Tamén a xurisprudencia se pronunciou no mesmo sentido, aceptando o principio de que a carga da proba da existencia dos danos e perdas e a causal relación co servizo público corresponde á parte reclamante (entre outras, as sentenzas do Tribunal Supremo do 4.11.1997, rec. 3594/1993, do 30.10.1999, rec. 5696/1995, ou do 12.7.2011, rec. 2496/2007). O ditame CCG 317/2022 analiza a proba das perdas

Regap



ESTUDIOS

derivadas da imposibilidade de realizar a actividade empresarial durante a pandemia, formulada por unha cadea de ximnasiaos con distintos puntos en España, un deles na cidade de Vigo. A entidade reclamante achega un informe pericial acreditativo da existencia dun lucro cesante ou dano emerxente. O Consello Consultivo de Galicia pronúnciase do seguinte xeito:

*“[...] do exame do ditame pericial achegado coa reclamación resulta que, para o cálculo do beneficio deixado de obter, ademais de terse en conta todo o período comprendido desde o primeiro estado de alarma ata o 28.2.2021 (sen diferenciación ningunha entre as medidas adoptadas nese período en función da autoridade de procedencia), emprégase unha metodoloxía baseada, en síntese, na extrapolación de datos de exercicios precedentes, sen ter en conta un elemento esencial que, aínda que non se tivesen adoptado as medidas, tería necesariamente incidido na actividade económica da empresa naquel período: a propia crise sanitaria causada polo COVID-19. En efecto, cabe entender que esta crise sanitaria tería producido de por si (e á marxe da adopción de medidas polas autoridades sanitarias) cambios no comportamento social que terían afectado negativamente á actividade económica desenvolvida pola entidade reclamante.*

*Noutro ditame, o Consello Consultivo considera insuficiente a proba ofrecida pola empresa reclamante, xa que a valoración do lucro cesante debería ter en conta aspectos adicionais, “como, por exemplo, se a empresa foi beneficiaria dalgunha das axudas públicas, tanto do Estado como da Comunidade Autónoma galega, para apoiar as actividades económicas afectadas polas restricións, ou a redución dos gastos ordinarios –materiais e de persoal– nos que o establecemento non incorreu durante os citados períodos” (CCG 247/2022).*

Nun sentido parecido pronunciouse tamén o Consello Consultivo de Asturias (28/2022, 29/2022, 40/2022, 41/2022 e 42/2022) en diversos ditames que analizan reclamacións formuladas por empresas dedicadas á xestión de centros ou instalacións deportivas.

Do conxunto dos ditames expostos podemos extraer unha serie de conclusións.

En primeiro termo, a carga da proba, que en todo tipo de reclamacións de responsabilidade patrimonial lle corresponde ao que a fórmula, deberá ser especialmente intensa cando se trata de reclamar lucro cesante ou dano emerxente.

Doutro lado, ten relevancia que a Administración ditase disposicións normativas que lles recoñecesen compensacións aos prexudicados. Non en van, o artigo 33.2 da LXSP exclúe a indemnización de danos que deriven de feitos ou circunstancias que non se puidesen prever ou evitar segundo o estado dos coñecementos da ciencia ou da técnica existentes no momento de produción daqueles, “*todo iso sen prexuízo das prestacións asistenciais ou económicas que as leis poidan establecer para estes casos*”. Deste xeito, calquera prestación asistencial ou económica recibida pode entenderse como un mecanismo de compensación alternativo que debería terse en conta como mínimo para os efectos de minorar tales indemnizacións, do mesmo xeito que unha prestación por invalidez debe terse en conta á hora de recoñecer unha finalización

por responsabilidade patrimonial como consecuencia de negligencia sanitarias (STSX Castela-A Mancha 1593/2017 – ECLI:ES:TSXCLM:2017:1593).

E, en definitiva, calquera dano que non fose acreditado dun modo evidente e notorio, ou que tivese sido compensado indirectamente, quedará reducido ao campo das especulacións e será desestimado.

### 3.5 Nexo causal

Outro dos presupostos esenciais para apreciar a existencia de responsabilidade dunha Administración é a vinculación directa entre a actuación administrativa e o dano producido. Deste xeito, a existencia de elementos que distorsionan, alteran ou menoscaban a imputabilidade directa á Administración da actuación produtora do dano pode eventualmente contribuír á desestimación da reclamación. Este requisito presenta toda unha serie de peculiaridades cando se trata de analizar a súa concorrencia nunha reclamación de responsabilidade patrimonial derivada das limitacións no exercicio de actividades económicas a consecuencia do virus COVID-19.

Por un lado, o ámbito económico máis castigado polos efectos da pandemia é o sector terciario, e dentro deste a actividade de hostalaría, o turismo e o comercio. Fronte a outros sectores como o primario ou o secundario, que recuperaron índices de normalidade moi similares aos prepanadémicos, e que polo seu carácter esencial sufriron un menor nivel de restricións, as actividades de venda polo miúdo de produtos, servizos e mercadorías sufriron consecuencias especialmente gravosas a moi diferentes niveis. Polo tanto, as medidas adoptadas polas administracións públicas non afectaron a todas as actividades por igual, e, de feito, o positivo para algunhas delas puido ser negativo para outras. Polo tanto, non hai un sacrificio idéntico.

Por outra banda, tal como sinalamos anteriormente, polo menos en relación coas medidas adoptadas en marzo de 2020 coa primeira declaración do estado de alarma, nesta materia parece que puideron concorrer causas de forza maior que suporían a ruptura da relación de causalidade entre os danos efectivamente sufridos e a conduta administrativa que eventualmente tivese dado lugar a estes. Pero tamén destacamos que en ocasións os danos reclamados non virán directamente do COVID-19, senón das medidas adoptadas polas administracións públicas para paliar os seus efectos, algunhas das cales puideron ser erróneas, negligentes ou desproporcionadas. Neste caso, hai unha evidente dificultade en materia de carga da proba, e para distinguir que actuacións foron negligentes e en que medida. E, aínda presupondo que fósemos capaces de facer esta distinción con precisión cirúrxica, diso resultaría se unha responsabilidade proporcional na cal a indemnización “*debe ponderarse polo incremento da probabilidade de causar o dano que supuxo a negligencia*”<sup>9</sup>.

Finalmente, e á marxe das consideracións estritamente xurídicas, inflúen no nexo causal tamén outras cun compoñente netamente socioeconómico. O COVID-19

<sup>9</sup> Vid. MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Civitas, Madrid, 2007, e MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Cizur Menor, 2019.

implicou uns cambios de comportamento por parte dos cidadáns nos seus hábitos cotiáns, como por exemplo unha menor interconexión social, a adquisición de bens e produtos por Internet ou a preferencia por espazos ao aire libre. Estas condutas tiveron, teñen na actualidade e seguramente o sigan tendo no futuro, un forte impacto nas actividades de servizos. Así, máis alá dun peche puntual, podemos falar dun novo modelo de negocio en moitos sectores. Estes aspectos inflúen sen dúbida na relación de causalidade entre o dano producido e a súa imputabilidade á Administración. Os cambios de preferencias, dependencias, ou mesmo de modas, son unha constante no sector de servizos e, aínda que eventualmente estas ás que aludimos veñen derivadas dunha crise sanitaria, iso non constitúe un título para imputar a súa responsabilidade á Administración.

### 3.6 Antixuridicidade

De acordo cos principios xerais desta institución, non todo dano, por máis que sexa probado e efectivo, é indemnizable, senón que ademais debe tratarse dun dano antixurídico, o que se traduce na ausencia dun deber legal de soportar ese dano.

No noso ordenamento xurídico, o requisito da antixuridicidade do dano establécese tanto no artigo 32.1 como no artigo 34.4 da LRXSP, de modo que só serán indemnizables as lesións producidas ao particular provenientes de danos que este non teña o deber xurídico de soportar de acordo coa lei. Pero, acto seguido, esta mesma norma establece que non serán indemnizables os danos que deriven de feitos ou circunstancias que non se puidesen prever ou evitar segundo o Estado dos coñecementos da ciencia ou da técnica existentes no momento de produción daqueles, sen prexuízo das prestacións asistenciais ou económicas que as leis poidan establecer para estes casos.

En relación con este requisito, e a súa interpretación xurisprudencial, convén destacar<sup>10</sup> a Sentenza do Tribunal Supremo do 19 de xuño 2018, rec. 2006/2016:

*“[...] se xa con carácter xeral a xurisprudencia deste Tribunal Supremo vén rexei-tando que poida apreciarse a antixuridicidade do dano –presuposto necesario para que conorra a responsabilidade– cando a decisión administrativa, malia que pui-dese ser anulada en vía administrativa ou xurisdicional –que non é o caso de autos, como veremos– non pode apreciarse cando, ao considerar os conceptos xurídicos indeterminados –mesmo as potestades reguladas– se aprecie que a decisión non só é razoable, senón que está razoada –por todas, Sentenza 1999/2017, do 18 de decembro, recurso de casación 1845/2016–; esa falta de antixuridicidade debe ser apreciada con maior rigor cando a actividade administrativa incida na propia saúde pública [...]; porque é indubidable que o risco que subxace nesa actuación*

<sup>10</sup> Na mesma liña, Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 17 de xullo de 2019, recurso 325/2017: “[...] O principio de precaución que debe presidir a actuación administrativa significa que, cando subsisten dúbidas sobre a existencia e alcance de riscos para a saúde pública, a Administración debe adoptar medidas de protección sen ter que esperar a que se demostre plenamente a realidade e gravidade de tales riscos, sempre que os actos non superen os límites do que resulta apropiado e necesario para o logro dos obxectivos lexítimamente perseguidos (principio de proporcionalidade) [...]”.



*comporta a obrigada decisión de adoptar con carácter perentorio as medidas de seguridade en salvagarda do mencionado ben público [...]*”.

A doutrina científica<sup>11</sup> debateu intensamente sobre as circunstancias que deben exixirse para considerar que un determinado dano é antixurídico. García de Enterría e Fernández Rodríguez sinalan que o dano debe terse por antixurídico «na medida en que non existan causas de xustificación que lexitimen como tal o prexuízo de que se trate». García Amado chegou a cualificar este concepto de “caixón de xastre”. Descendendo á materia que nos ocupa, “o mero feito de que algunha das medidas adoptadas para loitar contra esta crise –v. gr. o peche de certos establecementos– que causaran prexuízos sexan declaradas ilegais non basta para que xurda a responsabilidade patrimonial da correspondente Administración. Fai falta, ademais, que a ilegalidade sexa o froito dunha negligencia, da infracción do deber de levar o coidado exixible tendo en conta as –difíciles– circunstancias concorrentes”<sup>12</sup>.

Dalgún xeito, a modulación da antixuridicidade na súa aplicación á responsabilidade patrimonial sanitaria pode estenderse á responsabilidade por danos derivados da suspensión de limitación de actividades económicas a consecuencia da pandemia. En opinión de Doménech Pascual, “nun réxime de responsabilidade obxectiva, a Administración soporta o risco dos danos causados a pesar de actuar co coidado debido –v. gr. ao pechar un establecemento sospeitoso–. Este réxime, en consecuencia, encarecerá a intervención administrativa e, polo tanto, tenderá a reducir o seu volume. Producirá sobre as autoridades competentes unha sorte de efecto inhibitorio, paralizante. Conforme un réxime culpabilístico, pola contra, son as vítimas as que soportan o dito risco, o que encarecerá a actividade que levan a cabo e que pode suscitar a intervención administrativa –v. gr. o funcionamento do establecemento en cuestión–, o que seguramente provocará que aquela actividade se realice en menor medida. Aplicarlles ás potestades administrativas de tutela da saúde pública o canon da responsabilidade obxectiva encerra o risco de que a Administración se inhiba demasiado no exercicio desas potestades e, correlativamente, de que os particulares eleven o nivel de realización de actividades perigosas por enriba do que sería socialmente óptimo. Aplicar a regra contraria xera, certamente, o risco de que a Administración interveña demasiado no libre desenvolvemento desas actividades e de que estas non alcancen o volume que sería desexable, pero estas últimas consecuencias negativas non parecen tan graves como as da solución alternativa”.

Pola súa banda, os órganos consultivos encargados de ditaminar as reclamacións de responsabilidade patrimonial, con carácter unánime, entenderon que as actuacións das administracións públicas nesta materia, polo menos ata a data, non revisten o carácter de antixurídico.

O Consello Consultivo de Galicia analiza os acordos e ordes ditados pola Administración autonómica, poñendo de manifesto que responden a unha situación

<sup>11</sup> A regra da responsabilidade por negligencia parece por iso preferible nestas situacións (para máis detalles, *vid.* DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”, *Revista de Administración Pública*, n. 183, 2010.

<sup>12</sup> *Vid.* MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2005, e RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “La responsabilidad objetiva de la Administración pública y la equidistribución del coste del bien común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 195, 2018, pp. 155-192.

epidemiolóxica que se afronta a través dun seguimento periódico, tendo en conta os datos e o coñecemento dispoñibles sobre a incidencia deste, e os mecanismos de transmisión e eficacia das medidas preventivas adoptadas. Do mesmo xeito, analiza informes médicos e epidemiolóxicos en que se basean as medidas, que vinculan individualizadamente cada tipo de medida restritiva coa situación existente, a actividade económica a que se refire a medida restritiva e os obxectivos perseguidos con esta. Diso extrae a conclusión de que estamos ante medidas motivadas, razoadas e proporcionadas, que responden ao principio de precaución que deben presidir as actuacións en materia de saúde pública (CCG 309/2022, 316/2022, 317/2022, entre outros).

E no mesmo sentido que o noso órgano consultivo autonómico pronunciáronse en asuntos idénticos a Comisión Xurídica Asesora de Madrid nos ditames 599/2021, 8/2022, 11/2022, 27/2022, 29/2022, 41/2022, 44/2022, 56/2022, 60/2022, 63/2022, 64/2022, 67/2022, 75/2022, 78/2022; o Consello Consultivo das Illas Baleares nos seus ditames 43/2022 e 56/2022, e o Consello Consultivo de Asturias nos seus ditames 28/2022, 29/2022, 40/2022, 41/2022 e 42/2022).

En opinión destes órganos consultivos, e facendo abstracción dos supostos analizados –peche de instalacións e actividades de carácter deportivo–, as medidas adoptadas (principalmente, limitación de horario comercial e redución de capacidade) afectaron a practicamente a totalidade dos negocios de servizos e do conxunto da poboación, de modo que deben configurarse tamén como cargas xerais que, afectando a todos os cidadáns, o empresario no exercicio da súa actividade económica tamén tiña o deber legal de soportar. En efecto, os danos deben cualificarse de cargas xerais ou colectivas, coa excepción, por suposto, de que os danos resultantes desas medidas se limitaron unicamente a unha determinada persoa ou persoas, casos en que adquirirían o carácter de cargas individualizadas susceptibles de indemnización. Neste punto, pode citarse a Sentenza do Tribunal Supremo do 21 de decembro de 2012, rec. 43/2012, ou a Sentenza do mesmo tribunal do 30 de novembro de 2015, rec. 3840/2013, que, para a súa claridade, procedemos a reproducir:

*“A distinción entre carga xeral e carga singular non se sustenta na intensidade da afectación e si na afectación de todos os administrados incluídos no ámbito da actividade da Administración, e non outra cousa pode dicirse da Sentenza do 21 de decembro de 2012 (recurso de casación 43/2012), na cal coa mención de danos de natureza especial ou á afectación de xeito especial dos dereitos e intereses legislativos o que se quere dicir, en harmonía con constante xurisprudencia, é que unha carga xeral se caracteriza por afectar a todos os administrados incluídos no ámbito da medida”.*

No mesmo sentido, o Consello de Estado no seu ditame 978/2011, do 21 de xullo, manifestou:

*“Este Consello de Estado tivo xa múltiples ocasións de destacar que pertencen a esa categoría de cargas xerais as consecuencias desfavorables que derivan para os axentes e intervenientes en tales sectores económicos como consecuencia dunha modificación xeral do réxime administrativo específico que estea deseñado para*

*cada un deles (ditames 46.403 a 46.413, do 14 de xuño de 1984; 47.449, do 27 de novembro de 1986; 49.434, do 29 de outubro de 1987; e 51.965 e 51.128, do 22 de xuño de 1989). Deste xeito, o Consello de Estado veu establecendo que unicamente escapan a tal caracterización, e son, polo tanto, danos susceptibles de ser indemnizados, aqueles prexuízos que unha modificación especial do réxime xurídico establecido nos ditos sectores lles imponha dun modo singularizado e especial a algúns axentes, entidades e persoas que interveñan nestes, en función dunha específica condición que neles concorra”.*

En palabras deste órgano consultivo, “*para que unha lesión sexa indemnizable débesele producir ao particular un sacrificio especial, singular, excesivamente gravoso e desigual que non poida ser considerado como unha carga xeral de obrigado acatamento”* (ditame 702/2019, do 26 de setembro). Quizais este aspecto poida dar lugar a certo debate, xa que houbo sectores da actividade económica que polo seu carácter esencial mantiveron a súa actividade en todo momento e outros que, malia sufriren restricións moi ao principio da crise sanitaria, foron puntuais –nunca un peche total– e temporalmente moito máis limitadas que as que afectaron ao sector terciario de servizos.

### 3.7 A anulación xudicial de normas COVID

Tal como sinalamos ao principio da nosa exposición (*vid. 1. Marco normativo COVID-19*), todas as administracións con competencias lexislativas ditaron un amplo elenco de normas para facer fronte á crise sanitaria.

Pois ben, no que se refire estritamente ás medidas adoptadas pola Administración autonómica galega, tiveron sempre un fundamento normativo expreso. No ámbito estatal, a Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública, que lles permite ás autoridades sanitarias das diferentes administracións públicas adoptar no ámbito das súas competencias as medidas previstas nesa norma para as situacións de urxencia ou necesidade; a Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade, que prevé a posibilidade de adoptar medidas preventivas pertinentes cando exista unha sospeita razoable dun risco extraordinario para a saúde pública; a Lei 13/2011, do 14 de outubro, xeral de saúde pública, que permite adoptar medidas sanitarias en situacións de risco para as persoas. No ámbito autonómico, a Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia, que permite entre outras medidas as intervencións públicas sobre actividades públicas e privadas que poidan ter consecuencias para a saúde.

Descendendo ao nivel regulamentario e executivo, os acordos e ordes que conteñen esas medidas de prevención obtiveron validez xurídica unha vez que foron aprobados e publicados, conseguindo firmeza por non seren impugnados en tempo e forma, ou ben, para o caso dos xudicializados, ao seren confirmados pola xurisdición contencioso-administrativa. En efecto, algúns dos acordos e ordes antes citados foron impugnados xudicialmente, pero ningún deles foi obxecto de anulación xudicial. Cabe citar neste sentido as sentenzas do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Contencioso) do 26 de novembro de 2021, rec. 7074/2021, que desestima o

Regap



ESTUDIOS

recurso interposto contra a Orde da Consellería de Sanidade do 26 de xaneiro de 2021, e as sentenzas do 26 de febreiro de 2021, rec. 7276/2020, e 17 de xuño de 2022, rec. 7323/2020, que desestimaron os recursos interpostos contra o acordo do Consello da Xunta do 17 de xullo de 2020.

A este respecto, debe destacarse Sentenza do Tribunal Supremo n. 1112/2021, do 14 setembro (ECLI:ES:TS:2021:3298), que ratifica a medida da exixencia do chamado pasaporte COVID para entrar a establecementos de ocio nocturno e de restauración. Este pronunciamento foi especialmente relevante por dúas razóns. A primeira é que estima o recurso de casación interposto pola Xunta de Galicia contra o Auto do 20 de agosto de 2021 ditado pola Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, manifestando que “*a medida reviste tamén un carácter temporal, segundo ‘os principios científicos, as probas científicas e a información dispoñible en cada momento’*. Como é natural, as medidas deben adecuarse, como sinalamos, á realidade necesariamente cambiante, atendida a evolución da enfermidade e o estado da ciencia en cada momento, debendo mediar a axeitada correspondencia e a necesaria vinculación entre a realidade sobre a que se actúa, a finalidade que se persegue e o medio axeitado para a súa consecución”. A segunda razón da relevancia deste pronunciamento é que moi pouco antes, en concreto por medio de Sentenza do 18 de agosto de 2021 da Sala do Contencioso do Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2021:3260), denegouse a ratificación da medida moi similar imposta pola Xunta de Andalucía, a de limitar o acceso ao interior dos establecementos de lecer e hostalaría con música a quen non acreditase un certificado COVID ou ter realizado nas últimas 72 horas un test de antíxenos ou PCR negativos.

Todo o exposto exclúe a posibilidade de considerar antixurídicos os prexuízos que as medidas adoptadas pola Administración autonómica galega puidesen levar consigo, e que en definitiva ten a súa xustificación na legalidade da actuación administrativa asociada ás extraordinarias circunstancias en que se adoptan.

Non obstante, en sentido inverso, cabe a dúbida lexítima de se concorre responsabilidade patrimonial naqueles casos en que determina a medida, ou a norma a partir da cal se adoptaron determinadas medidas, foi anulada xudicialmente (*vid. 1. Marco normativo COVID*). Xa fixemos referencia con anterioridade á polémica xurdida en relación coa competencia dos concellos para o exercicio da potestade sancionadora en condutas tipificadas por normativa COVID. A este respecto, a anulación dos reais decretos derivados do Estado de alarma supuxo o arquivo de todos os procedementos sancionadores en curso, e a devolución das sancións xa aboadas, e correspondentes a procedementos finalizados. En todo caso, as premisas, requisitos e presupostos da responsabilidade patrimonial pouco ou nada teñen que ver co exercicio da potestade sancionadora.

Xunto aos aspectos xerais descritos anteriormente para todo tipo de reclamación de responsabilidade patrimonial (*vid. 3.1 Consideracións xerais*), unha reclamación polos danos derivados dunha actuación administrativa xudicialmente anulada obriga a traer a colación a doutrina específica existente na materia.

Cómpre partir da previsión contida actualmente no artigo 32.1 da LRXSP (e similar á que se recollía no artigo 142.4 da derogada Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e procedemento administrativo

común), conforme a cal “a anulación en vía administrativa ou pola orde xurisdiccional contencioso-administrativa dos actos ou disposicións administrativas non presupón, por si mesma, dereito á indemnización”. Polo tanto, non hai un efecto causa-consecuencia entre a ilegalidade dun acto administrativo e a responsabilidade patrimonial, e non pode afirmarse que a anulación exclúa a responsabilidade nin tampouco que toda ilegalidade leve de por si responsabilidade. A cuestión ten que situarse no marco do instituto da responsabilidade obxectiva, de sorte que a base do deber de indemnizar radica no dato obxectivo da ilegalidade do prexuízo e non tanto no aspecto subxectivo da actuación antixurídica da Administración, de maneira que as razóns xurídicas que conducen á anulación dun acto non son inexorablemente causa da antixuridicidade do dano.

Na mesma liña, a xurisprudencia en materia de responsabilidade patrimonial da Administración derivada da anulación dun acto pode condensarse nos seguintes parámetros, como recorda, entre outras, a Sentenza do Tribunal Supremo do 14 de novembro de 2016, rec. 3791/2015:

a) A anulación non presupón o dereito a indemnización, o que implica tanto como dicir que esta só procederá cando concorran os requisitos exixidos con carácter xeral.

b) O requisito esencial, e determinante para que poida apreciarse a responsabilidade patrimonial nestes casos, é a antixuridicidade do prexuízo.

c) O exame da antixuridicidade nestes casos non debe facerse desde a perspectiva do xuízo de legalidade do acto anulado, cuza antixuridicidade resulta patente ao ter sido así declarada en vía administrativa ou xudicial.

d) Para determinar se un suxeito está obrigado xuridicamente a soportar o dano causado polo funcionamento dun servizo público, un dos elementos que cómpre tomar en consideración é a natureza mesma da actividade administrativa, pois non é igual se se trata do exercicio de potestades discretionais, nas que a Administración pode optar entre diversas alternativas, indiferentes xuridicamente, sen máis límite que a arbitrariedade que proscribe o artigo 9.3 da Constitución española, que se actúa no exercicio de poderes regulados, nos que non dispón de marxe de apreciación, limitándose a executar os ditados do lexislador. E, neste segundo grupo, haberá que discernir entre aquelas actuacións en que a predefinición esgotadora alcanza todos os elementos da proposición normativa e as que, acudindo á técnica dos conceptos xurídicos indeterminados, impelen a Administración a conseguir no caso concreto a única solución xusta posible mediante a valoración das circunstancias concurrentes. Así, como sinala a Sentenza do Tribunal Supremo do 4 de maio de 2017, rec. 3333/2015:

*“[...] Si existirá esa antixuridicidade do dano cando a Administración, ao exercer potestades administrativas discretionais, se aparta de toda lóxica na apreciación*

Regap



ESTUDIOS

*de tales circunstancias e procede á aplicación da norma de xeito irrazoado e irrazoable, ou mesmo que aplicando potestades reguladas se aparta das exixencias da norma cando, por exemplo, deba apreciar conceptos xurídicos indeterminados, que son apreciados e valorados en igual grao de ausencia de lóxica. En suma, como veu acuñando a xurisprudencia, que a decisión administrativa logo anulada non sexa razoable nin estea razoada (neste sentido, por todas, Sentenza do 9 de decembro de 2015, recurso de casación 1661/2014, con abundante cita) [...]”.*

Pola contra, “se a solución adoptada se produce dentro das marxes do razoable e de forma razoada, o administrado queda compelido a soportar as consecuencias prexudiciais que para o seu patrimonio xurídico derivan da actuación administrativa, desaparecendo así a antixuridicidade da lesión” (Sentenza do Tribunal Supremo do 14 de novembro de 2016, rec. 3791/2015, e as sentenzas citadas nesta). E tamén resulta posible que, ante actos ditados en virtude de facultades absolutamente reguladas, proceda o sacrificio individual, a pesar da súa anulación posterior, porque se exerzan dentro das marxes de razoabilidade<sup>13</sup> que cabe esperar dunha Administración pública chamada a satisfacer os intereses xerais e que, polo tanto, non pode quedar paralizada ante o temor de que, revisadas e anuladas as súas decisións, teña que compensar a persoa afectada con cargo aos orzamentos públicos, en todo caso e con abstracción das circunstancias concorrentes (por todas, sentenzas do Tribunal Supremo do 2 de febreiro de 2012, rec. 462/11, e do 17 de febreiro de 2015, rec. 2335/2012). En definitiva, para apreciar se o detrimento patrimonial que supón para un administrado que o funcionamento dun determinado servizo público resulta antixurídico, cómpre analizar a índole da actividade administrativa e se responde aos parámetros de razoabilidade exixibles. Isto é, se, a pesar da súa anulación, a decisión administrativa leva consigo unha interpretación razoable das normas que aplica, encamiñada a satisfacer os fins para os que se atribuíu a potestade que se exerce. Non caben, pois, declaracións xenéricas ao respecto, debendo examinarse pormenorizadamente as circunstancias que concorran en cada caso concreto.

As medidas restritivas adoptadas polas comunidades autónomas producíronse ben no exercicio das súas competencias tras a expiración o 26 de xuño de 2020 do estado de alarma declarado polo Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, ou ben como autoridades competentes delegadas ao abeiro do disposto no artigo 2.2 e 3 do Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, polo que se declara o estado de alarma para conter a propagación de infeccións provocadas polo SARS-CoV-2.

Respecto a estas últimas –medidas adoptadas polas comunidades autónomas como autoridades competentes delegadas–, a Sentenza do Tribunal Constitucional 183/2021, do 27 de outubro, que declarou a inconstitucionalidade da designación dos presidentes das comunidades autónomas como autoridades con competencia delegada para o exercicio das facultades contidas no Real decreto 926/2020, do

<sup>13</sup> Na Sentenza do Tribunal Supremo do 13 de decembro de 2011 cita a súa Sentenza do 23 de marzo de 2010 (recurso 2181/2008), en que reitera a doutrina referida e conclúe que os danos non eran antixurídicos, xa que a anulación da actuación da Administración non derivaba dunha “conduta desproporcionada, errónea nin improcedente da Administración”.

25 de outubro, no seu fundamento xurídico décimo sinalaba como “a delegación acordada [...] non respondeu ao que é propio dun acto de tal natureza [...], que implica que o delegante, en canto titular e responsable da potestade atribuída, estableza, polo menos, os criterios ou instrucións xerais que deba seguir o delegado, para a aplicación das medidas aprobadas; para o control que teña que exercer durante a súa aplicación; e, por último, para a valoración e revisión final do actuado”. Polo tanto, e de acordo coa mecánica da figura da delegación, o órgano delegante, o Goberno da nación, é o responsable último da facultade atribuída, sendo entón, en principio, responsable dos prexuízos a Administración do Estado á que lle correspondería responder dos danos causados pola comunidade autónoma no exercicio das competencias delegadas.

En todo caso, e como tamén deixou claro o Tribunal Constitucional na base xurídica undécima da citada sentenza, a declaración de inconstitucionalidade destes preceptos do Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, non comporta de pleno dereito a nulidade dos actos adoptados polas comunidades autónomas como autoridades competentes delegadas, debendo ser neste sentido o que establezan, se é o caso, os órganos xurisdiccionais:

*“Esta declaración de inconstitucionalidade non afecta por si soa, de xeito directo, aos actos e disposicións ditados sobre a base de tales regras durante a súa vixencia. Iso sen prexuízo de que tal afectación puidese, chegado o caso, ser apreciada polos órganos xudiciais que estivesen a coñecer ou chegasen aínda a coñecer de pretensións ao respecto, sempre conforme o disposto na lexislación xeral aplicable e o establecido no artigo 4.o. 1 da LOTC”.*

Como xa se sinalou, ningunha das medidas adoptadas pola Comunidade Autónoma de Galicia como autoridade competente delegada foi anulada xudicialmente, como tampouco as medidas adoptadas por ela en virtude das súas propias atribucións. Pero queda por ver o que sucede para aquelas comunidades autónomas, ou mesmo para o Estado, que si viron anuladas xudicialmente determinadas medidas. A día de hoxe aínda non existen pronunciamentos xudiciais que poidan ofrecer a seguridade xurídica necesaria para pronunciarse sobre esta cuestión. Si pode dicirse que de momento a doutrina dos órganos consultivos antes exposta está sendo restritiva de cara ao recoñecemento do dereito a indemnizar, pero os ditames destes órganos non teñen carácter vinculante. En todo caso, a anulación xudicial das medidas é demasiado recente como para ofrecer bases xurídicas sólidas e inquebrantables.

## 4. Conclusións

Estamos nun campo certamente sensible, por razón da súa afectación inequívoca a dereitos fundamentais e liberdades públicas, con dúas materias –a protección da saúde pública e a responsabilidade patrimonial das administracións públicas– de rango constitucional, nas cales a plenitude de garantías é unha obriga escrupulosamente ineludible.

A normativa COVID-19 xerou e vai seguir xerando múltiples polémicas na súa aplicación práctica. Trátase dunha lexislación de urxencia, que xorde dunha situación extraordinaria, e que se dita nun contexto en que non hai unha marxe razoable para realizar a valoración de oportunidade, legalidade, idoneidade e outras unidades que toda norma require. Se o proceso lexislativo ordinario implica meses ou incluso anos de traballo, estudos, análises e trámites, a normativa COVID foi ditada en cuestión de semanas ou mesmo días.

Recentemente, diversas decisións do TC declararon inconstitucionais en maior ou menor medida as normas polas que se declaraban e prorrogaban os estados de alarma (Sentenza 148/2021, do 14 de xullo de 2021; Sentenza 183/2021, do 27 de outubro de 2021). A iso cabe engadir que o Tribunal Supremo, ou mesmo os tribunais superiores de xustiza autonómicos, non validaron determinadas actuacións levadas a cabo polos órganos de goberno das comunidades autónomas. É probable que estas circunstancias afecten ao devir das cuestións tratadas neste artigo e suscitarán novas oportunidades para completar a doutrina do Consello.

A nivel de doutrina de órganos consultivos, e de xurisprudencia, ata o momento presente prevaleceron os pronunciamentos xurídicos que consideraron dentro da marxe do tolerable e razoable as medidas adoptadas, e diso extráese a inequívoca conclusión de que hai un deber de soportalas para os titulares de actividades económicas por tratarse de cargas xerais que afectaron ao común da cidadanía, por máis que a súa aplicación tivese que pormenorizarse segundo o tipo de sector ou actividade de que se trate e as recomendacións individualizadas para este provenientes das autoridades científicas.

Pero non cabe descartar un xiro importante nesta tendencia, aínda que fose simplemente puntual, e reducido a aqueles supostos e actividades que se viron limitados por medidas que posteriormente foron anuladas polos órganos da xurisdición contenciosa-administrativa.

## Bibliografía

- CONDE ANTEQUERA, J., “La responsabilidad de la Administración por daños derivados de fenómenos naturales: especial referencia al riesgo de inundación”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 45-46, 2015.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 125, 2005.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”, *Revista de Administración Pública*, n. 183, 2010.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. En especial, del Derecho de daños”, *Indret*, n. 2, 2019.



- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme”, *Revista de Administración Pública*, n. 205, 2018.
- GARCÍA AMADO, J.A., “Sobre algunos mitos del Derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas”, Herrador Guardia, M.J. (ed.), *Derecho de daños 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Civitas, Madrid, 2017.
- MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2005.
- MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Civitas, Madrid, 2007.
- MEDINA ALCOZ, L., “Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 153, 2012.
- MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Cizur Menor, 2019.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “La responsabilidad objetiva de la Administración pública y la equidistribución del coste del bien común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 195, 2018, pp. 155-192.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A.J., “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por incendios forestales”, *Revista de Administración Pública*, n. 179, 2009.

regap



ESTUDIOS

## Xurisprudencia

### Tribunal Constitucional

STC (pleno) 14/8/2021, do 14 de xullo de 2021. STC (pleno) 183/2021, do 27 de outubro de 2021. STC (pleno) Tribunal Constitucional 70/2022, do 2 de xuño de 2022.

### Tribunal Supremo (sala do contencioso-administrativo)

STS do 14 de setembro de 2021, recurso 1112/2021. STS do 3 de xuño de 2021. STS do 18 de agosto de 2021. STS do 19 de xuño de 2018, recurso 2006/2016. STS do 4 de maio de 2017, recurso 3333/2015. STS do 19 de xuño de 2017, recurso 10231/2003. STS do 14 de novembro de 2016, recurso 3791/2015. STS do 30 de novembro de 2015, recurso 3840/2013. STS do 9 de xuño de 2015, recurso 2722/2013. STS do 17 de febreiro de 2015, recurso 2335/2012. STS do 5 de abril de 2011, recurso 2550/2009. STS do 23 de marzo de 2010, recurso 2181/2008. STS do 21 de xullo de 2008, recurso 309/2006. STS do 13 de xuño de 2005, recurso 1849/2002. STS do 6 de marzo de 2003, recurso 9783/1998. STS do 27 de xullo de 2002 recurso 4012/1998. STS do 29 de xuño de 2002, recurso 1729/1998.

## **Tribunais superiores de xustiza**

STSXG 17 de xuño de 2022, recurso 7323/2020. STSXG do 26 de novembro de 2021, recurso 7074/2021. STSXG do 26 de febreiro de 2021, recurso 7276/2020. STSX Castela-A Mancha do 16 de xuño de 2017, recurso 16/2016.

## **Xulgado do contencioso-administrativo**

Xulgado do Contencioso-Administrativo n. 2 de Vigo, do 15 de abril de 2021, PA 67/2021. Xulgado do Contencioso-Administrativo n. 2 de Santiago do 2 de xuño de 2021, PA 177/2021.

## **Doutrina consultiva**

### **Consello Consultivo de Galicia**

CCG 317/2022; CCG 289/2022; CCG 229/2022; CCG 247/2021; CCG 190/2021; CCG 141/2021; CCG 106/2021; CCG 263/2020; CCG 72/2018; CCG 480/2018; CCG 429/2018; CCG 567/2014.

### **Consello de Estado**

ClE 978/2011, do 21 de xullo. ClE 702/2019, do 26 de setembro.

### **Comisión Xurídica Asesora de Madrid**

CXAM 247/2022; CXAM 599/2021; CXAM 8/2022; CXAM 11/2022; CXAM 27/2022; CXAM 29/2022; CXAM 41/2022; CXAM 44/2022; CXAM 56/2022; CXAM 60/2022; CXAM 63/2022; CXAM 4/2022; CXAM 67/2022; CXAM 75/2022; CXAM 78/2022.

### **Consello Consultivo de Asturias**

CCA 42/2022; CCA 41/2022; CCA 40/2022; CCA 29/2022; CCA 28/2022.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_xullo-decembro 2022 | pp. 73-105  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.5010>  
© Santiago González-Varas Ibáñez  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 08/11/2022 | Aceptado: 29/11/2022

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Responsabilidade patrimonial e COVID

Responsabilidad patrimonial y COVID

Patrimonial liability and COVID

64 Regap

Regap



ESTUDIOS

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

Catedrático de Dereito Administrativo  
Universidade de Alacante

[varas@ua.es](mailto:varas@ua.es)

**Resumo:** Neste traballo estúdase a responsabilidade patrimonial por danos como consecuencia das medidas administrativas impostas durante o COVID-19.

**Palabras clave:** Responsabilidade patrimonial, danos, COVID-19.

**Resumen:** En este traballo se estudia la responsabilidad patrimonial por daños como consecuencia de las medidas administrativas impuestas durante el COVID-19.

**Palabras clave:** Responsabilidad patrimonial, daños, COVID-19.

**Abstract:** This paper studies the patrimonial liability for damages due to administrative measures imposed during COVID-19.

**Key words:** Patrimonial liability, damages, COVID-19.

**SUMARIO:** 1 Ideas preliminares sobre a responsabilidade patrimonial por danos como consecuencia das medidas administrativas impostas durante o COVID-19. 2 Imputación subxectiva do dano causado e relación de causalidade. 3 Danos que o particular non teña o deber de soportar: antixuridicidade do dano. 4 Cuantificación do dano, por referencia ás ditas actividades e ás ditas disposicións.

## 1 Ideas preliminares sobre a responsabilidade patrimonial por danos como consecuencia das medidas administrativas impostas durante o COVID-19

O 11 de marzo de 2020 a Organización Mundial da Saúde decreta “pandemia internacional” pola situación de emerxencia ocasionada polo brote epidémico de COVID-19.

En España, dítase o Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se declara o primeiro estado de alarma para a xestión de situación de crise sanitaria ocasionada polo COVID-19, que duraría desde o mesmo 14 de marzo de 2020 ata o 21 de xuño de 2020, e que impuxo a determinados sectores da actividade económica limitacións, prohibicións e peches que lles xeraron cuantiosas perdas e danos económicos. Medidas restritivas seguiron adoptándose por parte das administracións públicas estatal e autonómica unha vez finalizada a fase de desescalada (o 21 de xuño de 2020) sen solución de continuidade ata a finalización do segundo estado de alarma, o cal foi decretado polo Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, desde o día 9 de novembro de 2020 ata o día 9 de maio de 2021.

Cómpre empezar recordando a Lei orgánica 4/1981, de 1 de xuño, dos estados de alarma, excepción e sitio, que establece no seu artigo 3.2 que quen como consecuencia da aplicación dos actos e disposicións adoptadas durante a vixencia destes estados sufra, de forma directa, ou na súa persoa, dereitos ou bens, danos ou perdas por actos que non lle sexan imputables, terán dereito a ser indemnizados de acordo co disposto nas leis.

O teor desta lei orgánica é claro a prol de recoñecer a responsabilidade administrativa patrimonial cando se producen danos como consecuencia deste tipo de estados de alarma, excepción e sitio. E non cabe dúbida de que se lles produciron danos económicos aos empresarios de todo tipo de sectores que se viron obrigados a peches parciais ou totais da súa actividade como consecuencia do COVID-19 e dos dous estados de alarma decretados para loitar contra a pandemia.

Pola súa parte, o artigo 32.1 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, establece que os particulares terán dereito a ser indemnizados polas administracións públicas correspondentes de toda lesión que sufran en calquera dos seus bens e dereitos, sempre que a lesión sexa consecuencia do funcionamento normal ou anormal dos servizos públicos, salvo nos casos de forza maior ou de danos que o particular teña o deber xurídico de soportar de acordo coa lei.

Por outra banda, non debemos deixar de referirnos nestas liñas iniciais á STC 148/2021, do 14 de xullo (máis adiante ocuparémonos da STC 183/2021). A dita

sentenza declarou a inconstitucionalidade parcial do Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se decretou o primeiro estado de alarma, o que sempre é un elemento a favor da responsabilidade patrimonial, aínda que sen obviar os matices que imos igualmente expor.

Os axuízamentos desta Sentenza 148/2021, ditada no recurso de inconstitucionalidade 2054/2020, interposto fronte ao Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, e as súas prórrogas, fanse co fin de observar a posible inconstitucionalidade das normas impugnadas, concluíndose que a figura do estado de alarma foi mal empregada, xa que, ao implicaren as medidas impugnadas a “suspensión” de certos dereitos fundamentais, se excederon os límites constitucionais do estado de alarma. Isto leva á declaración de inconstitucionalidade dos apartados 1, 3 e 5 do artigo 7 do Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, así como o artigo 10.6 nos termos “modificar”, “ampliar ou” –redacción resultante do RD 465/2020– (que polo tanto resulta contrario ao artigo 38, en relación co artigo 116.2, ambos os dous da Constitución española).

Agora ben, en canto aos efectos da declaración de nulidade da sentenza, o TC declara que desta inconstitucionalidade non pode sacarse proveito para, automaticamente, derivar responsabilidade patrimonial por inconstitucionalidade da norma anulada.

Pero isto non quere dicir que exista –ou deixe de existir– responsabilidade patrimonial, cuestión a determinar, pois, pola xurisdición contencioso-administrativa en virtude do artigo 3.2 da Lei orgánica 4/1981, do 1 de xuño, dos estados de alarma, excepción e sitio (dereito a ser indemnizado, como consecuencia da aplicación dos actos e disposicións adoptadas durante a vixencia dos ditos estados, por sufrir, de forma directa, ou na súa persoa, dereitos ou bens, danos ou perdas por actos que non lle sexan imputables), pero tamén conforme os presupostos xerais da LRXSP 40/2015.

A STC 148/2021 afirmou a proporcionalidade das medidas adoptadas, pero desde o punto da perspectiva constitucional do estado de alarma, sen realizarse –ao meu entender– un xuízo de proporcionalidade rigoroso, serio e fundado das medidas decretadas nun contexto xurídico da responsabilidade patrimonial propiamente dita. Iso é así, entre outros motivos, porque a argumentación do recurso de inconstitucionalidade non se centra nas medidas adoptadas e na súa eventual necesidade, senón na consideración de que algunhas desas medidas, aínda que posiblemente necesarias, suporían unha suspensión de dereitos constitucionais e, polo tanto, excederían o marco permitido pola configuración constitucional do estado de alarma. Ademais, a falta de rigor do Tribunal Constitucional ao comparar coas medidas arbitradas noutros países europeos apréciase –insisto, ao meu entender– cando non se ten en conta que neses países (Bélxica, Francia, Alemaña, etc.) estas medidas de peches de establecementos e limitacións do exercicio da liberdade de empresa viñeron acompañadas de axudas directas a estes sectores, no sentido de aboarles unha alta porcentaxe (ata o 70 ou 75 %) da facturación acreditada mediante o pagamento de impostos no exercicio 2019.

Por outro lado, é claro na miña opinión que, aínda que sexan legais os danos, debe pagarse por tales danos. En último termo, a propia sentenza constitucional fai unha chamada á posible derivación de danos segundo a citada Lei 4/1981.

Regap



ESTUDIOS

Polo tanto, o enfoque da responsabilidade patrimonial polos danos económicos sufridos como consecuencia das medidas adoptadas polas administracións competentes para loitar contra o COVID-19 non pode ser outro máis que o seguinte:

- A responsabilidade patrimonial queda en mans da xurisdición contencioso-administrativa, xurisdición que deberá axuizar os casos sobre a base do artigo 3.2 da Lei orgánica 4/1981, e sobre a base dos presupostos xerais da LRXSP 40/2015.
- Os danos a actividades e establecementos de todo tipo non se producen só como consecuencia de restricións dirixidas expresamente a tales sectores da actividade, senón como consecuencia tamén da restrición de movementos das persoas (artigo 7 do Real decreto axuizado). E, sobre isto último, a inconstitucionalidade foi claramente declarada pola STC 148/2021.
- O que é indubidable é que, á marxe dos reais decretos estatais reguladores do estado de alarma, se sitúa a responsabilidade patrimonial das CC.AA., que entra en escena unha vez que se inicia a desescalada, continuando no segundo decreto de alarma, como veremos a continuación ao estudar o título de imputación subxectiva.

## 2 Imputación subxectiva do dano causado e relación de causalidade

Abordando xa os sobradamente coñecidos elementos ou requisitos definidos xurisprudencialmente para determinar a responsabilidade patrimonial, tratarei, neste apartado, de forma conxunta –pola súa interconexión– a imputación subxectiva do dano causado e a relación de causalidade.

Polo que se refire á «imputación subxectiva do dano causado», cómpre razoar sobre dúas situacións principais:

- Primeiramente, as restricións e ordes de peche, que afectaron directa ou indirectamente ás actividades de calquera sector, ordenadas por disposicións estatais, polo que, neste caso lle imputamos a responsabilidade ao Estado:

Primeiro, o 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 desde o 14 de marzo (e foise prorrogando ata en seis ocasións, sendo a última prórroga a establecida polo Real decreto 555/2020, do 5 de xuño, segundo a cal o estado de alarma durou ata as 00.00 horas do día 21 de xuño de 2020). Na reunión extraordinaria do Consello de Ministros do 17 de marzo de 2020 aprobouse o Real decreto 465/2020, do 17 de marzo, de modificación do primeiro, impondo a limitación de determinados dereitos fundamentais e liberdades públicas, como a liberdade de circulación das persoas (*ex* artigo 17.1 da Constitución), con algunhas excepcións (artigo 7 do Real decreto 463/2020, do 14 de marzo); ou a liberdade de empresa (artigo 38

da Constitución), coa suspensión da apertura no ámbito da actividade comercial, equipamentos culturais, establecementos e actividades recreativos, actividades de hostalaría e restauración, e outras adicionais, ademais da limitación de actividade no ámbito dos transportes de viaxeiros, entre outras (artigos 10 e 14, *ibídem*). Ademais, os dous reais decretos habilitaban as autoridades competentes para adoptar medidas de contención da pandemia en múltiples sectores económicos, sociais e culturais, o que deu lugar a infinidade de ordes ministeriais. Estas actuacións fanse despois de que o 11 de marzo de 2020 a Organización Mundial da Saúde decretase “pandemia internacional” pola situación de emerxencia ocasionada polo brote epidémico de COVID-19.

Segundo, o Acordo do Consello de Ministros do 28 de abril de 2020, do Plan para a desescalada das medidas extraordinarias adoptadas para facer fronte á pandemia de COVID-19, no cal se establecen catro fases ata o 21 de xuño de 2020 para volver á “nova normalidade”, e as diferentes ordes do Ministerio de Sanidade polas que se establecen as restricións de ámbito nacional que serán aplicables durante cada unha das catro fases do Plan para a transición cara a unha nova normalidade. O acordo concibe o levantamento das medidas de contención de modo gradual, asimétrico, coordinado coas comunidades autónomas e adaptable aos cambios de orientación necesarios en función da evolución dos datos epidemiolóxicos e do impacto das medidas adoptadas. O Plan para a desescalada establece unha fase cero ou preliminar e tres fases de desescalada diferenciadas en función das actividades permitidas en cada unha delas, polas que poderán transitar os diferentes territorios en función de diversos parámetros, criterios e indicadores nel considerados, ata chegar á fase III, tras a cal se porá fin ás medidas de contención, pero manterase a vixilancia epidemiolóxica, a capacidade reforzada do sistema sanitario e as medidas de autoprotección da cidadanía.

E, terceiro, o Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, polo que se declara o segundo estado de alarma para conter a propagación de infeccións causadas polo SARS-CoV-2 e que estaría vixente (segundo a Resolución do 29 de outubro de 2020, do Congreso dos Deputados, de autorización da prórroga do estado de alarma declarado polo Real decreto 926/2020, do 25 de outubro –BOE n. 291, do 4 de novembro de 2020–) desde o día 9 de novembro de 2020 ata o día 9 de maio de 2021. Esta norma estatal establece a limitación da liberdade de circulación das persoas en horario nocturno, a limitación da entrada e saída nas comunidades autónomas e cidades con estatuto de autonomía e as limitacións á permanencia de grupos de persoas en espazos públicos e privados.

- Segundo, as restricións que atinxen directamente a cada sector da actividade económica afectado (capacidades, peches totais da actividade, horarios de apertura e peche dos establecementos, prohibición de celebración e actividades en grupo, etc.), así como as restricións nos dereitos de reunión e mobilidade e circulación das persoas, ordenadas por disposicións autonómicas durante a aplicación do Plan de desescalada e ao longo de todo o segundo estado de alarma. Neste caso, débeseles imputar a responsabilidade patrimonial, así mesmo, ás comunidades autónomas en

Regap



ESTUDIOS

virtude das normas restritivas que foron ditando de acordo coas seguintes competencias que ten atribuídas:

En aplicación do parágrafo segundo do artigo 6.1 do Real decreto 555/2020, do 5 de xuño, quen desempeñe a presidencia da comunidade autónoma, en exercicio das súas competencias, poderá establecer a adopción, supresión, modulación e execución de medidas correspondentes á fase 3 do Plan de desescalada.

O Real decreto-lei 21/2020, do 9 de xuño, que entrou en vigor a partir do 21 de xuño de 2020 e que foi ditado coa finalidade de regular a situación denominada de “nova normalidade” tras a finalización das fases de desescalada e a expiración do estado de alarma o 21 de xuño, ademais das competencias que, con carácter xeral, son atribuídas ás administracións autonómicas competentes para asegurar a vixilancia, control e efectividade das medidas específicas nelas contidas, atribuíulles ás administracións autonómicas competencias para implementar as medidas que fosen necesarias en cada ámbito de actividade para garantir as condicións de hixiene e prevención que sexan necesarias para evitar contaxios. Por iso, todas as comunidades autónomas, tras a finalización do estado de alarma o 21 de xuño de 2020, aprobaron sucesivos plans de medidas de prevención e control para facer fronte á crise sanitaria ocasionada pola COVID-19.

O Real decreto 926/2020, de 25 de outubro, polo que se declara o segundo estado de alarma para conter a propagación de infeccións causadas polo SARS-CoV-2 dispuxo que tanto o artigo 5, referido á limitación da liberdade de circulación das persoas en horario nocturno, como o artigo 6, referido á limitación da entrada e saída nas comunidades autónomas e cidades con estatuto de autonomía, e o artigo 7, referido ás limitacións á permanencia de grupos de persoas en espazos públicos e privados, serían eficaces no territorio de cada comunidade autónoma ou cidade con estatuto de autonomía cando a autoridade competente delegada respectiva o determinase, a cal tamén poderá modular, flexibilizar e suspender a aplicación destas medidas. Así, as diferentes CC. AA. ditaron ordes de limitacións á mobilidade nocturna, limitacións da entrada e saída das persoas nas comunidades autónomas (peches perimetrais autonómicos), peches perimetrais provinciais, ordes de limitación de reunións sociais e familiares e número máximo de persoas en lugares de culto, etc.

Ademais, cada comunidade autónoma, na súa condición de autoridade sanitaria, pode adoptar as medidas de prevención necesarias para facer fronte á crise sanitaria, tal como establecen diversas normativas estatais e autonómicas: a Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública; a Lei orgánica 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade; ou a Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública, que lles permiten ás autoridades sanitarias competentes adoptar, en situacións extraordinarias e excepcionais de grave risco para a saúde pública, cantas medidas sexan necesarias para garantir a saúde da poboación. Na lexislación autonómica, nos estatutos de autonomía atribúeselle á comunidade autónoma respectiva, sen prexuízo das facultades reservadas ao Estado, competencia exclusiva das funcións en materias tales como a sanidade e saúde pública, a promoción da saúde en todos os ámbitos, a planificación dos recursos sanitarios públicos (etc.). Neste sentido, as diferentes CC. AA. ditaron ordes de suspensión de apertura ao público



dos grandes establecementos comerciais, de instalacións deportivas convencionais e centros deportivos para a realización de actividades físicas que non sexan ao aire libre, ordes de prohibición de asistencia de público a eventos deportivos que se realicen en instalacións deportivas que non sexan ao aire libre, ordes de suspensión de todas as actividades de restauración, xa sexa en interiores ou en terrazas, ou nos dous, ordes de horario máximo de apertura ata certa hora para todos os establecementos, actividades e servizos regulados, ordes de prohibición de celebración de eventos masivos de calquera índole que impliquen aglomeración ou concentración de persoas durante a Semana Santa, etc.

Os danos impúntanse, polo tanto, a este tipo de disposicións que acaban de mencionarse, na medida exposta. Basicamente, ao Estado en canto autor do RD 463/2020, así como das fases de desescalada e as medidas restritivas que cada fase implica en canto autor do RD 926/2020 (artigo 5, sobre limitación da circulación nocturna; artigo 6, sobre limitación de peches perimetrais; e artigo 7, sobre limitación a reunións). E basicamente ás comunidades autónomas, no sentido igualmente exposto, na medida en que é o seu presidente quen concreta as medidas limitativas de dereitos do RD 926/2020, na medida en que o seu goberno é o que precisou no seu momento que territorios irían avanzando en cada unha das fases de desescalada, así como por ser –na súa calidade de autoridade con competencia exclusiva en materia de sanidade e saúde pública– os autores das limitacións por sectores que afectan de forma especialmente directa ao normal exercicio e desenvolvemento da actividade (número máximo de persoas, horarios de aperturas e peches de restaurantes e hoteis, ordes de peches do sector hostaleiro, etc.).

É relevante empregar respecto das medidas adoptadas polas CC. AA. o mesmo método xurídico-comparado e de proporcionalidade que usou a STC 148/2021 cando o TC examinou se as medidas estatais eran proporcionadas por asemellarse ás doutros países da nosa contorna. Aplicando este mesmo criterio por referencia á responsabilidade patrimonial das CC. AA., trátase de analizar a posibilidade de ter adoptado medidas menos gravosas respecto das actividades e sectores afectados economicamente polas medidas impostas para frear o COVID-19. Sendo posible, ao noso xuízo, adoptar medidas menos restritivas para lograr o mesmo resultado, como corrobora o exemplo da Comunidade de Madrid respecto de sectores como a hostalaría e restauración, cabe pensar que non é entón proporcionada (e, polo tanto, é antixurídica) a actuación máis gravosa de administracións autonómicas con cifras epidemiolóxicas similares ou máis favorables que as de Madrid.

É interesante poñer de manifesto para estes efectos a análise que realiza a xurisprudencia citada do TC sobre o principio de proporcionalidade: “Sobre o principio constitucional de proporcionalidade, e a súa proxección no ámbito de dereitos fundamentais, existe unha moi reiterada doutrina constitucional. Basta agora recordar que o exame xurisdiccional dese principio se articula en tres pasos sucesivos. Deberá apreciar, en primeiro lugar, se a medida axuizada aparece como idónea para a consecución da finalidade lexítima que pretende; se resulta, ademais, necesaria, por non existir outra menos incisiva no dereito fundamental e de eficacia parella; e se, superados estes dous escrutinios, a afectación do dereito se mostra, en fin, como

Regap



ESTUDIOS

razoable, por derivar dela máis beneficios para o interese xeral que prexuízos sobre o dereito en cada caso comprometido [por todas, SSTC 8/2015, do 22 de xaneiro, FX 4; 49/2018, do 10 de maio, FX 7.d); 64/2019, do 9 de maio, FX 5; e 99/2019, do 18 de xullo, FFX 6, 8 e 9]”.

Por outra parte, tras as SSTC 148/2021 e 183/2021 (relativa ao segundo decreto de alarma), producíronse pronunciamentos do TS neste contexto mesmo de que fose preciso un xuízo de necesidade e de proporcionalidade no contexto das medidas adoptadas no COVID-19. Así, por todas, na STS 62/2022, do 26 de xaneiro (recurso de casación n. 1155/2021), insísteuse en que é necesario “comprobar se a Administración xustificou que esas medidas restritivas ou limitativas superan o xuízo de necesidade –non hai outros medios ou non os hai menos agresivos para evitar o contaxio–; idoneidade –son os axeitados e suficientes– e proporcionalidade –isto é, gardan coherencia co risco grave de transmisibilidade–”. Nesta liña, tamén citamos a STSX da Comunidade Valenciana n. 21/2021, do 21 de xaneiro.

Agora ben, en relación co título de imputación subxectiva das CC. AA., cómpre ter en conta que a STC 183/2021, do 27 de outubro de 2021, ditada no recurso de inconstitucionalidade 5342-2020 respecto de diversos preceptos do Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, polo que se declarou o segundo estado de alarma para conter a propagación de infeccións causadas polo SARS-CoV-2; e distintos preceptos do Real decreto 956/2020, do 3 de novembro, polo que se prorrogou o estado de alarma declarado polo Real decreto 926/2020, incide na inconstitucionalidade por vulneración do artigo 116, ao terse descoñecido coa delegación os órganos aos cales a Constitución confía a declaración inicial e a eventual prórroga do estado de alarma (ao Goberno e ao Congreso dos Deputados) e, así mesmo, a posición institucional do Congreso e do Goberno, e ás relacións entre os dous órganos, con ocasión e durante a vixencia dun estado de alarma e da súa prórroga.

Non é desatinado pensar que, sobre a base desta STC 183/2021, as comunidades autónomas seguramente negarán o seu título de imputación no que se refire ao Plan de desescalada do primeiro estado de alarma (aprobado por Acordo do Consello de Ministros do 28 de abril de 2020) e ao período comprendido entre o 25 de outubro de 2020 e o 9 de maio de 2021, é dicir, durante a vixencia do segundo estado de alarma declarado mediante o Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, ao non seren as medidas adoptadas xeradoras de responsabilidade para a Administración autonómica, porque deberon ser adoptadas polo Goberno da nación e, de feito, dedúcese da sentenza que en efecto as medidas son as establecidas no propio Real decreto 926/2020 (artigos 5 a 8 esencialmente), sen prexuízo da “habilitación” aos presidentes autonómicos para a súa concreción no seu ámbito territorial. E, en tal sentido, é máis que probable as comunidades autónomas afirmen que ha de ser á Administración do Estado, e non á autonómica, á que se deba referir a posible concorrencia da responsabilidade patrimonial reclamada no que concirne ao Plan de desescalada e ao período de vixencia do segundo estado de alarma, entendendo que só lle poderían ser imputables, se é o caso, ás comunidades autónomas os danos causados polas medidas impostas entre o 21 de xuño de 2020 e o 25 de outubro de 2020 (período comprendido entre a finalización da desescalada e a declaración do segundo estado de alarma).

Citamos neste contexto o artigo 33.1 e 2 da LRXSP 40/2015. «Responsabilidade concorrente das administracións públicas». O tribunal xulgador poderá confirmar a regra de solidariedade, salvo que observe posible a repartición de porcentaxes de culpa, de cada Administración. Todo iso en ausencia de “fórmulas conxuntas de actuación entre” as dúas “administracións públicas”.

Explícase así que na práctica o determinante moitas veces pase a ser a determinación da Administración responsable, cando entran en xogo posibles criterios de imputación subxectiva do dano causado<sup>1</sup>. Para imputarlle a responsabilidade a unha ou outra Administración, a regra xeral distribúe a responsabilidade segundo os criterios de competencia, interese tutelado e intensidade da actuación<sup>2</sup>.

Cando aplicando eses criterios non sexa posible determinar a responsabilidade de cada unha das administracións, acódesse á regra da solidariedade<sup>3</sup>. Pode citarse a STS do 22 de novembro de 2018 (RX 2018, 5127) (recurso 3719/2017) que lle reconece o dereito a ser indemnizado a un particular, por vinculacións singulares derivadas dunha catalogación por planeamento urbanístico. En canto a que Administración é responsable, na medida en que na aprobación do plan participaron o municipio e a comunidade autónoma, afírmase en parte a regra de solidariedade e en parte se entra a determinar a imputación concreta da Administración responsable (o concello): “Neste caso, tanto a Administración autonómica como o concello participaron na elaboración e aprobación do planeamento urbanístico, cuxas determinacións son causa das aludidas vinculacións singulares e das consecuentes limitacións do aproveitamento urbanístico, de xeito que ambas poderían ser condenadas a pagarlle a indemnización ao propietario, gravado con elas, en forma solidaria, pero entendemos que resulta diferenciábel ou distinguíbel a vinculación consistente na catalogación do inmovible, que xa viña disposta no planeamento anterior e ten un carácter regrado, da que deriva o destino da parcela a gasoleira, de modo que naquela catalogación a participación, de acordo coas competencias exercidas e co interese público tutelado, debe considerarse conxunta e, por tanto, solidaria a responsabilidade do concello e da Administración da comunidade autónoma, mentres que na outra limitación, causada pola asignación da parcela ao uso de estación de servizo de combustible, ao non estar ante unha decisión regrada nin concernido un interese supramunicipal, a intervención do concello foi a determinante, segundo acertadamente o aduciu a Administración da comunidade autónoma na súa contestación á demanda, de maneira que é aquel quen deberá pagarlle a indemnización ao propietario por tal concepto”. «Partindo do dato de que os plans urbanísticos son aprobados normalmente por dúas administracións distintas (municipio e comunidade autónoma), a regra xeral é a de establecer a responsabilidade concorrente das dúas, mediante o criterio da solidariedade».

<sup>1</sup> STSX de Cataluña do 27 de xaneiro de 2006, pola que se condena un concello polos danos ocasionados a un particular pola rotura dunha tubaxe; STSX de Andalucía, Granada, do 10 de novembro de 2003; STSX de Madrid do 8 de novembro de 2004; STS do 26 de xullo de 2001.

<sup>2</sup> STS do 10 de maio de 2012 [RX 2012, 8224,], casación 5342/2009.

<sup>3</sup> STS do 3 de marzo de 2009 [RX 2009, 1302,], casación 9070/2004.

En virtude da exposición que acaba de facerse (sobre a que incidiremos e afondaremos *infra*), a relación de causalidade parece clara desde o momento en que estamos ante un suposto en que os poderes públicos directamente decretan medidas que non ocultan a finalidade de menor afluencia, ou mesmo peche, de diversas actividades empresariais. As medidas non ignoran o prexuízo que se lles causa aos ditos sectores concretos da economía, máis ben iso asúmese, singularizadamente, en beneficio da comunidade.

Trátase dun prexuízo consciente. Non por iso, obviamente, as medidas se ditaron para causar un dano, pero ese dano cáusase con toda consciencia ou intención, para salvagardar bens da colectividade. Trátase precisamente de peches ou restricións de carácter deliberado, porque se entende que esta é a forma de evitar que se siga propagando o virus. Estamos, pois, ante o típico caso da salvagarda dun fin público á custa dun administrado. Non estamos ante un caso en que haxa que interpretar se o dano se lle imputa ao poder público. Neste plano o suposto que nos ocupa é máis sinxelo. Polo momento, estamos aludindo antes a outra perspectiva, relativa aos danos causados polas disposicións directamente destinadas a certos sectores da actividade económica, para evitar que aflúan persoas, polos motivos coñecidos de previr contaxios.

Sen entrar en se esas medidas eran ou non necesarias ou proporcionadas (malia a doutrina e xurisprudencia que recollemos sobre a base da cal pode considerarse que as medidas impostas foron desproporcionadas e inoportunas), o feito é que, dunha ou outra forma, os poderes públicos provocaron un dano consciente, pensando na salvagarda do ben común e a saúde pública de todos, á custa de certos sectores concretos da actividade.

A causalidade prodúcese no relativo ás disposicións que se viñeron ditando, ben do peche directo de establecementos e prohibicións de actividades, ben mediante restricións xerais en dereitos dos cidadáns a consecuencia dos cales foi a menor ou nula afluencia de clientes. Acaso outros presupostos da responsabilidade poidan ser máis discutibles, pero a causalidade resulta clara, xa que os actos se dirixen directamente ao peche total ou parcial do establecemento en cuestión, ou á prohibición total ou parcial da actividade en cuestión.

Malia esta claridade, porque as medidas provocan directamente o dano, alúdese seguidamente á doutrina sobre causalidade, ademais diso, ou para o debido fundamento de calquera pretensión indemnizatoria.

Pode citarse a STS do 27 de outubro de 1998 (recurso de apelación n. 7269/1992), xa que centra as exixencias de causalidade e fai recaer a carga da proba na Administración (sobre a existencia de forza maior). Afirmar que o exame da relación de causalidade inherente a todo caso de responsabilidade extracontractual debe tomar en consideración que:

*“a) Entre as diversas concepcións conforme as cales a causalidade pode concibirse, impónense aquelas que explican o dano pola concorrencia obxectiva de factores cuxa inexistencia, en hipótese, tería evitado aquel.*

b) *Non son admisibles, en consecuencia, outras perspectivas tendentes a asociar o nexo de causalidade co factor eficiente, preponderante, socialmente axeitado ou exclusivo para producir o resultado danoso, posto que válidas como son noutros terreos irían neste en contra do carácter obxectivo da responsabilidade patrimonial das administracións públicas.*

c) *A consideración de feitos que poidan determinar a ruptura do nexo de causalidade, pola súa vez, debe reservarse para aqueles que comportan forza maior, única circunstancia admitida pola lei con efecto excluínte, aos cales importa engadir a intencionalidade da vítima na produción ou o padecemento do dano, ou a gravísima negligencia desta, sempre que estas circunstancias fosen determinantes da existencia da lesión e da conseguinte obriga de soportala.*

d) *Finalmente, o carácter obxectivo da responsabilidade impón que a proba da concorrencia de acontecementos de forza maior ou circunstancias demostrativas da existencia de dolo ou negligencia da vítima sexa suficiente para considerar roto o nexo de causalidade corresponda á Administración, pois non sería obxectiva aquela responsabilidade que exixise demostrar que a Administración que causou o dano procedeu con negligencia, nin aquela cuxo recoñecemento estivese condicionado a probar que quen padeceu o prexuízo actuou con prudencia”.*

Así mesmo, podemos basearnos na STSX da Comunidade Valenciana do 20 de outubro de 2009 para extraer doutrinas de interese co debido referendo. Primeiramente, esta sentenza recoñece que, unha vez que se acreditase e recoñecese o feito danoso, o concepto de relación causal se resiste a ser definido aprioristicamente con carácter xeral, suposto que calquera acaecemento lesivo se presenta normalmente non xa como o efecto dunha soa causa, senón máis ben como o resultado dun complexo de feitos e condicións que poden ser autónomos entre si ou dependentes uns doutros, dotados sen dúbida, na súa individualidade, en maior ou menor medida, de certo poder causal.

Apunta a resolución citada en último lugar que, das solucións brindadas pola doutrina a teoría da condición ou da equivalencia das causas que durante tanto tempo predominou no dereito penal, segundo a cal é causa do dano toda circunstancia que, de non ter transcorrido, tería dado lugar a outro resultado, está hoxe sensiblemente abandonada. *A doutrina administrativista inclínase máis pola tese da causalidade axeitada, que consiste en determinar se a concorrencia do dano era de esperar na esfera do curso normal dos acontecementos ou se, pola contra, queda fóra deste posible cálculo, de tal forma que só no primeiro caso o resultado se corresponde coa actuación que o orixinou, é adecuado a esta, se atopa en relación causal con ela e serve como fundamento do deber de indemnizar. Esta causa axeitada ou causa eficiente exige un presuposto, unha *conditio sine qua non*, isto é, un acto ou un feito sen o cal é inconcibible que outro feito ou evento se considere consecuencia ou efecto do primeiro. Agora ben, esta condición, por si soa, non basta para definir a causalidade axeitada. Por outro lado, “non só non é mester demostrar para exixir aquela responsabilidade*

Regap



ESTUDIOS

que os titulares ou xestores da actividade administrativa que xerou un dano actuaron con dolo ou culpa, senón que nin sequera é necesario probar que o servizo público se desenvolveu de xeito anómalo, pois os preceptos constitucionais e legais que compoñen o réxime xurídico aplicable estenden a obriga de indemnizar aos casos de funcionamento normal dos servizos públicos”.

Ao meu entender, a situación que se produciu co COVID-19 non ten nada que ver coa forza maior, xa que se trata de disposicións administrativas que directamente dispoñen o peche de establecementos e a prohibición de actividades, ou que directamente lles impoñen restricións ás persoas que non poden acudir a eses establecementos e non poden exercer esas actividades. A relación de causalidade resulta desde o momento en que, igual que sucede con calquera outra medida expropiatoria, o poder público se ve na necesidade ou conveniencia de sacrificar un particular en beneficio da xeneralidade. Non parece ser preciso sequera entrar na relación entre caso fortuíto e forza maior, xa que no caso que nos ocupa o dano non se causou fortuitamente, senón con toda intención, para a salvagarda de bens xurídicos esenciais da poboación.

Sen negar, por suposto, a existencia deses motivos e indicadores epidemiolóxicos, non cabe dúbida de que as restricións e as medidas impostas polas administracións se fixeron coa intención de reducir a afluencia de persoas a certos establecementos e a certas actividades, xa que é o fin que se pretendía, esencia mesma dunha idea de causalidade.

Polo tanto, sacrifícanse certos sectores concretos en beneficio da xeneralidade. O quid é que, para beneficiar ou salvar a colectividade, se repercute contra eses establecementos e actividades concretas (como pode ser a restauración e hostalaría, os hoteis, as actividades de entretemento, cultura e ocio, actividades deportivas, etc.).

A lóxica expropiatoria parece evidente. Tampouco se trata, neste caso, de discutir necesariamente se as disposicións administrativas se fixeron ben ou mal. Trátase de que, independentemente mesmo de tal circunstancia, se singularizou o dano, a prol do ben común, esencia mesma da expropiación ou da responsabilidade patrimonial. A disposición administrativa provoca o efecto pretendido por esta, é dicir, unha menor afluencia de persoas para previr contaxios, igual que en calquera outra expropiación. Pode non ser censurable o fin expropiatorio se non se elude a necesidade de indemnizar.

Este caso, na miña opinión, relaciónase esencialmente coa expropiación forzosa e a súa concepción material, debéndose indemnizar os prexuízos singulares polas medidas adoptadas polos poderes públicos, como peches de establecementos ou requisas ou similares, en beneficio de todos. O contrario, é dicir, deixar sen garantía o prexudicado, sería pretender que, á custa do beneficio de todos, se pode prexudicar a un, sen indemnizalo, lóxica que nunca se deu no noso dereito administrativo, polo menos desde a Lei de expropiación forzosa de 1954.

É importante, pois, recordar sentenzas sobre casos en que, mesmo sendo legais as ordes decretadas, de peche de establecementos, cómpre indemnizar os particulares polos danos causados. Exprésao, por todas, con toda claridade a STS do 16 de xullo de 2003 (rec. 1556/2000), onde se xustifica a orde do Estado, pero, como se “xustifica” para a salvagarda dos intereses colectivos, debe indemnizarse o sacrificado:

*“(...) Impugnan o Acordo do Consello de Ministros do 6 de outubro do 2000, ditado no procedemento administrativo 227/1999, no que se discutía a procedencia de condenar a Administración do Estado a indemnizar os recorrentes titulares dun determinado negocio en Xibraltar, polos danos e perdas que se lles causou como consecuencia do peche do posto aduaneiro e policial situado en La Línea de la Concepción acordado polo Goberno en 6 de xuño de 1969.*

*(...)*

*b) Os reclamantes son cidadáns españois que tiñan residencia en La Línea de la Concepción, e eran propietarios do negocio denominado ENDEREZOooo, establecido en Xibraltar, en ENDEREZOoo1 NUMooo (...).*

*c) O Acordo do Consello de Ministros do 6 de xuño de 1969, de peche da fronteira con Xibraltar a partir das 24 horas do día 8 seguinte, determinou a imposibilidade para os interesados de acceder ao negocio e poder atendelo.*

*(...)*

*O Goberno, en desenvolvemento lexítimo das funcións que ten encomendadas en materia de política exterior (art. 97 CE), adoptou unha medida de carácter discrecional que, pola súa propia natureza, non resultaba fiscalizable xurisdiccionalmente, pero iso non é obstáculo a que poida dar lugar á responsabilidade patrimonial do Estado, pois precisamente o artigo 4o da Lei de réxime xurídico, precedente do artigo 106.2 da Constitución, establece o «dereito dos particulares para ser indemnizados de toda lesión que sufran en calquera dos seus bens e dereitos, salvo nos casos de forza maior, sempre que a lesión sexa consecuencia [...] da adopción de medidas non fiscalizables na vía contenciosa», de onde devén procedente a indemnización solicitada, tendo en conta que se produciu o efecto danoso, individual e efectivo, para o reclamante como consecuencia da medida governamental adoptada, determinante da brusca interrupción das actividades empresariais que aquel desenvolvía, e cuxo efecto non tiña a obriga de soportar o actor porque o peche da fronteira foi decretado en favor dos intereses nacionais”.*

Outra sentenza de recoñecemento de responsabilidade patrimonial polo peche dun establecemento por razóns de interese público é a STSX de Castela-A Mancha 289/2006, do 19 de xuño de 2006, pola que se decretou o peche dun establecemento por motivos de realización dunha feira. A medida poderá ser axeitada, pero hai que pagar polos prexuízos singulares producidos polo peche<sup>4</sup>.

Por motivos sanitarios, outra sentenza importante é a STS do 29 de novembro de 2001, rec. 9891/1997, en que se indemniza unha industria por un peche que o tribunal considera “lícito” pero que non ten por que ser soportado por aquela, como

<sup>4</sup> “Sométese ao control xudicial da sala o acto presunto por silencio administrativo negativo da petición deducida por don Donato ante o Concello de Albacete, solicitando que, con motivo da Feira de Albacete do ano 2002, non se producise o peche das instalacións de venda de combustible; ou, se é o caso, sexa indemnizado por lucro cesante por importe de 506.372 ptas.”

consecuencia dunha epidemia de traballadores, polo tempo que estivo pechado ese establecemento:

*“O Goberno (...) adoptou o acordo, en consideración da existencia de riscos actuais, inminentes e extraordinarios para a saúde dos traballadores, de suspender totalmente durante a vixencia deste (6 meses, que posteriormente se prorrogaron ata a data) a actividade da empresa recorrente, entre outras, todo iso como consecuencia da aparición, no mes de abril de 1992, dun brote epidémico na área de saúde de Alcoi, no que se realizaran exames clínicos a 200 traballadores e extraballadores das 9 empresas do sector da aerografía téxtil na Comunidade Valenciana, e se atopara un factor común en todos os casos detectados. No momento de adoptar o acordo, 59 persoas foran declaradas en casos confirmados de enfermidade pulmonar intersticial por exposición a tóxicos de ambiente laboral, e 5 delas faleceran a causa desta enfermidade. Que, anteriormente, e en concreto o 28 e 29 de xullo xa se paralizaran as actividades en diferentes empresas do sector. Que, como recoñece a Administración demandada, as prórrogas da suspensión e prohibición da estampaxe téxtil, por aerografía no ámbito territorial da Comunidade Valenciana, se deben a que ata a data e malia as investigacións levadas a cabo non se puido determinar con exactitude o axente ou axentes causantes das graves alteracións na saúde dos traballadores. Razón que xustifica, para a Administración, prorrogar as medidas relativas á suspensión e prohibición da actividade de estampaxe téxtil por aerografía co fin de conseguir a debida salvagarda da saúde dos traballadores. A sentenza de instancia, igualmente, dá por probado que a empresa AEROMAN cumprira con todas as exixencias administrativas, mediante a achega do proxecto técnico, a licenza municipal e demais exixencias establecidas polo Regulamento do 30 de novembro de 1961, así como as exixencias da lexislación de seguridade e hixiene no traballo. Ademais, maniféstase, paralizado o traballo o 21 de xuño de 1992, por parte da Inspección de Traballo, para que se instale e funcione axeitadamente un sistema de aspiración localizada, obras que a actora di ter realizado en agosto, antes de que a Generalitat Valenciana decretase o peche da empresa. Sobre estas premisas, a sala, despois de examinar os artigos, 106.2 da Constitución e 139 da Lei 30/92 e 121 e 122 da Lei de expropiación forzosa, relativos á responsabilidade patrimonial das administracións públicas, e valorando a medida adoptada á luz do establecido no artigo 43 da Constitución, nos artigos 4 e 19 do Estatuto dos traballadores e no artigo 26 da Lei xeral de sanidade, do 14 de abril de 1986, que permite, ante a existencia dun risco inminente e extraordinario para a saúde, que as autoridades adopten as medidas preventivas que estimen pertinentes, entre as que se inclúen a suspensión do exercicio de actividades, peches de empresas ou as súas instalacións, considera, con todo, que o exercicio desa potestade debe indemnizar os prexuízos que con iso se causan, ao tratarse dunha actividade da Administración lícita pero danosa e que non debe ser soportada por quen tiña a súa industria aberta con todas as formalidades exixidas pola normativa vixente. Non admitindo a tese de que os danos non son indemnizables ao derivaren dunha medida sanitaria de carácter obrigatorio para todo o sector, obriga que, a xuízo da*



*Administración, ten a recorrente que soportar. Como precedentes xurisprudenciais, cítase a Sentenza do 12 de decembro de 1991, por sacrificio de animais enfermos destinados á alimentación; do 29 de novembro de 1978, dereitos de mariscadores e pescadores.*

*(...) Considerábase, acertadamente por parte do tribunal de instancia, que as consecuencias dos danos e perdas ocasionados polo exercicio dunha potestade administrativa lícita pero danosa non deben ser soportadas por quen tiña a súa industria aberta con todas as formalidades exixidas pola normativa vixente, máxime cando a Administración, segundo as súas propias manifestacións, non puido acreditar a causa ou causas das graves alteracións da saúde dos traballadores. Todo iso xustifica que non nos atopemos ante un suposto de forza maior, como raza a recorrente, única hipótese que xustificaría a exención de responsabilidade da Administración. Todo iso implica a necesaria desestimación do único motivo do recurso, logo da declaración da conformidade da sentenza impugnada co ordenamento xurídico.*

*QUINTO.- A xurisprudencia desta sala, en Sentenza do 24 de outubro de 2000, recorda, con cita das do 26 de febreiro e 2 de abril de 1985, que, para apreciar a responsabilidade obxectiva, non se require outro requisito que a relación de causalidade entre o acto e o dano, prescindindo en absoluto da licitude ou ilicitude da actuación da Administración autora do dano, sempre que a actuación lícita ou ilícita da Administración se produza dentro das súas funcións propias. Como complemento a esta doutrina, a Sentenza do 24 de outubro de 2001 recorda que a única circunstancia exonerante da responsabilidade da Administración é a presenza de forza maior, suposto que non concorre neste caso”.*

A lóxica é a do sacrificio especial á custa da satisfacción da xeneralidade<sup>5</sup>.

Así mesmo, debe indemnizarse polo peche dun establecemento que cause indirectamente a Administración, así cando o peche (e, polo tanto, os danos) se producen como consecuencia de non atender solicitudes dos particulares ou polo peche inexorable do establecemento<sup>6</sup>.

Malia que a indemnización neste caso do COVID-19 segue unha lóxica expropiatoria, independentemente de se a Administración actuou mesmo ben ou mal, considerouse que a Administración distou dunha actitude correcta: así, o profesor Diego Gómez sitúa o caso do peche dos establecementos de restauración en 60 municipios de Galicia (con excepción do servizo a domicilio) mediante a Orde do 4 de novembro de 2020 da Consellería de Sanidade galega como exemplo de “carencia absoluta de motivación e de arbitrariedade”<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> STS do 23 de marzo de 2009, rec. 10236/2004.

<sup>6</sup> STSX de Castela e León, Burgos, do 28 de novembro de 2011, rec. 70/2011.

<sup>7</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, D., “Medidas sanitarias autonómicas dictadas por delegación en el estado de alarma: ¿Discrecionales o arbitrarias?”, *Almacén de Derecho*, novembro de 2020.

É obvio que, se o dano se produce por funcionamento anormal, erro da Administración, actuación ilegal, anulación, etc., a imputación é entón máis clara de cara a indemnizar polos danos causados.

Afondando nos presupostos da relación de causalidade, tampouco podemos afirmar que houbera ruptura do nexa causal (comportamento da vítima). No material, impútaselle o dano á Administración, sen que poida no caso que nos ocupa producirse *a ruptura do nexa causal*.

Por outro lado, na responsabilidade da Administración pública non é estraño, senón típico, que (como acontece así mesmo neste caso) o suposto «se resista a ser definido aprioristicamente, con carácter xeral, posto que calquera acaecemento lesivo se presenta normalmente non xa como o efecto dunha soa causa, senón como o resultado dun complexo de feitos e condicións que poden ser autónomos entre si ou dependentes doutros» (STS do 28 de novembro de 1998; STS do 4 de maio de 1999).

Afirma G. Doménech Pascual<sup>8</sup>, catedrático de Dereito Administrativo na Universidade de Valencia, que, aínda que a aparición do COVID-19 puidese encaixar en principio en forza maior, “non cremos que a concorrencia de forza maior permita excluír totalmente a posibilidade de que as administracións públicas respondan patrimonialmente polos danos sufridos polos cidadáns no marco desta crise. Os prexuízos provocados por esta pandemia seguramente eran inevitables ata certo punto, pero as administracións públicas españolas, coas súas accións e omisións, puideron agravalos ou mitigalos”.

En efecto, este é o quid: nun contexto en que a propia normativa estatal propicia a proposta indemnizatoria, sobrevén unha normativa autonómica que incide máis nesa liña. Afondando no prexuízo posiblemente xa singularizado (no contexto do artigo 10 do Real decreto 463/2020), intensifícase o dito efecto e descóbrese unha face do asunto puramente indemnizatoria ou compensatoria. É, precisamente, a intensificación ou singularización do prexuízo, feito pola normativa autonómica respecto da estatal, o que leva á identificación máis nítida dos presupostos propios da responsabilidade patrimonial, do sacrificio singular ou especial dun para beneficio de todos. O carácter indemnizable asociado á disposición autonómica obsérvase en especial ante o feito desa reiteración, afondamento, intensificación na liña aberta polo Estado, por parte da continuidade do sacrificio, de por si xa especial, por parte da comunidade autónoma. A necesidade de indemnizar revélase máis urxente.

O mesmo profesor Doménech Pascual<sup>9</sup> considera este tipo de requisas temporais ou medidas de peches ou suspensións (...) de actividades empresariais (por referencia á hostalaría) encaixables dentro da Lei de expropiación forzosa, en conexión cos artigos 8 e 13 do Real decreto 463/2020, como “medidas individualizadas” indemnizables e non “delimitacións” de dereitos (non indemnizables).

<sup>8</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87 (Exemplar dedicado a: Coronavirus e outros problemas), 2020, pp. 102-109.

<sup>9</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., “Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, 2012.

Afirma Doménech Pascual que a clave está en se o exercicio do dereito que resulta sacrificado pola Administración é intolerablemente perigoso ou nocivo para a sociedade ou se, pola contra, se trata dunha actividade socialmente desexable que convén estimular. No primeiro caso, aínda que lle causan un dano á persoa, non hai indemnización, mentres que no segundo caso as medidas ocasionan deliberadamente un sacrificio a persoas cuxa actividade non está menoscabando nin perturbando ningún ben xurídico e, máis ben ao contrario, o exercicio do dereito que se sacrifica en favor do interese público resulta lícito e beneficioso.

De aí que nestes casos haxa que indemnizar os suxeitos aos que se lles impoñen estes sacrificios especiais xa que a indemnización representa un incentivo económico para que leven a cabo actividades socialmente valiosas.

Por iso, medidas tales como o peche de establecementos e a prohibición de actividades teñen que ser consideradas indemnizables; e apóiase o profesor Doménech Pascual en que este é o criterio que subxace a varios preceptos legais, como por exemplo o apartado segundo do artigo 3 da LOEAES 4/1981 e o apartado 2 do artigo 54 da Lei 33/2011, xeral de saúde pública, así como o artigo 3 do vello Regulamento de servizos das corporacións locais de 1955, onde se afirma que “1. A intervención defensiva da orde, en calquera dos seus aspectos, se exercerá fronte aos suxeitos que o perturbaren. 2. Excepcionalmente e cando por non existir outro medio de manter ou restaurar a orde tivese que dirixirse a intervención fronte a quen lexitimamente exercese os seus dereitos, procederá a xusta indemnización”.

Pola súa banda, o profesor Blanquer (catedrático da Universidade de Castelló) considera as diferenzas entre o caso dos peches da hostalaría e, por exemplo, o caso das delimitacións de dereitos en caso de medidas sanitarias fronte ao tabaquismo previstas na Lei 28/2005, do 26 de decembro, sen xerar responsabilidade patrimonial. O caso asemellaríase (segundo o profesor Blanquer) ao suposto da lexislación de caza, por exemplo, en virtude da Lei 2/1989, do 6 de xuño, de caza do Principado de Asturias, artigo 38.1.b, onde se indemniza o gandeiro ou agricultor polos danos causados polos lobos, ante a prohibición xeral de caza prevista na Lei 42/2007 (STS do 2 de decembro de 2019, rec. 141/2019), mentres que non poderían solicitar unha indemnización as persoas que non poden gozar da caza.

É altamente significativo como, no caso das medidas adoptadas para loitar contra o COVID-19, o poder público chegou a un nivel de despreocupación tal, que mesmo omitiu unha posible regulación das compensacións polos prexuízos que tan directamente está a causar, obviando solucións xurídicas clásicas que, cando menos, se deberían ter proposto no contexto dos danos á hostalaría e restauración.

Referímonos á indemnización, polo menos parcial, que establece a lexislación clásica de sanidade animal, solución que certa doutrina cualificou, pola súa natureza xurídica, como “subvención forzada”, sendo expresiva pero atinada tal denominación, visto o asunto desde esta perspectiva que combina a responsabilidade patrimonial coa ausencia de axudas, solución que ademais é a que impera noutros países, como Bélxica ou Alemaña, no marco da crise sanitaria do COVID-19. É dicir, uns baremos indemnizatorios de ata onde chega a parte de responsabilidade pública en vez de omitir todo debate. Unha vez que o prexuízo é directo, non pode omitirse este debate.

O profesor Blanquer<sup>10</sup> fíxase, en efecto, no exemplo do artigo 19 da Lei de epizootias do 20 de decembro de 1952, polo que se lles atribúe aos gandeiros o dereito subxectivo a obter unha indemnización parcial polo sacrificio dos animais contaxiados: “cando se dispoña o sacrificio de animais atacados por enfermidades infectocontaxiosas, indemnizarase o seu dono conforme as normas regulamentarias ditadas para iso. Non terán dereito a estas indemnizacións os propietarios que non desen parte da existencia da enfermidade ou veñen infrinxindo as disposicións legais”.

E engade o artigo 21 da Lei 8/2003, do 24 de abril, de sanidade animal, cando afirma que “o sacrificio obrigatorio dos animais e, se é o caso, a destrución dos medios de produción que se consideren contaminados dará lugar á correspondente indemnización pola autoridade competente en función dos baremos aprobados oficialmente e na forma e condicións establecidos regulamentariamente. Serán indemnizables os animais que morran por causa directa tras telos sometido a tratamentos ou manipulacións preventivos ou con fins de diagnóstico ou en xeral os que morresen no contexto das medidas de prevención ou loita contra unha enfermidade como consecuencia da execución de actuacións impostas pola autoridade competente”.

Trátase de casos de indemnización parcial ou repartición de cargas. Segundo David Blanquer<sup>11</sup>, este tipo de disposicións teñen a natureza xurídica dunha “subvención pública obrigada”. Trátase dunha axuda monetaria fundada en razóns de solidariedade que, por suposto, non distorsiona a competencia.

Ao meu entender, no caso do COVID-19 o dano é imputable ás administracións estatal e autonómica, máxime cando non se preocuparon de ditar normativa onde se puidesen modular as responsabilidades administrativas presupóndose a responsabilidade patrimonial; todo isto redunda na responsabilidade patrimonial.

Agora ben, outro exemplo ofréceo a Lei 17/2015, do 9 de xullo, do sistema de protección civil, no contexto de emerxencias e catástrofes orixinadas por causas naturais ou derivadas da acción humana, cando prevé no seu artigo 73 a suspensión temporal de actividades empresariais, os prexuízos en bens e servizos, tendo os afectados dereito a ser indemnizados de acordo co disposto nas leis.

Unha referencia recente é a STC 85/2019, do 19 de xuño, onde ao abordar o asunto da indemnización dos danos ocasionados a aqueles individuos que sufriron prisión provisional e que, posteriormente, resultaron absoltos, no seu FX 5 (“finalidade do artigo 294 LOPX: compensación do sacrificio especial a prol do interese xeral”) razoou, como fundamento da compensación prevista no artigo 294 LOPX, baixo a idea do “sacrificio instrumental da liberdade”, imposto lexitimamente a un individuo para protexer o interese xeral, en particular “a conxuración de certos riscos relevantes para o desenvolvemento normal do proceso, para a execución da decisión ou, en xeral, para a sociedade” (FX 5)<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 100.

<sup>11</sup> BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, cit., p. 108.

<sup>12</sup> Neste sentido, a sentenza declarou que “nun Estado social e democrático de dereito, como o que configura a nosa Constitución, a liberdade persoal non é só un valor superior do ordenamento xurídico (art. 1.1 CE), senón ademais un dereito

O legislador dispuxo de liberdade para establecer os supostos tanto do artigo 3.2 da Lei orgánica 4/1981, do 1 de xuño, como do artigo 294.1 da LOPX, entre outros, que podían dar lugar ao dereito de resarcimento polos prexuízos derivados ben dos estados de alarma, excepción e sitio ou ben daqueles ocasionados a consecuencia da prisión provisional cando esta é seguida de absolución. A doutrina sinalou outros preceptos que recoñecen o carácter indemnizable de sacrificios que se lles imponen aos cidadáns para evitar males maiores. Por exemplo, o Regulamento de servizos das corporacións locais de 1955, no seu artigo 3, co fin de asegurar o mantemento da orde pública; ou para evitar a propagación de incendios, como regula o artigo 3.2 do RD lexislativo 1/2006, da Comunidade Autónoma de Madrid; ou ben os danos que pode causar a policía en persoas distintas do delinciente, indemnizables de acordo co artigo 7.2 da Lei orgánica 40/2015, do 1 de outubro. Xustifícase o sacrificio polo beneficio social obtido, igual que sucede coa expropiación forzosa. De feito, cando se analiza o artigo 3.2 da Lei orgánica 4/1981,ponse de exemplo a indemnización polo prexuízo causado polas expropiacións que se realizasen con tal motivo<sup>13</sup>.

Polo tanto, por concluír este apartado (cuxos argumentos poden solaparse cos da antixuridicidade que seguen), é importante (no caso que nos ocupa) citar a Lei de expropiación forzosa do 16 de decembro de 1954 (vixente, como sabemos), onde se define no seu artigo 1 a expropiación como calquera forma de privación singular da propiedade privada ou de dereitos ou intereses patrimoniais lexítimos, calquera que fosen as persoas ou entidades a que pertencen, acordada imperativamente, xa implique venda, permuta, arrendamento, ocupación temporal ou mera cesación do seu exercicio, así como o artigo 120 da mesma lei, onde se dispón que o particular terá dereito a indemnización de acordo coas normas sobre danos de ocupación temporal de inmobles e xusto prezo dos mobles<sup>14</sup>.

O razoado ata o momento explica a imputación dos danos que invocamos ás administracións autonómica e estatal, segundo se explicou, á luz da normativa dunha e outra autoría.

Xunto a esta formulación que viñemos realizando, nos manuais de referencia sobre a responsabilidade por danos en caso do COVID-19, difundíuse outra proposta, relativa a se, máis alá dunha imputación no sentido exposto, pode afirmarse unha falta de precaución suficiente na adopción das medidas para previr ou corrixir a epidemia, co cal a imputación resultaría, como é evidente, especialmente reforzada.

Todos fomos observando a realidade da xestión administrativa estatal e as críticas por omisión ou acción no tratamento desta pandemia. Non poucas voces de xuristas de peso entenden que, ademais do feito obxectivo do peche de establecementos e prohibición de actividades ou da restrición no seu acceso e uso (como feito obxectivo),

---

fundamental (art. 17 CE), cuxa transcendencia estriba precisamente en ser presuposto doutras liberdades e dereitos fundamentais" (FX 5).

<sup>13</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., "Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19", cit., pp. 102 a 109.

<sup>14</sup> Outras fontes son JORDANO FRAGA, J., *La reparación de los daños catastróficos (catástrofes naturales, Administración y Derecho público: responsabilidad seguro y solidaridad)*, Marcial Pons, Madrid, 2000; GALLARDO CASTILLO, M.J., *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, COLEX. Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2021.

se produciu mesmo unha falta de precaución debida, no sentido xurídico da expresión. Pola nosa parte, seleccionaremos títulos de imputación de danos ao uso, sen prexuízo de observar a evolución desta segunda problemática.

Pode seleccionarse o traballo de J. Rodríguez-Arana<sup>15</sup> despois de ir esmiuzando as distintas normas ditadas polos poderes públicos, a nivel internacional e nacional, onde non se dubida en poñer de manifesto a responsabilidade patrimonial da Administración no caso que nos ocupa:

*“(…) Desde a perspectiva das medidas preventivas a que alude o artigo 43 constitucional, convén ter presente que a revisión dos diferentes contratos de subministración realizados pola Dirección do Instituto Nacional de Xestión Sanitaria (INXESA) –como exemplo o de hisopos para toma de mostras. Expediente: Covid26, BOE 30 de abril de 2020–, son evidencia de imprevisión e atraso na toma de decisións para adquirir material que, de forma previsible, sería necesario antes de que fose demasiado tarde para evitar o resultado da súa falta de subministración. Estamos, pois, ante un exemplo de mala administración e de conculcación do 43 constitucional, pois era previsible o que había que facer desde a perspectiva da prevención, polo menos desde xaneiro de 2020, e non se fixo”*

Neste sentido, debemos recordar que xa con ocasión da gripe A, o 12 de maio de 2009, o Ministerio de Traballo declarara que as máscaras eran medio apropiado para previr o contaxio.

O 20 de maio de 2020, dous meses despois da declaración da pandemia, o Goberno decretou a obriga e necesidade de usar a máscara, como medio de protección. Segundo o voceiro do Goberno nesta materia –mediante comparecencia ante o logo «Goberno de España» coas bandeiras oficiais no estrado–, «Non pedimos máscaras porque había escaseza». Máis que «culpa con previsión», deberíamos en boa técnica xurídica formular o «dolo eventual» ante a previsibilidade –e a aceptación– da produción do dano.

Igualmente, en relación con outros recursos esenciais como os respiradores, que xa demostraran a súa eficacia para a xestión da gripe A. E o mesmo cos equipos de protección individual, hisopos, *test* e fármacos que xa se prevían para unha primeira asistencia sanitaria do que tivese contraído o virus.

Desde, polo menos, finais do mes de xaneiro, a Administración sanitaria debía ter informado a poboación dos riscos e medios de prevención da enfermidade e do seu contaxio, tomar todas as medidas posibles para conter, controlar e atrasar a súa propagación, e adquirir con suficiente antelación as subministracións necesarias de material e equipamento, inventariable ou non, para atender a súa asistencia sanitaria en todos os niveis asistenciais.

Pola contra, con data do 31 de xaneiro de 2020, chegouse a afirmar tamén mediante comparecencia ante o logo «Goberno de España» por parte do responsable

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ ARANA, J., “La responsabilidad patrimonial del Estado por las medidas adoptadas en estado de alarma declarado para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Consideraciones generales del caso español”, *Actualidad Administrativa*, n. 10, Sección Actualidad, outubro 2021.

da Administración sanitaria do Estado neste ámbito que «España non vai ter, como moito, máis alá dalgún caso diagnosticado».

Concretamente o diario ABC, na referida noticia, sinala que Fernando Simón, coordinador de Emerxencias de Sanidade, dixo hoxe que «España non vai ter, como moito, máis alá dalgún caso diagnosticado» e que esperan que «non haxa transmisión local e nese caso sería moi limitada e moi controlada». En rolda de prensa, Simón explicou tamén que «agora mesmo se investigan 5 en La Gomera e 1 caso en Castela-A Mancha» e que en canto estean os resultados se informará publicamente os medios. Neste sentido, indicou que xa se descartaron 11 casos no noso país que «foron negativos». Igualmente, Simón destacou que, «coa información que temos agora mesmo, hai indicios de que esta enfermidade segue sen ser excesivamente transmisible», apuntou. «Polo tanto parece, segundo o *número de casos diagnosticados día a día, que a epidemia comeza a remitir*», concluíu.

É dicir, nin sequera o Goberno adoptou medidas de saúde pública, consideradas na Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública, e na normativa aplicable, como veremos a continuación.

Polo tanto, debemos concluír que, con anterioridade á declaración da OMS do 11 de marzo de 2020, o Goberno tiña ou debía ter elementos de coñecemento e de xuízo para saber que no territorio nacional se estaba a producir unha crise sanitaria, en concreto a pandemia ocasionada polo COVID-19.

Noutras palabras, a mala administración, a pésima xestión da crise sanitaria desde que se tivo coñecemento da magnitude do problema ata a declaración de alarma do 14 de marzo é proverbial. Estudárase, non nos cabe dúbida, nos manuais de boa administración pública, como exemplo precisamente de mala administración, de Administración que serve subxectivamente os intereses do poder político do momento.

Á vista de tales elementos de coñecemento e de xuízo, é obvio, máxime de acordo coa esencial función preventiva da política sanitaria segundo o artigo 43 constitucional, que o Goberno tiña, antes da declaración de estado de alarma, a competencia, a obriga xurídica de actuar para previr a saúde da poboación, e non o fixo nos termos que cabería esperar dada a magnitude da crise sanitaria en presenza. Antes ao contrario, minimizou a pandemia, autorizando determinados actos multitudinarios no mes de marzo a pesar de contar coa información reproducida anteriormente.

No caso do COVID-19, é coñecido que houbo un atraso na toma de decisións, que mesmo permitiu a celebración de manifestacións masivas o 8 de marzo de 2020 que causou un aumento exponencial do número de contaxios e, polo tanto, iso afectou á gravosidade das medidas que se tiveron que adoptar e que non serían tan graves e daniñas para os sectores económicos de se teren tomado antes, tendo en conta que o risco era coñecido, pois coñecía-se a situación de China e de Italia. Neste sentido, debemos recordar que en decembro de 2021 se coñeceu pola prensa que o 15 de febreiro de 2020, como xa a pandemia azoutaba fortemente Italia, o Ministerio de Traballo convocou un equipo que elaborou e o 4 de marzo presentou ao Goberno unha guía sobre o xeito en que as empresas debían abordar o coronavirus, para que empezasen a despregar medidas para tal efecto. Pero a ministra de Traballo foi cualificada de

alarmista e acusada de invadir competencias do Ministerio de Sanidade polo Goberno que, mediante un comunicado, desautorizou a citada guía: “As indicacións sobre a evolución do coronavirus e as medidas a tomar en España están coordinadas polo Ministerio de Sanidade en coordinación total entre as distintas administracións do Estado”.

O catedrático D. Blanquer Criado<sup>16</sup> afirma que non hai causa de forza maior se a Administración é negligente e vulnera o principio de precaución porque non se anticipa un risco coñecido e previsible. Engade que en todo caso pesa sobre a Administración a carga de demostrar a efectiva concorrencia dunha causa de forza maior que desprace a súa responsabilidade patrimonial (p. 480). Orixínase responsabilidade patrimonial se existe negligencia para xestionar correctamente unha emerxencia.

Polo tanto, en relación co COVID-19, pode afirmarse que a pasividade ou tardanza ou o mal funcionamento da Administración incrementa o risco de que algunhas persoas se vexan afectadas, e entón prodúcese responsabilidade patrimonial, citándose a Sentenza do 24 de decembro de 2001 (recurso de casación 1178/1996), pero en xeral toda a xurisprudencia relativa á imputación de danos mediante a *culpa in vigilando* ou por omisións administrativas. Tamén, ao seu xuízo, se lle imputa o dano á Administración en caso de incremento dun risco xeral máis alá dun risco socialmente tolerado.

Outra posición, favorable ao damnificado, é a da catedrática da Universidade de Castela-A Mancha Eva Nieto. Para iso baséase en que estamos ante un suposto de responsabilidade patrimonial de configuración legal (STC 85/2019), o que “explica que non se exclúan os danos provocados en supostos de forza maior, como pola contra sucede cos danos indemnizables *ex* artigo 106.2 da Constitución española. Cómpre lembrar que xa existe algún pronunciamento xudicial que declarou que a pandemia non é un suposto de forza maior (v. a Sentenza n. 60/2020, do 3 de xuño de 2020, do Xulgado do Social Único de Teruel, FX 4. 3.º)”.

Pola súa banda, afirma G. Doménech Pascual<sup>17</sup> que, aínda que a aparición do COVID-19 puidese encaixar en principio en forza maior, “non cremos que a concorrencia de forza maior permita excluír totalmente a posibilidade de que as administracións públicas respondan patrimonialmente polos danos sufridos polos cidadáns no marco desta crise. Os prexuízos provocados por esta pandemia seguramente eran inevitables ata certo punto, pero as administracións públicas españolas, coas súas accións e omisións, puideron agravalos ou mitígalos”.

Segue razoando o profesor Doménech que a exclusión de responsabilidade que implica a forza maior non alcanza os danos que se podían ter evitado ou mitigado se se tivesen tomado as medidas debidas de precaución.

O propio artigo 8 do Decreto 463/2020 menciona as requisas ou o artigo 10 sobre a prohibición de actividades empresariais (como as hostaleiras), afirmando o citado profesor Doménech que, aínda que este real decreto garde silencio ao respecto,

<sup>16</sup> BLANQUER CRIADO, D. (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 429.

<sup>17</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del Covid-19”; cit.



parece obvio que algunhas desas medidas deben vir acompañadas da correspondente indemnización, por teren natureza expropiatoria.

Cítase por esta doutrina que, nun plano xurisprudencial, a Sentenza da Audiencia Nacional do 15 de abril de 2013 pola que se resolve o recurso de apelación 108/2012 afirmou que non procedía responsabilidade patrimonial por entender que a situación a provocaron os controladores e non a Administración; pero no caso que nos ocupa as decisións de pechar empresas ou de impedir que acudan clientes aos locais de restauración tomounas o poder público e non os hostaleiros e restauradores ou o virus.

A STS do 31 de maio de 1999 define a forza maior como os casos en que “hai determinación irresistible e exterioridade”, por contraposición ao caso fortuíto en que “hai indeterminación e interioridade; indeterminación porque a causa produtora do dano é descoñecida (ou por dicilo con palabras da doutrina francesa: «falta de servizo que se ignora»); interioridade, ademais, do evento en relación coa organización no seo da cal se produciu o dano, e iso porque está directamente conectado ao funcionamento mesmo da organización”.

E, acabando coas reflexións do catedrático de dereito administrativo citado<sup>18</sup> como imputación do dano por inactividade ou omisión, estamos ante un exemplo de vulneración do principio de boa administración. E finalmente éntrase a analizar os presupostos da responsabilidade patrimonial e conclúese que concorre esta, descartando a forza maior ao mediar culpa ou negligencia, sen prexuízo, ademais, da responsabilidade así mesmo pola vía da responsabilidade do Estado lexislador.

Á luz destes presupostos, pódese invocar ademais diso o criterio de imputación en caso de inactividade. No caso da Administración estatal, polo exposto, podería ser pertinente invocar esta imputación por inactividade ou actividade con atraso sendo coñecedora da grave situación sanitaria con anterioridade a marzo de 2020, na medida en que a Administración estatal, no exercicio das súas competencias, omitiu o cumprimento de medidas que servisen para paliar ou minimizar esta pandemia e, polo tanto, para evitar ter que repercutir mediante medidas tan drásticas como o peche dos locais de restauración ou restricións na liberdade das persoas que finalmente provocaron os danos patrimoniais a esta empresa. En definitiva, todos os prexuízos e as posibles medidas (mesmo autonómicas) proceden do feito de que o Estado, ou ben causa o dano por sacrificio especial, ou ben non realizou mesmo as funcións que tivo que realizar. Este título de imputación por omisión é necesario neste contexto, porque a orixe das imputacións de danos pode situarse neste feito, levando a non desconsiderar, senón todo o contrario, en consecuencia, a responsabilidade no marco da posible concorrencia de culpas en función das conclusións a que se chegue en cada procedemento xudicial de responsabilidade de danos.

Como doutrina de imputación de danos por omisión, pode citarse a Sentenza do Tribunal Supremo do 16 de setembro de 2004, cando non dúbida en responsabilizar a Administración por todos e cada un dos prexuízos ocasionados no particular, como consecuencia *da non aprobación dun plan*, ante a publicación da Lei 6/1992,

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ ARANA, J., “La responsabilidad patrimonial del Estado por las medidas adoptadas en estado de alarma declarada para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Consideraciones generales del caso español”, cit.

que declaraba Reserva Natural as Marismas de Santoña e de Noja, suspendendo as actividades na zona e supeditando as medidas resarcitorias ou compensatorias á aprobación dun Plan de Ordenación dos Recursos Naturais que «ata a data, que saibamos, non foi elaborado nin publicado». A continuación a sentenza, no parágrafo seguinte, afirma de xeito contundente que «os prexuízos, sen dúbida neste caso foron causados por omisión, por falta de actividade, ao non terse aprobado o plan que resolvería a cuestión exposta, entendendo que o particular non ten o deber xurídico de soportar os danos derivados desa inactividade que constitúe título suficiente, a xuízo da sala, para xustificar a imputación do dano á Administración, e iso con base no principio de seguridade xurídica, implícito no de confianza lexítima, polo que, apreciando a existencia do dano e o nexo causal, entende que a Administración do Estado, como única comparecente nas actuacións, debe aboar, conforme as bases que se determinan no fundamento de dereito oitavo, os danos derivados da suspensión dos traballos cuxa determinación e contía difire ao trámite de execución de sentenza».

Estes supostos rematan rozando cos casos de culpa *in vigilando* ou cos de perda de oportunidade lexítima, ou de imputación por atraso. Neste sentido, a STSX 326/2016 de Galicia do 20 de abril de 2016 (a Lei 5386/2016, recurso 7655/2012) condena o Concello de R. a indemnizar con máis de 200.000 euros os propietarios das bateas dun polígono de mexillón na ría de Arousa, polos danos e perdas ocasionados polas verteduras de augas fecais. Comprobouse unha mingua do 33% dos ingresos dos produtores de mexillón ante a imposibilidade de vender o produto pesqueiro para o seu consumo en fresco, derivada das augas fecais por incumprir as súas obrigas o concello.

O mesmo ocorre coa imputación por atraso, no contexto da posible imputación do dano á Administración estatal.

Na Sentenza da Audiencia Nacional do 15 de abril de 2004 declárase a indemnización por danos e perdas por demora da actuación da Administración na iniciación dos trámites para dar cumprimento a unha orde ministerial relativa a un expediente de inutilidade física.

Na STSX de Cataluña do 30 de abril de 2003 obrígase a Administración a indemnizar polos danos sufridos por contaxio de enfermidade no gando, por atraso da Administración en adoptar as medidas normativas para previr e erradicar a enfermidade (igualmente, STSX de Cataluña do 11 de novembro de 2003 ou STSX de Cataluña do 30 de maio de 2003).

Ou teñen que indemnizarse todos os danos ocasionados polo atraso no outorgamento dunha subvención (STSX de Andalucía do 23 de xullo de 2001).

Tal como declara a STSX de Cataluña do 14 de setembro de 2000, deben indemnizarse os danos causados polo atraso da Administración na determinación do centro para impartir ensino teórico de contrato de aprendizaxe que impediu a súa realización.

Igualmente, impútaselle o dano á Administración (tal como afirma a Sentenza da Audiencia Nacional do 29 de marzo de 2000) causado como consecuencia do atraso na execución da resolución dunha sentenza onde se lle recoñece ao actor a adxudicación do mando ao que concursara. O atraso non supón causa de exoneración de responsabilidade (STS do 27 de xaneiro de 1999), senón todo o contrario. Outro exemplo é o da

Sentenza do TSX do País Vasco do 24 de febreiro de 2000, onde se declara o dereito a ser indemnizado por atraso producido en nomeamento da actora, despois de que se declarase o seu dereito a ser nomeada e a obriga de cesamento doutra persoa que non posuía a titulación debida para o cargo, indemnizándose os salarios deixados de percibir, a retribución por antigüidade, o dano moral e mais os xuros legais.

A indemnización debe servir para a reparación integral do prexuízo causado. Así mesmo, concédese o dereito a ser indemnizado polos danos ocasionados por un *abandono* por parte do Estado da execución dun planeamento (STS do 30 de xuño de 1998).

Nesta liña, a STS do 7 de marzo de 1995 identifica un atraso, primeiro, na concesión pola Administración da cédula de cualificación definitiva das vivendas como de protección oficial, sen que haxa xustificación para a demora, debéndose indemnizar polos danos causados.

O mesmo podemos dicir respecto das lesións patrimoniais de futuro acaecemento (Sentenza do TSX da Ríoxa do 23 de marzo de 2001) SEMPRE QUE ESTAS SEXAN DE «ANTICIPADA CERTEZA DO SEU ACAECIMENTO NO TEMPO», tal como pon de manifesto a STSX da Ríoxa do 23 de marzo de 2001.

Na medida en que se produza unha intervención administrativa (característica esta cando unha determinada actividade se asume como servizo público), estaremos propiciando a posibilidade dunha responsabilidade patrimonial administrativa. Así é como se consegue responsabilizar a Administración ante, por exemplo, un defectuoso funcionamento dos servizos de auga e de gas.

Así pois, a Administración pode actuar como «factor coadxuvante ao resultado» (STS do 28 de novembro de 1998).

Outras veces esta interpretación vese reforzada con apoio na *culpa in vigilando* e con posible apoio tamén na omisión da debida eficiencia con que debeu actuar a Administración (STS do 28 de xaneiro de 1993, relativa a un caso de falecemento por accidente nun velódromo municipal con culpa da propia vítima pero con responsabilidade en parte do concello por non ter tomado «medidas verdadeiramente eficaces para ter impedido o acceso ás instalacións»; así mesmo, STS do 18 de abril de 2007 [RX 2007, 3684,] recurso 1152/2003).

Neste sentido, o exame da relación de causalidade (entre o dano e a inactividade da Administración na prevención de situacións de risco) debe dirixirse a dilucidar, como se sinala na Sentenza da Sala Terceira do Tribunal Supremo do 7 de outubro de 1997 «(...) se, dentro das pautas de funcionamento da actividade de servizo público ao seu cargo, se inclúe a *actuación necesaria para evitar o menoscabo*». E achégase na propia sentenza o seguinte criterio: «(...) Para sentar unha conclusión en cada caso hai que atender non só ao contido das obrigas explícita ou implicitamente impostas á Administración competente polas normas reguladoras do servizo, *senón tamén a unha valoración do rendemento exixible en función do principio de eficacia que lle impón a Constitución española á actuación administrativa*».

Así pois, estes mesmos criterios de imputación do dano á Administración fórmulanse desde o punto de vista, directamente, da omisión dos deberes axeitados de estrita vixilancia. A igual conclusión chega a STS do 28 de marzo de 2000, nun suposto dun suicidio de recluso con antecedentes suicidas por *culpa in vigilando e omisión*

*do deber axeitado de vixilancia.* Ou a STS do 12 de xullo de 1999, ante un suicidio nun hospital psiquiátrico-militar por parte dun soldado con crises e depresións sen que a Administración tivese prestado un seguimento do caso e unha vixilancia axeitada.

De aí que tamén a STS do 20 de outubro de 1997 (danos como consecuencia do derrubamento da Presa de Tous) considere que existe responsabilidade patrimonial administrativa porque «os danos se terían evitado, en parte, se non se tivese producido o derrubamento da presa, ao teren funcionado correctamente os mecanismos de apertura das comportas e se tivesen cumprido pola Administración os deberes de vixilancia, control e salvamento na superficie afectada», sen que (neste suposto), mesmo admitindo a existencia de incidencia de forza maior, chegue a eximirse a Administración de toda responsabilidade «por un feito que, con independencia de que fose ou non previsible, non pode de ningún xeito reputarse inevitable».

Este criterio da *culpa in vigilando* pode relacionarse con supostos de *defectuosa «inspección» da Administración*<sup>19</sup>.

Recoñécese así mesmo responsabilidade da Administración en caso de «deficiencias» no funcionamento do servizo (STS do 2 de abril de 1992: falecemento dunha persoa extinguindo un incendio en auxilio dun concello).

Ou ben por omisión de deberes. A Administración non pode tampouco (segundo a STSX de Castela e León, sede de Burgos, do 22 de marzo de 2002) limitarse a declinar a súa responsabilidade, sen indicarlle ao prexudicado a cal das partes contratantes corresponde responder, xa que «esta omisión constitúe motivo suficiente para atribuírle a responsabilidade á propia Administración».

Outros casos de responsabilidade patrimonial da Administración por feito de terceiros son os recollidos nas STS do 11 de outubro de 1975 (por «omisión da actividade administrativa obrigada» na evitación da contaminación dun río), do TSX da Comunidade Valenciana, do 7 de marzo de 1997, na cal se declara a responsabilidade patrimonial dun concello por autorizar a apertura dun establecemento e non vixiar o seu nivel de ruídos e vibracións; STS do 26 de decembro de 1995, responsabilizando o concello polos danos ocasionados polo derrubamento dun edificio.

Tamén cómpre recordar (no contexto xeral do coronavirus) que a creación ou xestión do risco é un título de imputación obxectiva, sobre todo cando a actuación da Administración supón un incremento do risco xerado pola súa pasividade ou mal funcionamento ou cando, como consecuencia disto, se ve na necesidade de sacrificar un determinado colectivo en beneficio da xeneralidade, o que atenta contra o principio de solidariedade social que é o presuposto da responsabilidade se non se practican as debidas compensacións. Polo tanto, a imputación por risco creado (*Gefährdungshaftung*) significa imputar o dano á Administración cando esta coñece que poden ocasionarse danos e non toma as medidas apropiadas para evitalo, creando unha situación de risco. O risco asumible pode matizarse con outra doutrina xurisdprudencial de interese: «para que o dano concreto producido polo funcionamento do

<sup>19</sup> STSX de Aragón do 15 de febreiro de 1999, na que se responsabiliza a Administración ante a caída dunhas rochas na calzada con danos nun vehículo particular; STS do 25 de xaneiro de 1992, responsabilidade por inspección técnica ineficiente dunhas bombonas de propano.

servizo a un ou varios particulares sexa antixurídico, basta *con que o risco inherente á súa utilización superase os límites impostos polos estándares de seguridade exixibles conforme a conciencia social*. Non existirá entón deber ningún do prexudicado de soportar o menoscabo e, conseguintemente, a obriga de resarcir o dano ou perda causado pola actividade administrativa será a ela imputable»<sup>20</sup>.

«A Administración municipal debe responder das consecuencias derivadas da actividade relacionada co exercicio das súas competencias, especialmente concernentes ao mantemento da seguridade, con ocasión das festas populares, debendo asumir esa corporación as responsabilidades que entrañan consecuencias danosas, que razoablemente poden considerarse incardinadas ou relacionadas coa celebración normal ou anormal da festa popular, sen que no caso examinado consten feitos suficientemente significativos para considerar alterada a relevancia causal da actividade do concello na autorización da festa e a non prevención das súas consecuencias negativas»<sup>21</sup>.

Finalmente, o seu é que a responsabilidade patrimonial no eido sanitario leve consigo examinar, no contexto da antixuridicidade do dano, se houbo infracción da *lex artis*, criterio este seguido en multitude de sentenzas: “o carácter obxectivo da responsabilidade das administracións públicas non supón que estea baseada na simple produción do dano, senón que, ademais, este debe ser antixurídico, no sentido de que non se debe ter obriga de soportar, por ter podido evitalo coa aplicación das técnicas sanitarias coñecidas polo estado da ciencia e razoablemente dispoñibles no dito momento. E iso conduce a que soamente cabe considerar antixurídica na asistencia sanitaria a situación en que se producise unha auténtica infracción de *lex artis*”<sup>22</sup>.

Finalmente, non sería estritamente necesario en principio aplicar criterios de imputación tales como a perda de oportunidade lexítima, sen prexuízo de poder invocalo como suposto que mide o dano avaliable. Máis ben, o dano no caso do COVID-19 se causa con toda intención, porque “non queda máis remedio que causalo”, pero pagando, pois.

Igual que en todo acto de contido expropiatorio, cando se trata de algo necesario para a colectividade, o sacrificio do individuo concreto supón a debida compensación polas razóns de xustiza elemental que estamos a invocar.

### 3 Danos que o particular non teña o deber de soportar: antixuridicidade do dano

A LRXSP 40/2015, no seu artigo 32.1, parágrafo primeiro, require que o particular non teña o deber de soportar o dano.

En realidade, a defensa da existencia de antixuridicidade despréndese ou deriva primeiramente das propias sentenzas citadas *supra*, referentes á idea do sacrificio

<sup>20</sup> STSX de Castela e León, sede de Burgos, do 22 de marzo de 2002.

<sup>21</sup> STS do 15 de decembro de 1997, relativa a un caso de danos en festexos de fogos artificiais.

<sup>22</sup> STSX da Comunidade Valenciana, do 29 de xaneiro de 2020, etc.

especial respecto do que non existe, polo tanto, deber de soportalo. Sacrifícase un individuo en beneficio da colectividade. Por exemplo, STS do 16 de xullo de 2003 (rec. 1556/2000), na que se aprecia antixuridicidade, xa que o damnificado non tiña “a obriga de soportar o acto porque o peche da fronteira foi decretado a prol dos intereses nacionais”. Igual lóxica é, por motivos sanitarios, a da STS do 29 de novembro de 2001 (rec. 9891/1997): o peche do establecemento considérase “lícito” pero que non se ten por que soportar o dano causado en beneficio de todos como consecuencia dunha epidemia de traballadores, polo tempo que estivo pechado ese establecemento.

Non vemos motivo para romper con esta liña xurisprudencial do TS. É máis, a antixuridicidade é clara porque xurisprudencia constante do TS reitera esta idea en casos similares ao do COVID-19. E, se o tema é que sae moi caro pagar os danos, isto non ten nada que ver cun presuposto da antixuridicidade, ademais de que é preciso considerar que en España non houbo axudas directas aos establecementos que se pecharon baseadas na produción económica de anos fiscais anteriores, como no resto de países da UE cos que nos compara o Tribunal Constitucional para determinar a “proporcionalidade” da medida no marco do dereito comparado.

Neste sentido, facemos fincapé novamente na idea da “subvención” pública obrigada, polo menos parcial, respecto dos danos, para ver como noutros países da nosa contorna si houbo axudas. En realidade, a responsabilidade patrimonial vén paliar o déficit de axudas que se tiveron que ter aplicado e a total ausencia de medidas de compensación, xa que non só non se axudou, senón que se seguiu exixindo o pagamento dos impostos municipais (IBI, taxa de lixo e IAE), como se a actividade se viñese desenvolvendo con total normalidade.

A antixuridicidade da lesión<sup>23</sup> consiste en deixar abandonada a persoa danada; no feito de que o dano é digno de ser indemnizado; na imposibilidade de exixir que alguén teña que soportalo resignadamente; ou que teña unha obriga de aguantarse; na inexistencia de causa suficiente para soportar o dano sen compensación, mediante sistema de cláusula aberta.

E ao meu xuízo en España deixáronse abandonados estes sectores da actividade, xa que non se adoptaron medidas. Péchanse os restaurantes, bares, hoteis, ximnasia, cines, teatros, etc., e non se outorgan axudas. Déixanse desprotexidos estes sectores económicos. De que viven? Noutros países (Bélxica, Francia, Alemaña, etc.) outorgáronse axudas directas mentres duraron os peches dos establecementos. E, a este respecto, a STC 148/2021 non entra a realizar un xuízo de proporcionalidade rigoroso, fundamentado e serio, xa que o recurso de inconstitucionalidade non se centrou nas medidas en si e na súa eventual necesidade e proporcionalidade, senón na súa consideración de que algunhas delas, aínda que posiblemente necesarias, suporían unha suspensión de dereitos constitucionais. Ademais, o TC observa a realidade doutros países, e manifesta que as medidas adoptadas en España foron proporcionadas porque foron similares ás dos demais países, pero esquece ter en

<sup>23</sup> BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, cit., p. 406.

conta que neses países esas medidas de peches de establecementos e limitacións do exercicio da liberdade de empresa viñeron acompañadas de axudas directas a estes sectores, no sentido de aboarlles unha alta porcentaxe (ata o 70 % ou 75 %) da facturación acreditada mediante o pagamento de impostos no exercicio 2019 durante moitos meses, mentres que en España está claro que se deixaron desamparados estes ámbitos da actividade produtiva. E por iso hai antixuridicidade.

Ás veces acudiuse ao criterio que, por exemplo, expresa a Sentenza do Tribunal Supremo do 23 de marzo de 2009 (recurso de casación 10.236/2004), en virtude da cal a cuestión consiste pois en indagar se, tal e como acontezan os feitos, o prexuízo sufrido pola recorrente supera ou non estándares admisibles en función dos estándares sociais ou, noutros termos, se as limitacións e as restricións que se impuxeron á actividade que constitúe o seu obxecto empresarial exceden as que afectaron pola realización desta ao conxunto dos cidadáns. E está claro que a estes establecementos e actividades non se lles tratou como ao conxunto dos cidadáns, senón con maior rigor.

Para os efectos de antixuridicidade, é certo que un mínimo de sensibilidade xurídica axeitada se fai necesaria. A cuestión ao final é se os operadores xurídicos mostran a sensibilidade precisa. É ilustrativo o exemplo do ruído, onde tradicionalmente o afectado era unha especie de sacrificado fronte ao gusto popular ou fronte á indiferenza pública, malia que en tempos máis recentes (pero xa desde hai anos) se entende que unha persoa que sofre ruídos para o beneplácito de todos non ten por que soportalos.

Un exemplo é a STSX de Castela e León (Valladolid) 2581/2015 do 12 de novembro de 2015 (rec. 64/2015) cando condena un concello a indemnizar (8.000 euros) a un particular por ruídos causados por un camiión do lixo, en concreto por incumprimento das obrigas ambientais na inspección e control do ruído procedente do vehículo de recollida de residuos e de limpeza diaria.

Interesa tamén a STSX 86/2020 de Cataluña, do 16 de xaneiro de 2020, cando condena o Concello de B. a indemnizar unha familia polos ruídos excesivos dunha residencia de anciáns: aínda que non mantivo unha conduta pasiva ante a denuncia inicial, as medidas correctoras adoptadas foron claramente insuficientes, o que abocou os veciños a aturar por un longo período de tempo un exceso de ruído derivado da actividade desenvolvida na residencia. En definitiva, as emisións sonoras incidiron, cando menos, como causa coadxuvante nun proceso previo, patolóxico e reactivo na muller, e só reactivo no home, recoñecendo tamén indemnización a favor da filla menor. Por último, descarta a sentenza, por falta de proba, a relación causal entre o ruído e un aborto sufrido pola recorrente.

Así mesmo, a antixuridicidade conecta co defecto ou o exceso na adopción de posibles medidas. É dicir, se o poder público nun caso concreto se excede máis alá do razoable á hora de establecer imposicións. No caso da crise do COVID-19, na miña opinión, traspasáronse os límites de razoabilidade nas restricións e medidas xerais previstas polo Estado que a partir da fase de desescalada concretaron e intensificaron como consecuencia de disposicións autonómicas.

Neste contexto, é cuestión relevante que, cando xorden certas restricións cuxa anulación é complicada, xorde a necesidade xurídica polo menos de compensar. É un fenómeno tan antigo como o dereito administrativo, ou quizais máis, asociado á

chamada “teoría do fisco” ou na expresiva denominación de dereito alemán medieval “soporta, pero págase” (*dulde und liquidiere*).

Expresa esta lóxica a Lei orgánica 4/1981 cando se observa que hai determinadas disposicións que poden ir máis alá do permitido, en contra das empresas; polo tanto, máis alá do razoable na imposición. É entón cando precisamente xorde o deber de indemnizar ao revelarse a necesidade de contestar a disposición. Indemnízase, ao revelarse “excesiva” a carga. O exceso do deber normativo conduce á singularidade do prexuízo. Singularidade do prexuízo que se produce cando a normativa habilita a restricións singulares, como as previstas na Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade, cando no seu artigo 26 habilita a Administración a impor suspensión de actividades (como, por exemplo, o peche de empresas ou as súas instalacións sen aclarar se procede indemnización). Ou ben o apartado 2 do artigo 54 da Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública, que tamén habilita a Administración para impor o peche preventivo de instalacións, establecementos, servizos e industrias ou a suspensión do exercicio de actividades. Mesmo, como é sabido, se os danos se imputasen a normas de rango legal, a xurisprudencia do Tribunal Supremo superou o feito de que teña que preverse na propia lei a referencia á indemnizabilidade do asunto.

O feito mesmo de que non se considerasen axudas e subvencións públicas ou nin tan sequera bonificacións ou exencións temporais en certos impostos que gravan a actividade, que neste caso foi inexistente por imposición gubernativa, redunda no abandono do sector produtivo damnificado e no prexuízo individualizado, máxime se se compara a situación a nivel xurídico comparado, xa que o Real decreto 463/2020 silencia o asunto das axudas aos empresarios que sufriron a suspensión imperativa das súas actividades mercantís, igual que a normativa autonómica.

Neste sentido, queremos citar unha sentenza dun Xulgado do Contencioso-Administrativo de Valencia, que se mostra sensible a esta situación por relación á existencia de impostos municipais que gravan esa actividade inexistente como consecuencia dun cesamento da actividade ordenado pola Administración (IBI, taxa de lixo e IAE neste caso concreto), como se a actividade se viñese desenvolvendo con total normalidade, sen ningunha bonificación fiscal. A Sentenza n. 9/2022, do 11 de xaneiro, do Xulgado do Contencioso-Administrativo n. 3 de Valencia ditada no procedemento abreviado 344/2021 manifesta que para estes efectos “a lei tributaria regula os supostos de normalidade, e non de excepcionalidade. Estes últimos están contemplados na LO 4/81, xa citada, que ordena a reparación dos prexuízos derivados de actos e disposicións, durante os estados excepcionais, conforme o disposto nas leis. Indubidablemente que, no período expresado, non se produciu o exercicio da actividade, por virtude de disposicións adoptadas durante este, ou produciuse con graves limitacións. Trátase dun suposto de ausencia de feito imponible, sen que resulte exixible á parte actora a formalidade de comunicar unha baixa na actividade, que lle fora imposta polo mesmo estado (en sentido amplo) que agora reclama o tributo da pretendida actividade (...)”.

E non é inoportuno recordar, neste contexto, que pode ser considerado inconstitucional calquera intento do lexislador de exonerar a Administración de compensar os danos causados (segundo a Sentenza do Tribunal Constitucional 112/2018).



Aínda que os reais decretos de declaración de estados de alarma silencian o asunto das axudas aos empresarios que sufriron a suspensión imperativa das súas actividades mercantís, o Real decreto-lei 11/2020, do 31 de marzo, polo que se adoptan medidas urxentes complementarias no ámbito social e económico para facer fronte ao COVID-19, xa prevé que vai haber reclamacións de responsabilidade patrimonial na súa exposición de motivos, como unha consecuencia natural de todo o acontecido e na mesma liña que prevé o aumento de despedimentos ou de concursos de acredores.

En ausencia de axudas, cando menos, existe un dereito a ser indemnizado que vén ser un dereito a unha subvención merecida.

Para que sexa antixurídico o dano concreto producido, basta con que o risco inherente á súa utilización superase os límites impostos polos estándares de seguridade exixibles conforme a conciencia social, non existindo entón deber ningún do prexudicado de soportar o menoscabo, e, conseguintemente, a obriga de resarcir o dano ou perda causado pola actividade administrativa será imputable á Administración. O dano é antixurídico cando se extralimita por superar estándares máis alá dos exixibles.

Ou, como afirma a STS 123/2017, do 30 de xaneiro de 2017 (RX 2017, 1197), a Administración ten que indemnizar, á luz da antixuridicidade do dano, cando «nas resolucións impugnadas se excedía dos límites da razoabilidade e ponderación, vulnerando ademais o principio de proporcionalidade, polo que non cabe excluír a antixuridicidade do dano» (outorgando a Repsol unha cuantiosa cifra económica nun caso de fixación de prezos máximos de venda de gases licuados de petróleo envasados).

Este criterio complétase coa STS 124/2017, do 30 de xaneiro de 2017 (RX 2017, 1418), que reconece a existencia de responsabilidade patrimonial en favor de Repsol igualmente. Esta sentenza do 30 de xaneiro de 2017 é interesante no contexto da antixuridicidade porque relaciona as disposicións administrativas de «regulación» pública (das que non deriva ocasión para formular accións de danos) con casos en que pode producirse un prexuízo indemnizable polo feito de someterse á entidade regulada a condicións económicas singularmente gravosas, no marco novamente dun xuízo de razoabilidade.

A antixuridicidade do dano non consiste en que a actuación da Administración sexa contraria a dereito, senón que o particular non teña unha obriga de soportar o dano (así, SSTS do 1 de xullo de 2009 [RX 2009, 6877], recurso 1515/2005; e do 31 de marzo de 2014 [RX 2014, 1944], recurso 3021/2011). A antixuridicidade opera como presuposto da imputación do dano. Non é agora o aspecto subxectivo de actuar antixurídico da Administración o que debe exixirse para soste o dereito á indemnización, senón o obxectivo da ilegalidade do prexuízo, no sentido de que o cidadán non teña o deber xurídico de soportalo.

Ademais diso, no propio contexto da desproporción, o profesor David Blanquer<sup>24</sup> apunta a posible desproporción das disposicións directamente ditadas en materia de actividades de ocio referíndose a todas as disposicións que se ditaron despois do primeiro estado de alarma tras o Decreto do 14 de marzo de 2020, é dicir, unha vez

<sup>24</sup> BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, cit., p. 119.

expirado este, nas distintas CC. AA. Por exemplo, a orde da conselleira de Saúde do País Vasco do 28 de xullo de 2020 reducindo ao 60 % a presenza en discotecas ou establecementos de ocio (citando medidas similares en Andalucía ou Navarra, etc.), sendo necesario recordar o Auto do Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco do 14 de agosto de 2020 en que se afirma que a Administración autonómica non achega ao proceso xudicial as probas ou indicios que xustificasen suficientemente a imputación á hostalaría dos contaxios de coronavirus, polo que non existía fundamento para presupor en abstracto a maior relación deses locais co mantemento das medidas de seguridade sanitaria. O dito auto cre que existe fundamento para prohibir temporalmente as pistas de baile nas discotecas, pero considera desproporcionada a restrición de horarios impedindo calquera consumición. Como afirma este profesor<sup>25</sup>, a proporcionalidade é un factor para valorar a conformidade a dereito das medidas restritivas neste tipo de locais ou polo menos a indemnización, neste contexto. Estamos, pois, ante unha doutrina que leva a reforzar a imputación do dano á Administración, en especial autonómica, neste caso do COVID-19.

## 4 Cuantificación do dano, por referencia ás ditas actividades e ás ditas disposicións

Segundo o artigo 32.2 da LRXSP 40/2015 (“presupostos do dano indemnizable”), «en todo caso, o dano alegado haberá de ser efectivo, avaliabile economicamente e individualizado con relación a unha persoa ou grupo de persoas».

É requisito fundamental para estes efectos que o solicitante da responsabilidade patrimonial achegue un informe elaborado por un profesional competente (economista, auditor) que determine o importe do prexuízo económico sufrido como consecuencia das restricións e limitacións derivadas do COVID-19.

## Bibliografía

- BLANQUER CRIADO, D. (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, 2012.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87 (Exemplar dedicado a: Coronavirus e outros problemas), 2020.

<sup>25</sup> BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, cit., p. 123.

- GALLARDO CASTILLO, M.J., *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, COLEX. Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2021.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, D., “Medidas sanitarias autonómicas dictadas por delegación en el estado de alarma: ¿Discrecionales o arbitrarias?”, *Almacén de Derecho*, noviembre 2020.
- JORDANO FRAGA, J., *La reparación de los daños catastróficos (catástrofes naturales, Administración y Derecho público: responsabilidad seguro y solidaridad)*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ ARANA, J., “La responsabilidad patrimonial del Estado por las medidas adoptadas en estado de alarma declarado para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Consideraciones generales del caso español”, *Actualidad Administrativa*, n. 10, Sección Actualidad, outubro 2021.

Regap



ESTUDIOS





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_xullo-decembro 2022 | pp. 107-137  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.5004>  
© Omar Bouazza Ariño  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 16/11/2022 | Aceptado: 29/11/2022

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## A resposta da Administración contra a homofobia e o seu control xurisdiccional na orde interna e europea

La respuesta de la Administración  
contra la homofobia y su  
control jurisdiccional en el  
orden interno y europeo

Response of the Administration  
against homophobia and its  
jurisdictional control in the  
domestic and European order

64 Regap

Regap



ESTUDIOS

OMAR BOUAZZA ARIÑO<sup>1</sup>

Catedrático de Dereito Administrativo  
Universidade Complutense de Madrid

<https://orcid.org/0000-0001-7220-0368>

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

**Resumo:** O obxectivo deste traballo consiste na análise da recente xurisprudencia do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos en materia de diversidade sexual que lles ofrece ferramentas xurídicas aos Estados para adaptar as súas lexislacións e as prácticas xudiciais e administrativas para previr, investigar e castigar, se procede, a crecente homofobia que desafía valores como o de democracia, xustiza, liberdade, tolerancia e espírito de apertura que fundamentan o Consello de Europa.

**Palabras clave:** Diversidade sexual, homofobia, Tribunal Europeo de Dereitos Humanos.

<sup>1</sup> Este traballo foi realizado no seo do proxecto "A europeización das sancións administrativas: a incidencia do dereito europeo no concepto de sanción, nas súas garantías e na súa función" (PID2020-115714GB-I00), financiado pola Axencia Estatal de Investigación. O autor forma parte dos Grupos de Investigación UCM "931089 As transformacións do Estado e a autonomía local: organización institucional, servizos públicos e democracia participativa" e "970825 Globalización e Dereito Administrativo Global".

**Resumen:** El objetivo de este trabajo consiste en el análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de diversidad sexual que ofrece herramientas jurídicas a los Estados para adaptar sus legislaciones y las prácticas judiciales y administrativas para prevenir, investigar y castigar, si procede, la creciente homofobia que desafía valores como el de democracia, justicia, libertad, tolerancia y espíritu de apertura que fundamentan el Consejo de Europa.

**Palabras clave:** Diversidad sexual, homofobia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**Abstract:** The aim of this paper is to analyze the recent European Court of Human Rights case-law on sexual diversity which it offers legal tools to States to adapt their legislation and judicial and administrative practices to prevent, investigate and punish, if convenient, the growing homophobia that challenges values such as democracy, justice, freedom, tolerance and spirit of openness that underpin the Council of Europe.

**Key words:** Sexual diversity, homophobia, European Court of Human Rights.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 Dereito á vida: os ordenamentos nacionais deben adaptarse aos estándares europeos en materia de respecto á orientación sexual. 3 Dignidade humana e prohibición de discriminación no exercicio do dereito á integridade física e moral fronte a agresións homófobas. 3.1 Os Estados teñen a obriga positiva de previr e investigar a violencia por razóns de orientación sexual. 3.2 Abuso de dereito: as normas referidas aos dereitos fundamentais non deberán interpretarse a favor do agresor e en detrimento da vítima. 4 Cirurxías a menores intersexuais. 5 Prohibición de discriminación no exercicio do dereito ao respecto da vida privada e familiar. 5.1 Insultos homófobos. 5.2 Protección de datos e doazóns de sangue. 5.3 Responsabilidade parental e dereitos de custodia. 6 Dereito de asociación e liberdade de asemblea. 7 Final.

## 1 Introducción

O Tribunal Europeo de Dereitos Humanos (en diante, “o Tribunal”, “o TEDH” ou “Estrasburgo”, en referencia á cidade en que se atopa) adoita dicir que o Convenio Europeo de Dereitos Humanos (en diante, “o Convenio” ou, simplemente, “o CEDH”) é o instrumento garante da orde pública europea en materia de dereitos humanos. A pesar de que o TEDH reconece que, no seo do Consello de Europa, dos Estados que integran a entidade supranacional, se dá unha diversidade de culturas xurídicas, de contextos económicos e sociais, así como diferentes niveis de democracia alcanzados, pretenderase alcanzar unha ampla unidade de acción no ámbito dos dereitos humanos que se reflectirá no canon ou estándar mínimo de protección europeo. Estándar mínimo que se acadará coa interpretación que realiza o TEDH do CEDH, de convenios sectoriais e outros instrumentos de *soft law* do Consello de Europa e que deberá guiar o funcionamento ordinario das administracións públicas, os gobernos, parlamentos e xuíces e tribunais na orde interna. Así, a misión da orde internacional consistirá en revisar que efectivamente os dereitos nacionais respectan as obrigas internacionais asumidas co Consello de Europa.

O Consello de Europa, no marco da súa misión de promoción dos dereitos humanos, presta especial atención, desde a súa creación, á protección dos dereitos das minorías. E, en concreto, das minorías sexuais. Non en van, a xurisprudencia do TEDH supuxo importantes avances no recoñecemento e protección dos dereitos da crecente comunidade de lesbianas, gais, transexuais, bisexuais e intersexuais (“LGTBI”,

en diante<sup>2</sup>) promovendo a derogación de normativas internas que supuñan unha inxerencia inxustificada. Así, en *Dudgeon c. o Reino Unido*, do 22 de outubro de 1981, o TEDH dixo que a vixencia das leis de Irlanda do Norte que tipificaban as relacións sexuais consentidas entre homes maiores de idade supuña unha violación do dereito ao respecto da vida privada e familiar. O demandante conseguiría que o Parlamento do Reino Unido modificase a normativa aplicable a ese territorio para acomodala aos estándares establecidos polo TEDH, mediante a *Homosexual Offences (Northern Ireland) Order 1982*.

Baseándose no principio de subsidiariedade, polo tanto, os Estados deberán adaptar a súa lexislación, prácticas administrativas e práctica xudicial ás exigencias do Convenio e a xurisprudencia do TEDH e administrativa e xudiciais contrarias ao dereito do Consello de Europa e realizar un seguimento para evitar regresións no recoñecemento dos dereitos, garantías e liberdades. Neste sentido, será especialmente importante que a lei se aplique, ofrecéndolles unha garantía efectiva aos destinatarios. As leis deberán prever un sistema efectivo de sancións que garantan unha reparación efectiva<sup>3</sup> cando as medidas preventivas fracasen.

O dereito á igualdade de todas as persoas é un punto de partida para o recoñecemento da dignidade humana das minorías que historicamente sufriron o estigma e unha profunda discriminación. Baseándose na xurisprudencia do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, calquera diferenza de trato que non atenda a unha xustificación obxectiva e razoable non está amparada polo sistema de Estrasburgo. En ningún caso poderá considerarse que as tradicións, os valores culturais ou relixiosos ou os patróns dunha “cultura dominante” constitúen xustificacións obxectivas nin razoables para establecer unha diferenza por razón de orientación sexual<sup>4</sup>. A falta de coñecemento acerca da diversidade sexual favorece a perpetuación da homofobia e a transfobia que pode ocasionar danos graves no desenvolvemento persoal dos menores debido a unha estigmatización normalizada que se consolida desde o ámbito familiar, educativo e social en xeral. Por iso, é especialmente importante, como subliña o Consello de Europa, que, atendendo ao interese superior do menor, os currículos escolares inclúan programas que promovan a igualdade, a tolerancia e o respecto

REGAP



ESTUDOS

<sup>2</sup> Neste tema, unha das cuestións que chaman a atención é o acrónimo empregado para designar a diversidade sexual. Como sinala Ignacio Álvarez Rodríguez, progresivamente ampliáanse as letras a medida que se van recoñecendo e aceptando novas orientacións ou o que denominaría como “non orientación ou non sentirse identificado con ningún xénero ou etiqueta. En calquera caso, o Consello de Europa entende por orientación sexual a homosexualidade, a heterosexualidade e a bisexualidade, mentres que considera que a transexualidade se refire á persoa que non se identifica co xénero asignado no nacemento [Resolución 1728 (2010) da Asemblea Parlamentaria (Consello de Europa) sobre discriminación por razón de orientación sexual e identidade de xénero]. Iso non impide que outros colectivos integrados normalmente no acrónimo, como o dos intersexuais, tamén atopasen protección no TEDH atendendo ás súas realidades concretas e específicas. A diversidade sexual integrada no acrónimo “LGTBI” non deberá interpretarse con carácter pechado, senón que admite máis orientacións, en ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., “A Organización das Nacións Unidas e os dereitos das persoas LGTBI: novos avances e desafíos de sempre”, Matía Portilla, F.J., Elvira Perales, A. e Arroyo Gil, A. (dir.), *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 25-26.

<sup>3</sup> Recomendación CM/Rec(2010)5 do Comité de Ministros (Consello de Europa) aos Estados membros sobre medidas para combater a discriminación por razóns de orientación sexual ou identidade de xénero.

<sup>4</sup> Recomendación CM/Rec(2010)5 do Comité de Ministros (Consello de Europa) aos Estados membros sobre medidas para combater a discriminación por razóns de orientación sexual ou identidade de xénero.

cara ás persoas LGTBI<sup>5</sup>. E que os materiais educativos ofrezan información obxectiva acerca da orientación sexual e a identidade de xénero. O contorno educativo debería constituír un centro de protección e apoio aos menores para que vivan de conformidade coa súa orientación sexual e identidade de xénero. Para iso, as administracións públicas competentes no seo de cada Estado deberán propor políticas de igualdade e seguridade nas escolas e plans de acción que aseguren o acceso a unha formación en materia de dereito á igualdade aos profesores e demais persoal escolar. Estas medidas deberían ter en conta o dereito dos pais a educar os seus fillos<sup>6</sup>.

Os Estados teñen a obriga positiva de protexer os dereitos humanos recoñecidos no Convenio dun xeito real e efectivo, e a obriga negativa de absterse a lexitimar a discriminación baseada na intolerancia. Os Estados non só teñen a responsabilidade de protexer os dereitos individualmente considerados, senón que ademais deberán adoptar as medidas máis idóneas para protexer os defensores dos dereitos humanos das persoas do colectivo LGTBI, como as organizacións non gobernamentais, organizacións privadas cuxo papel de *chien de garde* é fundamental na defensa dos intereses xerais en toda sociedade que pretende ser democrática e avanzada. E é que, como estudaremos na glosa da xurisprudencia recente, as ONG son vítimas directas e indirectas de ataques violentos, así como do discurso do odio por parte de organizacións políticas, e de grupos relixiosos, en toda Europa. A protección que deben ofrecer os Estados, polo tanto, deberá asegurar o exercicio pacífico das súas actividades de interese xeral. A falta dunha resposta axeitada dos Estados supón unha normalización das condutas antisociais e un afondamento no estigma, o que implica unha violación das obrigas internacionais asumidas co Consello de Europa.

Nesta orde de consideracións, cómpre subliñar que a promoción do odio e a discriminación non forma parte do contido do dereito á liberdade de expresión. Trátase, en realidade, dun abuso de dereito, é dicir, o emprego do sistema de dereitos e liberdades democráticos precisamente para derrocalo. Por iso, as autoridades competentes na orde interna terán a decisiva responsabilidade de garantir o respecto e a protección dos dereitos humanos de conformidade, polo menos, co estándar europeo establecido polo TEDH.

O Tribunal Europeo de Dereitos Humanos integrou as novas aspiracións da sociedade nesta materia incorporando, sen ningunha dúbida, a orientación sexual e a identidade de xénero na prohibición de discriminación (artigo 14 CEDH) e integra no contido dos demais preceptos os dereitos LGTBI sempre que a diferenza de trato non atenda razóns obxectivas nin razoables. Ademais, o Comité de Ministros e a Asemblea Parlamentaria, no seo tamén da entidade supranacional, aprobaron destacadas normas de *soft law* que ofrecen unha aproximación moi aguda aos dereitos LGTBI e son asumidos polo TEDH ao resolver os casos, ofrecéndolles un importante efecto interpretativo, cuasivinculante.

<sup>5</sup> Resolución 1728 (2010) da Asemblea Parlamentaria (Consello de Europa) sobre discriminación por razón de orientación sexual e identidade de xénero.

<sup>6</sup> Recomendación CM/Rec(2010)5 do Comité de Ministros (Consello de Europa) aos Estados membros sobre medidas para combater a discriminación por razóns de orientación sexual ou identidade de xénero.



Tras a sentenza *Dudgeon*, o TEDH tivo ocasión de resolver outras cuestións cruciais do colectivo LGTBI, mal formuladas nos ordenamentos internos, polo que se terá exixido a súa modificación. Así, en canto á idade para prestar consentimento válido para manter relacións sexuais, o Tribunal considera nos casos *L. e V. c. Austria* e *S.L. c. Austria*, os dous do 9 de xaneiro de 2003, que a existencia do artigo 209 do Código penal austríaco, que criminalizaba as relacións sexuais consentidas entre varóns maiores de idade con varóns adolescentes de catorce a dezaioito anos, era discriminatoria, xa que non se prevía a mesma resposta legal para os casos de relacións heterosexuais ou entre mulleres. Polo tanto, concluíu que houbo unha violación do artigo 14 considerado conxuntamente co artigo 8 (dereito ao respecto da vida privada). O TEDH tería ocasión de coñecer de novo sobre este tema na sentenza *B.B. c. o Reino Unido*, do 10 de febreiro de 2004. O demandante, tras denunciar unha agresión física polo seu amante, que tiña 16 anos, foi sometido a un proceso penal porque confesou que mantivera relacións sexuais co seu agresor. Os feitos sucederon antes de 2001, data en que entra en vigor a Lei pola que se derroga a anterior normativa na cal se condenaban as relacións homosexuais con varóns menores de 18 anos e se equipara a idade para prestar consentimento aos 16 anos, como nas relacións heterosexuais, modificación normativa incitada pola Decisión da Antiga Comisión Europea de Dereitos Humanos ditada no asunto *Sutherland c. o Reino Unido*, do 27 de marzo de 2001. O Tribunal Europeo de Dereitos Humanos entende que a normativa pola que se establece un diferente tratamento punitivo en función da modalidade de relación sexual era discriminatoria e afectou ao dereito ao respecto da vida privada do Sr. B.B. e ao seu dereito a non ser tratado de xeito diferente por manter relacións sexuais con persoas do mesmo sexo (artigo 14+8). Recoñecería así mesmo xustamente unha indemnización de 7.000 euros polos danos morais ocasionados. A pesar de que os dous países expulsaron as normas conflitivas dos seus respectivos ordenamentos, chegaron máis casos a Estrasburgo sobre feitos acontecidos con anterioridade ás reformas normativas, polo que non se daría unha retroactividade *in bonus*. Iso mostra, sen dúbida, a resistencia dos recalcitrantes a aceptar os estándares europeos. Así, na sentenza ditada no caso *Ladner c. Austria*, do 3 de febreiro de 2005, o demandante, que tiña 40 anos cando ocorreron os feitos, foi condenado polos tribunais internos a pena de prisión por manter relacións sexuais con catro adolescentes, varóns, tamén de entre 16 e 18 anos, en aplicación do polémico artigo 209 do Código penal. A pesar de que este precepto se declarara inconstitucional o 21 de xuño de 2002, sorprendentemente seguía sendo aplicable a aqueles casos dos que xa se coñecese en primeira instancia (!) O tribunal de apelación confirmaría a condena do demandante, ditaminada na instancia. Debeuse orixinar un intenso debate, á luz da narración dos feitos. E é que o Parlamento lle requiriu ao Goberno a concesión do indulto a todos aqueles que fosen condenados en virtude do derogado artigo 209 e que obtivesen sentenza en primeira instancia con anterioridade á modificación da lei. Non obstante, a reforma do Código penal abriu outra vía, o artigo 207b, polo cal se valora a conduta do imputado para manter a condena nestes casos. O Sr. Ladner non obtivo o indulto, en aplicación do novo precepto, pois o Goberno, *obxectivando* a conduta do demandado,

Regap



ESTUDIOS

considerou que nunha ocasión o demandante se aproveitou da situación de apuro dun adolescente que tivo que vivir na súa casa durante unha tempada tras unha rifa cos seus pais. O TEDH condenaría novamente a Austria por unha violación do artigo 14+8 recoñecendo a cantidade de 17.500 euros en conceptos de indemnización polos trece días en que o demandante estivo detido preventivamente. E é que serían necesarios novos impulsos, a xeito de sentenzas de condena, para que se vencesen as inxustificables resistencias dos tribunais internos, fundamentadas nunha arraigada homofobia normalizada ao longo do tempo. Refírome ás sentenzas ditadas nos casos *H.G. e G.B. c. Austria*, do 2 de xuño de 2005, e *Wolfmeyer c. Austria*, do 26 de maio de 2005; *R.H. c. Austria*, do 19 de xaneiro de 2006.

Desde a perspectiva dos dereitos civís, o TEDH marcou un novo fito en *Karner c. Austria*, do 24 de xullo de 2003; dixo que o non recoñecemento dos dereitos de sucesión en materia de arrendamento ás unións estables homosexuais, que si se lles recoñecía ás heterosexuais, era contrario ao Convenio. Esta sentenza constituiría un decisivo precedente de casos posteriores, como o resolto polas sentenzas *Kozak c. Polonia*, do 2 de marzo de 2010, e *P.B. e J.S. c. Austria*, do 22 de xullo de 2010.

A partir da segunda metade da década dos 10 deste século, o TEDH pronúnciase sobre temas moi variados, aínda que destacan os asuntos en que se observa unha intensa regresión no recoñecemento na orde interna dos dereitos referidos á liberdade de expresión e de asemblea, en relación con Polonia ou Rusia (*Bączkowski e outros c. Polonia*, do 3 de maio de 2007, *Alekseyev c. Rusia*, do 27 de outubro de 2010), así como a pasividade das autoridades internas na investigación efectiva de agresións homófobas graves (*Identoba e Outros c. Xeorxia*, do 12 de maio de 2015)<sup>7</sup>.

A continuación, voume referir a algunhas das sentenzas recentes máis relevantes.

## 2 Dereito á vida: os ordenamentos nacionais deben adaptarse aos estándares europeos en materia de respecto á orientación sexual

Os poderes públicos na orde interna deben ter en conta o incremento da violencia exercida por razóns de orientación e identidade de xénero. A lei deberá establecer os mecanismos de protección adecuados para garantir os dereitos humanos, como o dereito á vida, e considerar un sistema sancionador axeitado que cumpra a dobre misión preventiva e punitiva de modo eficaz. Vallan estas notas para introducir a sentenza ditada no caso *Stoyanova c. Bulgaria*, do 14 de xuño de 2022.

Tres mozos asasinaron a Mihail Stoyanov, fillo da demandante, a Sra. Hristina Ivanova Stoyanova. Golpearono cun asañoamento especialmente cruento e estrangulárono ata que faleceu asfixiado, nun parque de Sofía. Os atacantes formaban parte dun grupo de estudantes de secundaria que pasaban o tempo no parque en busca de persoas que percibían que eran homosexuais. Á mañá seguinte da agresión, unha

---

<sup>7</sup> Prestei especial atención a esta evolución xurisprudencial nas miñas crónicas do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos publicadas na *Revista General de Derecho Administrativo*, á lectura da cal me remito.

persoa que pasaba polo parque atopou o corpo da vítima e chamou á policía. Os tres agresores foron detidos case dous anos despois. Foron identificados porque un dos agresores utilizou o móbil da vítima en varias ocasións.

Dous dos agresores foron xulgados e declarados culpables pola comisión dun delito de asasinato agravado por ter matado a súa vítima de xeito especialmente cruel. Ao terceiro agresor outorgóuselle a calidade de testemuña. Os tribunais rexeitaron cualificar a motivación do asasinato como vandalismo, o que constituiría outra agravante prevista pola lei. Non obstante, hai que ter en conta que as motivacións homófobas e as dos malfeitores non teñen por que ser coincidentes.

Ao fixar as penas, as xurisdicións de primeira e segunda instancia estimaron que a motivación homófoba constitúe un factor individual agravante, que compensaron con atenuantes. Finalmente, o Tribunal Supremo de Casación confirmou as condenas dos agresores a 10 anos e 4 anos e seis meses de prisión respectivamente. As penas eran inferiores ao mínimo legal. Para fixalas tivo en conta diversos factores atenuantes, como a ausencia de antecedentes penais dos agresores, a súa curta idade e a duración excesiva do proceso. En canto á idade, a sentenza refírese en varias ocasións á xuventude dos agresores, pero non especifica a idade concreta, co que non podemos saber se se trataba de maiores ou menores de idade no momento en que cometeron a agresión.

A demandante acode ante o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos alegando unha violación do artigo 14 CEDH (prohibición da discriminación) combinado co artigo 2 CEDH (dereito á vida). Argumenta que a resposta xudicial das autoridades búlgaras ao móbil homófobo foi inadecuada. A este respecto, subliña que o dereito interno non considera o móbil homófobo como factor agravante.

No proceso participaron o Comité Búlgaro de Helsinqui e a organización a favor dos dereitos das minorías sexuais, *Deystvie (Действие)*, como terceiras partes intervenientes (*amicus curiae*).

O Comité Búlgaro de Helsinqui subliña que, de conformidade coa xurisprudencia do TEDH, a violencia cometida cunha motivación de discriminación non debe tratarse do mesmo xeito que as demais. Así mesmo, argumenta que o Código penal non inclúe a orientación sexual e identidade de xénero nos delitos de odio. Aínda que tampouco constitúen agravantes, en ocasións os tribunais así consideran a hostilidade cara á orientación sexual, pero non en todo caso. Finalmente, di que a observancia de todas as circunstancias agravantes e atenuantes é unha exixencia do ordenamento penal interno.

A organización *Deystvie (Действие)* comenta que nos últimos tempos houbo varios incidentes violentos homófobos, así como discursos de promoción do odio, e as autoridades non reaccionaron apropiadamente. Por iso, que o dereito interno non considere o carácter agravado dos delitos motivados na hostilidade cara ás persoas LGTBI constitúe unha dificultade especial.

O TEDH, en primeiro lugar, recorda os principios aplicables ao caso que extrae da súa xurisprudencia sobre o deber de investigar e castigar os ataques violentos cometidos por persoas privadas motivados pola hostilidade cara á orientación sexual da vítima ou a súa presumida orientación, establecidos na sentenza ditada no caso

*Sabalić c. Croacia*, do 14 de xaneiro de 2021, que comentarei máis adiante. Dos citados principios, o TEDH subliña que:

A) Ao investigar os ataques violentos, as autoridades deben adoptar todos os pasos razoables para desenmascarar calquera posible motivación discriminatoria;

B) O deber de responder apropiadamente ás agresións esténdese aos procesos xudiciais en que se decide se condenar os perpetradores acusados e o xeito de realizalo;

C) Tratar a violencia cunha motivación discriminatoria do mesmo xeito que a violencia que non ten estas connotacións equivale a facer a vista gorda ante a natureza específica dos actos especialmente destrutivos que socavan os dereitos fundamentais, razón pola que o feito de non tratar tales situacións de xeito diferente pode constituír un trato inxustificado irreconciliable co artigo 14 do Convenio.

O TEDH tamén ten en conta a súa xurisprudencia segundo a cal o dereito penal non debe interpretarse de maneira extensiva en prexuízo do acusado, como dixo, por exemplo, nas sentenzas ditadas nos casos *Kokkinakis c. Grecia*, do 25 de maio de 1993 e *Del Río Prada c. España*, do 21 de outubro de 2013.

A continuación, o TEDH aplicará estes principios a este caso.

O TEDH observa que os agresores foron procesados e xulgados. As autoridades actuaron, a diferenza do que ocorreu noutros casos, como en *Identoba c. Xeorxia*. As autoridades tamén consideraron a motivación homófoba da agresión, a pesar de que o Código penal non considera este factor. A este respecto, a demandante non se queixa da investigación levada a cabo, senón da cualificación destes ataques no Código penal. Por iso, o TEDH centrará a súa atención no dereito penal búlgaro e a súa aplicación polos tribunais internos en relación con este caso para comprobar se permite responder axeitadamente aos motivos homófobos do ataque.

O TEDH subliña que non pode actuar como un tribunal interno entendendo que non pode entrar a valorar se as penas impostas aos agresores foron xustas. A tarefa do TEDH consistirá en examinar se o dereito penal búlgaro, tal como se aplicou neste caso, deu lugar a un resultado contraditorio coas exixencias do artigo 14 en relación co artigo 2 do Convenio.

O TEDH pon de relevo que, en relación co dereito penal búlgaro, a morte motivada pola hostilidade cara á vítima pola súa orientación sexual real ou presumida non se considera asasinato agravado nin se considera un crime de gravidade superior.

Esta lagoa non foi compensada polos tribunais internos, que rexeitaron aplicar a agravante de vandalismo. Ademais, o seu razoamento non ofrece claridade acerca do peso que deron ás motivacións homófobas na súa apreciación global da interacción entre os factores individuais atenuantes para a fixación das penas dos dous agresores. O Tribunal Supremo de Casación, pola súa banda, non mencionou a motivación homófoba nas súas resolucións.

A práctica habitual dos tribunais búlgaros para elixir a determinación da pena consiste nunha apreciación global do conxunto dos factores atenuantes e agravantes e non é posible, en principio, acordar un peso específico a un factor.

Aínda que se chegou á conclusión de que a agresión ao fillo da demandante foi motivada polo odio cara aos homosexuais, as xurisdicións búlgaras non derivaron unha consecuencia xurídica tanxible desa constatación.

Desde a perspectiva do TEDH, esta situación explícase principalmente polo feito de que o dereito penal búlgaro non ofrece unha base normativa axeitada.

Por iso, o TEDH condena Bulgaria por unha violación do artigo 14 en relación co artigo 2 CEDH e comínaa, baseándose no artigo 46 CEDH, a que se introduza a agravante de orientación sexual nos delitos de agresión violenta do Código penal.

Os xuíces Tim Eicke (Reino Unido) e Faris Vehabović (Bosnia e Herzegovina) manifestaron unha opinión concorrente. Argumentan que os tribunais internos non cualificaron correctamente os feitos ocorridos. Aínda que o Código penal búlgaro non considera a homofobia como unha agravante, ofrecía ferramentas para reflectir apropiadamente nas sentenzas impostas a natureza homófoba do asasinato do fillo da demandante. Subliñan que os tribunais internos ofreceron unha sanción penal inferior á mínima prevista pola lei.

Os maxistrados recordan que o TEDH subliñou na sentenza *Sabalić* a necesidade de que as autoridades internas demostren o compromiso do Estado co Convenio, asegurando que os ataques homófobos non sexan ignorados polas autoridades competentes e proporcionando unha protección efectiva, mostrando que estes actos en ningún caso poden ser tolerados, en lugar de fomentar unha sensación de impiedade pola comisión de delitos de odio violentos.

Os maxistrados din que as atenuantes identificadas polo Tribunal Supremo búlgaro, á luz da xurisprudencia do TEDH, non permiten a rebaixa da pena. Iso obsérvase claramente en relación coa atenuante baseada na inexistencia de antecedentes penais, pois na determinación dos feitos polos tribunais internos quedou probado que os agresores se reunían habitualmente no parque para agredir homosexuais. Por iso, a atenuante habería que matizala por esta circunstancia obxectiva.

### 3 Dignidade humana e prohibición de discriminación no exercicio do dereito á integridade física e moral fronte a agresións homófobas

#### 3.1 Os Estados teñen a obriga positiva de previr e investigar a violencia por razóns de orientación sexual

Os dereitos e liberdades do Convenio teñen un contido procesual e substantivo. Para que o recoñecemento do dereito sexa real e efectivo, é necesario que o ordenamento considere un procedemento que garanta unha investigación axeitada e que ese procedemento se leve a cabo na práctica cando se dá un suposto de feito na realidade.

Regap



ESTUDIOS

E é que o procedemento constitúe unha garantía fundamental dos cidadáns en todo Estado que pretende ser de dereito. Trátase da cuestión principal subxacente na sentenza ditada no caso *Oganezova c. Armenia*, do 17 de maio de 2022, na que me vou centrar agora.

A demandante é unha cidadá que na actualidade vive en Nacka, Suecia. É unha coñecida activista armenia na defensa a nivel nacional e internacional dos dereitos das minorías sexuais. É copropietaria do bar DIY Club no centro de Yerevan, un lugar en que socializan as persoas LGTBQ+. Tras a retransmisión dunha entrevista en que mencionaba a súa participación nunha marcha do orgullo gai, foi obxecto dunha campaña de ameazas, acoso e intimidación en liña pola súa orientación sexual, o que tivo como colofón o ataque con bombas incendiarias ao seu local. Os agresores ocasionaron danos materiais graves. Tras o atentado, no mesmo mes, o bar e a demandante convertéronse no obxecto dunha agresión continuada case a diario durante máis de dúas semanas por unha serie de individuos. A demandante foi ameazada de morte e sufriu agresións físicas e verbais, tanto en persoa como en liña. Finalmente, a demandante abandonou Armenia e refuxiouse en Suecia, onde solicitou asilo pola persecución que sufría como consecuencia da súa orientación sexual. Dous dos autores do ataque con bombas ao local foron condenados a dous anos de prisión por causar danos intencionadamente á propiedade, así como a unha indemnización a xeito de responsabilidade civil. Non obstante, o tribunal decidiría a suspensión da pena de prisión, solución que foi impugnada sen éxito pola demandante.

Esgotada a vía interna, a demandante acode ante o TEDH alegando unha violación do artigo 3 CEDH en relación co artigo 14 CEDH.

O TEDH comeza a súa argumentación indicando que non é decisivo o feito de que a demandante non sufrise danos físicos como consecuencia do ataque. A demandante converteuse no obxectivo dunha campaña continuada de agresión homófoba que a conduciu a abandonar permanentemente o país en que viviu toda a súa vida, o que afectou aos seus lazos sociais e familiares. Ao avaliar os incidentes en cuestión, o TEDH ten en conta a situación precaria da comunidade LGTBI en si mesma no Estado implicado, como se deduce de varios informes acerca do sentimento xeneralizado cara a esta comunidade. Contra estes antecedentes, a natureza discriminatoria dos feitos e o nivel de vulnerabilidade da demandante, que publicamente se posicionou no grupo sinalado do prexuízo social, era especialmente manifesta. Os ataques tiñan a finalidade de amedrentar a demandante para que desistise do seu apoio público ao colectivo LGTBI, o que incluía o seu activismo na comunidade local rexentando un bar como proxecto en común. Tamén supuxo unha destrución do seu modo de vida, xa que o ataque ao local a privou da súa fonte de ingresos. Estaba claro que o comportamento dos autores do ataque, así como das persoas involucradas no acoso continuado á demandante, estaba premeditado, cunha motivación homófoba, e tiña como finalidade disuadir a demandante de reabrir o local. Ademais, a demandante sufriu enfrontamentos físicos de homes descoñecidos que a ameazaron en persoa e a humillaron.

O TEDH subliña que a angustia e o estrés da demandante se exacerbaría debido ao feito de que a policía non reaccionou axeitadamente e a tempo. As medidas de protección que solicitou para ela mesma e o seu contorno concedéronse unha semana

despois, pero retiráronse aos cinco días sen asegurar que xa non estaban en perigo. A situación en que a demandante se atopou como resultado dos ataques sufridos motivados polo odio homófobo debeu suporlle necesariamente sentimentos de medo, angustia e inseguridade que non son compatibles co respecto da dignidade humana. Por conseguinte, a violencia sufrida alcanza o nivel de gravidade no sentido do artigo 3 tomado en consideración xunto co artigo 14 CEDH.

O TEDH subliña que as autoridades teñen o deber de prever a violencia con motivación de odio, así como de investigar a existencia dun posible vínculo entre un motivo de discriminación e o acto de violencia, tanto físico como verbal. Trátase de obrigas positivas do Estado que derivan dos artigos 3 e 8 CEDH. O TEDH engade que a prevención da violencia por razóns de orientación sexual, así como a obriga de investigar esa relación, poden observarse tamén como responsabilidades positivas baseándose no artigo 14 CEDH, que asegura o recoñecemento igualitario do contido dos artigos 3 e 8 CEDH.

A continuación, o TEDH analizará se houbo unha investigación efectiva do ataque incendiario. Aínda que a policía realizou unha investigación razoablemente expeditiva, non adoptou medidas de investigación no lugar dos feitos. En realidade, identificouse os autores do delito e a posterior detención grazas aos esforzos dos empregados dun negocio próximo e da demandante e os seus achegados. As autoridades non terían, por iso, dificultade ningunha na resolución do caso. Aínda que a motivación de odio era manifesta desde o principio –había probas directas–, o ataque incendiario foi tratado polas autoridades que investigaron os feitos e polos tribunais como un delito ordinario de incendio, o que incidiría na maior levidade das consecuencias legais. Este aspecto fundamental do delito fixo que a agresión sexa invisible e sen implicacións penais.

A existencia da proba neste caso exixía unha aplicación efectiva dos mecanismos do dereito penal interno aptos para dilucidar a motivación homófoba que impulsou este incidente violento e identificar e, se é o caso, castigar axeitadamente os responsables. Non obstante, o dereito penal interno non considera a orientación sexual ou identidade de xénero como unha razón na comisión do delito ou unha circunstancia agravante. Ademais, o artigo 226 do Código penal, que criminaliza a incitación ao odio, non se refire á orientación sexual ou á identidade de xénero. O TEDH censura que Armenia non seguiu a Recomendación da Comisión Europea contra o racismo e a intolerancia nesta materia.

Dado o motivo claro de odio detrás do ataque ao bar e a situación precaria en que se atopa a comunidade LGTBI no Estado, as autoridades debían abordar o tema da discriminación que motivou o ataque incendiario no bar. Non houbo unha aplicación rigorosa da lei. A indiferenza das autoridades internas supón unha conivencia do Estado na comisión do delito. Ademais, como non se realizou unha distinción entre situacións que son claramente diferentes, violouse o artigo 14 CEDH.

As autoridades, polo tanto, non cumpriron coa súa obriga positiva de investigar dun xeito efectivo a motivación homófoba do ataque<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Acerca do contido procesual do artigo 3 CEDH, será de interese a consulta da monografía de ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Brechas convencionales en España. Un reto constitucional del siglo XXI*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, 156 pp.

En relación coa reacción das autoridades tras o ataque ao local e as continuadas agresións e intimidacións homófobas sufridas pola vítima, o TEDH observa que se adoptaron medidas de protección insuficientes que mesmo se retiraron só cinco días despois do seu establecemento por razóns non aclaradas. A decisión de levantalas tería requirido unha reavaliación coidadosa acerca da vixencia dos riscos. As autoridades, polo tanto, non realizaron unha investigación axeitada en relación coas alegacións da demandante.

En canto ao discurso de odio, as agresións verbais consistiron en chamadas á violencia contra a demandante. Tratábase de infraccións de natureza penal. Non obstante, esta posibilidade non estaba considerada no dereito interno. Ademais, tendo en conta os actos de violencia física e verbal en liña, as autoridades deberon avaliar con maior dilixencia os comentarios de odio publicados nas plataformas dixitais. Pola contra, os parlamentarios e os políticos de primeiro nivel realizaron declaracións intolerantes ao apoiar o ataque ao local. A pesar de que o dereito interno prohibe o discurso do odio, a orientación sexual e a identidade de xénero aínda non se inclúen na definición dos delitos de odio malia as recomendacións dos órganos internacionais competentes nesta materia. En consecuencia, as autoridades non ofreceron unha resposta adecuada ao discurso de odio homófobo do que a demandante foi vítima.

Por todo iso, o TEDH conclúe que houbo unha violación do artigo 14 en relación co artigo 3 CEDH.

A liberdade de expresión e de asemblea son dúas liberdades fundamentais para a defensa efectiva dos dereitos das minorías sexuais. Non se deberá impedir a organización de manifestacións de defensa do colectivo LGTB baseándose nunha idea de moral recalcitrante. As manifestacións deben ser garantidas mediante o establecemento dunha protección policial adecuada fronte aos contramanifestantes. No caso contrario, entendemos que as autoridades internas ofrecen un apoio tácito aos últimos.

O TEDH volve coñecer acerca das dificultades extremas que atopan as organizacións de defensa dos dereitos LGTBQ+ para manifestarse libremente na sentenza ditada no caso *Women's Initiatives Supporting Group e Outros c. Xeorxia*, do 16 de decembro de 2021. O caso, en concreto, refírese ao ataque de miles de contramanifestantes, clérigos e membros de organizacións non gobernamentais antiLGTBI, contra manifestantes LGTBI o 17 de maio de 2013, Día Internacional contra a Homofobia, no centro de Tbilisi.

O TEDH considerou, en concreto, que as autoridades non adoptaron medidas para protexer os manifestantes pacíficos a pesar dos riscos asociados á manifestación. Houbo, ademais, imaxes e reportaxes de xornalistas independentes, que reflicten a conivencia da Administración cos autores dos actos de violencia. O TEDH non exclúe a posibilidade de que a escalada de violencia estea influída pola ausencia dunha investigación obxectiva sobre os ataques á comunidade LGTBI sucedidos durante os actos do ano anterior, que foron obxecto da sentenza de condena do TEDH *Identoba e Outros c. Xeorxia*, do 12 de maio de 2015.

O TEDH decidiu, por unanimidade, que houbo unha violación do artigo 3 en relación co artigo 14 CEDH debido a que as autoridades non protexeron os manifestantes



pacíficos da agresión homófoba e tránsfoba e de non levar a cabo unha investigación axeitada. Ademais, declarou unha violación do artigo 11 en relación co artigo 14 CEDH.

Outro exemplo de abusos contra as minorías sexuais ofrécenolo a sentenza *Aghdgomelashvili e Japaridze c. Xeorxia*, do 8 de outubro de 2020. Un grupo duns 17 policíaos vestidos con roupa de paisano entraron na oficina da organización non gobernamental LGTB The Inclusive Foundation, na cal se realizaban os preparativos para a organización dunha exhibición artística. Os policíaos comunicaron que lles ían realizar un rexistro, sen mostrar unha orde xudicial.

As demandantes, que traballan para a ONG, e os seus compañeiros, alegan que os axentes de policía, ao darse conta de que se atopaban nunha organización LGTB, se volveron agresivos. Un dos axentes incautouse forzosamente do seu móbil, mentres que outro dixo que desexaba prender lume á oficina. Os policíaos insultaron as mulleres presentes, chamándolles “enfermas”, “pervertidas” e “tortilleiras”, e ameazounas con difundir a súa orientación sexual, o cal é especialmente grave neste país tendo en conta o rexeitamento que a sociedade en xeral sente cara ás minorías sexuais.

As axentes de policía mulleres cachearon case todas as mulleres presentes, como as demandantes. As vítimas sentiron que o cacheo se realizou para humillar, xa que as axentes non buscaron na roupa que lles obrigaron a quitar.

A querela presentada polas demandantes en xaneiro de 2010 está pendente de solución no momento en que se dita esta sentenza.

Baseándose no artigo 3 (prohibición dos tratos inhumanos ou degradantes) e 14 (prohibición de discriminación), as demandantes alegan que a policía as someteu a malos tratos físicos e mentais con connotacións claramente homófobas e tránsfobas, ignoradas no seo da investigación posterior.

O TEDH en primeiro lugar resalta que, en 10 anos, non se desenvolveu unha investigación efectiva acerca da motivación homófoba e tránsfoba do rexistro da sede da organización e o cacheo das demandantes. Esta pasividade enténdese no contexto da hostilidade, ben documentada, das autoridades de Xeorxia cara á comunidade LGTBBIQ+.

Por iso, considera que houbo unha violación do artigo 3 en relación co 14 desde unha perspectiva procesual.

A continuación, o TEDH establece se o Estado é responsable polos abusos alegados durante o rexistro. O TEDH considera que a versión dos feitos das demandantes, que o Goberno non rebateu e foi confirmada por testemuñas presenciais, se probou máis alá de toda dúbida razoable.

A actitude dos axentes, motivada polo odio homófobo e tránsfobo, foi groseiramente inapropiada. Os axentes non só quixeron humillar e degradar as demandantes co seu discurso do odio, senón que ademais as ameazaron. Os rexistros corporais, ademais, tiveron especial gravidade. Tiñan como finalidade avergonzar e castigar as demandantes pola súa vinculación a unha asociación da comunidade LGTBI.

Os axentes, co seu comportamento, tiveron que provocarlles sentimentos de medo, angustia e inseguridade ás demandantes que non son compatibles co respecto da súa dignidade humana. Por iso, conclúe que houbo unha violación do artigo 3 en relación

Regap



ESTUDIOS

co 14 tamén desde unha perspectiva substantiva. E recoñeceu unha indemnización de 2.000 euros para cada demandante por danos non pecuniarios.

En fin, este clima de violencia contra as minorías sexuais apoiada directa ou indirectamente polas administracións públicas e os xuíces e tribunais de Xeorxia xerou correntes de refuxiados cara a países do oeste de Europa.

Como apuntei máis arriba, a educación en materia de igualdade, en concreto por razón de orientación sexual e identidade de xénero, é fundamental para previr a homofobia e a transfobia. Pola contra, a ausencia desta materia na escola e a presenza de profesores pouco sensibles ou hostís cara á diversidade sexual pode implicar a perpetuación de actitudes homófobas desde idades temperás. Será fundamental a protección integral da infancia de conformidade coas ordes internacionais. A este respecto, cabe indicar que a Resolución 1728 (2010) da Asemblea Parlamentaria (Consello de Europa) sobre discriminación por razón de orientación sexual e identidade de xénero, á que me referín anteriormente, sinala que é importante non criticar a orientación sexual percibida ou declarada dos mozos, especialmente dos menores de dezaoto anos, e de recoñecer que calquera humillación ou trato degradante por este motivo pode danar o seu benestar e desenvolvemento persoal de por vida. Estas ideas son fundamentais para previr comportamentos homófobos entre os menores de idade, como ocorreu no caso formulado na sentenza *Genderdoc-M e M.D. c. a República de Moldavia*, do 14 de decembro de 2021. A primeira demandante é unha asociación inscrita en Chişinău. Representa os intereses das persoas LGBT na República de Moldavia. O segundo demandante vive en Bălţi.

O Tribunal de Distrito de Bălţi ditou unha sentenza o 9 de xuño de 2014 pola que condenou a M. por discurso do odio e incitación á discriminación contra homosexuais ao realizar unha chamada, nunha declaración pública, a non contratalos no sector educativo, médico e alimentario, argumentando, falsamente, que o 92 % dos homosexuais teñen o virus da inmunodeficiencia humana (VIH). O tribunal ordenoulle retractarse e indemnizar a Genderdoc-M cunha multa de 10.000 lei moldavos e 12.564 polas custas.

Non obstante, M. daría unha rolda de prensa indicando que pediría desculpas aos cristiáns e non aos homosexuais xa que en realidade non están infectados co VIH o 92 % de homosexuais, senón o 95 % e que moitos deles constituían un perigo para a sociedade.

A asociación interpuxo unha querela contra M. Os tribunais concluíron que as expresións pronunciadas por M. non constituían un delito.

Por outro lado, o segundo demandante foi agredido física e verbalmente o 5 de outubro de 2014 por un grupo de 12 a 14 menores, chamándolle gai. Os agresores subiron o vídeo do ataque a Internet. Como consecuencia diso, foi agredido en varias ocasións por persoas que o identificaron pola rúa nos días posteriores. O demandante sufriu lesións como consecuencia das agresións, aínda que serían minimizadas polos médicos que o atenderon. Os tribunais dixeron que o demandante sufrira violencia, pero non consideraron que sufrise discriminación.

O TEDH comeza a súa argumentación subliñando que as autoridades teñen o deber de previr os actos de violencia motivados polo odio realizados, así como investigar a

existencia dun posible vínculo entre un motivo discriminatorio e o acto de violencia, o que fai referencia ao aspecto procesual do artigo 3 CEDH e ao de asegurar os valores fundamentais do artigo 3 CEDH sen discriminación, baseándose nas obrigas positivas que derivan do artigo 14 CEDH.

Neste caso, á vista das alegacións do segundo demandante acerca da violencia sufrida con insultos homófobos, o TEDH di que tivo a suficiente gravidade para considerala tratos inhumanos ou degradantes baseándose no artigo 3 CEDH e que as autoridades non investigaron a cuestión. Por iso, o TEDH analizará as queixas dos demandantes desde a perspectiva do artigo 3+14 CEDH.

O artigo 3 CEDH non só cobre o maltrato físico, senón tamén o maltrato psicolóxico. Así, o maltrato pode cualificarse como degradante cando provoca na vítima sentimentos de medo, angustia e inferioridade capaces de humillalos e degradalos, como dixo nas sentenzas ditadas nos casos *Gäfgen c. Alemaña*, do 1 de xuño de 2010 e *Eremia c. a República de Moldavia*, do 28 de maio de 2013. O TEDH ademais recorda que o trato discriminatorio en si mesmo pode, en principio, supor un trato discriminatorio no sentido do artigo 3 CEDH, aínda que novamente se exige un nivel de gravidade tal que constituía unha afronta á dignidade humana. Máis especificamente, *o trato que se basea nun nesgo predisposto por parte dunha maioría heterosexual contra unha minoría homosexual pode, en principio, atraer a aplicabilidade do artigo 3*, como dixo na sentenza ditada no caso *Smith e Grady c. o Reino Unido*, do 27 de setembro de 1999. As apreciacións discriminatorias e os insultos deben ser considerados como un factor agravante ao avaliar uns malos tratos á luz do artigo 3. Ao analizar a proba nunha demanda sobre violación do artigo 3 do Convenio, o TEDH aplica o estándar “máis alá de toda dúbida razoable”, entendendo que deberá darse a coexistencia de inferencias suficientes, claras e concordantes ou presuncións de feito irrefutables, como dixo na sentenza ditada no caso *Farbtuhs c. Letonia*, do 2 de decembro de 2004.

O artigo 1 do Convenio, interpretado xuntamente co artigo 3, exíxelles aos Estados protexer calquera persoa que se atope no seu territorio de todo tipo de malos tratos dos que teña –ou deba ter– coñecemento, o que exige, ademais, unha axeitada investigación das alegacións de violencia, obriga que non é de resultado, senón de medios. Os Estados deben adoptar as medidas que sexan necesarias nun prazo razoable na investigación das alegacións de tratos inhumanos ou degradantes.

Os Estados, ao investigar incidentes violentos, como os malos tratos, teñen o deber de adoptar todos os pasos razoables. Neste caso en concreto, o TEDH observa que non houbo unha investigación efectiva e que o Estado encubriu a agresión coa súa pasividade. Por iso, conclúe que o Estado non cumpriu as súas obrigas positivas en relación cos artigos 3+14 CEDH.

Trátase dunha sentenza moi relevante se temos en consideración, ademais, que polo menos os primeiros agresores de M.D. eran menores, o que non exime o Estado da súa obriga de investigar e dar unha resposta *axeitada* á gravidade dos feitos.

Regap



ESTUDIOS

### 3.2 Abuso de dereito: as normas referidas aos dereitos fundamentais non deberán interpretarse a favor do agresor e en detrimento da vítima

Pavla Sabalić é unha cidadá croata que vive en Zagreb. Unha noite, mentres se atopaba cunhas amigas nunha discoteca, un home, M.M., agrediuna tras rexeitar as súas insinuacións dicíndolle que non lle gustaban os homes, que era lesbiana. M.M. comezou a insultala berrando, por exemplo, “teríanvos que matar a todas”! ou “voute f..., lesbiana!”. A continuación, agrediu fisicamente a demandante. A demandante tería que ser levada ao hospital para curar as feridas. O agresor foi sancionado cunha multa leve de 40 euros polo quebranto da paz social e a orde pública<sup>9</sup>.

A demandante non tivo coñecemento dese proceso. En calquera caso, interpuxo unha querela alegando que fora vítima dun delito violento de odio e discriminación. A súa solicitude sería desestimada, pois entendeuse que M.M. xa fora sancionado e que non cabía unha nova sanción polos mesmos feitos, baseándose na prohibición do *bis in idem*.

Esgotada a vía interna, a demandante acode ante o TEDH alegando unha violación do artigo 3 (prohibición dos tratos inhumanos e degradantes) en relación co artigo 14 (prohibición de discriminación). Razo a que o procedemento por unha infracción leve de orde pública non considerou o compoñente de delito de odio polo que o agresor quedou impune. A demandante tamén alega o artigo 13 CEDH. Como veremos, os límites á prohibición do *bis in idem*, considerados no artigo 4 do Protocolo n. 7, que non alegou a demandante, serán decisivos para a solución do caso.

As asociacións e organizacións non gobernamentais Zageb Pride, European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans e Intersex, Advice on International Rights in Europe Centre e International Commission of Jurists participaron como terceiras partes intervenientes.

O TEDH, na sentenza *Sabalić c. Croacia*, do 19 de xaneiro de 2021, en primeiro lugar, estuda se o artigo 3 CEDH é aplicable. Para iso, baseándose na súa doutrina, determinará se se deu o mínimo de gravidade requirido. A avaliación dese mínimo dependerá da duración da agresión, o seu efecto físico e psicolóxico e, nalgúns casos, o sexo, a idade e o estado de saúde da vítima. Pódense considerar outros factores como a intención ou a motivación, así como o contexto en que a agresión se deu.

Como antes apuntei, a agresión que atinxe ao mínimo de gravidade exixible para a aplicabilidade do artigo 3 normalmente inclúe o dano corporal ou un sufrimento físico ou mental intenso. Porén, no caso de que estes aspectos non concorran, cando os malos tratos se refiren a unha humillación ou degrada unha persoa, mostrando unha falta de respecto ou unha inxerencia na súa dignidade humana, ou esperta sentimentos de medo, angustia, ou inferioridade aptos para minar a integridade moral e psicolóxica dunha persoa, pode considerarse tamén degradante, polo que sería aplicable a prohibición do artigo 3. O TEDH a continuación resalta que pode ser

<sup>9</sup> Acerca da vaguidade deste concepto, remítome á monografía de GONZÁLEZ BOTIJA, F., *Orden público y libertad*, Atelier, Barcelona, 2018, 382 pp.

suficiente que a vítima se vexa humillada a si mesma, aínda que os demais non teñan esta percepción (parágrafo 64 *in fine*). Trátase, sen dúbida, dun grande avance na cualificación das agresións baseadas en motivos de discriminación, xa que a agresión non quedará condicionada pola variada percepción que se poida ter nas diferentes sociedades e nos ordenamentos nacionais acerca da orientación sexual ou a maior ou menor tolerancia cara á motivación homófoba da violencia alimentada por unha combinación de comportamentos sociais discriminatorios no contexto dunha cultura dominante e o discurso do odio que lexítima e promove a discriminación baseada na intolerancia.

O TEDH observa, nesta mesma orde de consideracións, que os autores da agresión poden ter motivos mixtos influídos por factores situacionais tan intensos como os propiciados pola homofobia.

Neste caso, o TEDH constata que, de conformidade coa versión dos feitos ofrecida pola policía no lugar no que se produciron, así como polas declaracións da vítima e as testemuñas, e a investigación xudicial levada a cabo, a demandante foi agredida por M.M. cando expresou a súa orientación sexual. No informe policial consta que M.M. primeiro agarrou a demandante coas dúas mans e empurroua contra unha parede e logo comezou a golpeala por todo o corpo e, cando caeu ao chan, continuou pateándoa. O ataque concluíu cando unha das amigas da demandante disparou a súa pistola de gas para asustar o agresor. Como consecuencia da agresión, a demandante sufriu contusións na cabeza, un hematoma na fronte, traumatismos na cara, na fronte e na zona arredor dos labios, tensión no pescozo, contusión no peito e traumatismos nas palmas e nos xeonllos.

Por todo iso, o TEDH considera que o ataque tiña como finalidade menoscabar a súa integridade e dignidade, polo que considera que o artigo 3 CEDH é aplicable.

O TEDH observa que o dereito interno ofrece ferramentas para investigar os actos violentos con motivación de odio por razón de orientación sexual. A demandante fundamenta a súa demanda na ausencia dunha resposta efectiva por parte das autoridades internas ao delito de odio violento que sufriu.

O TEDH constata que inicialmente as autoridades actuaron correctamente. En efecto, a policía compareceu no lugar dos feitos, tomoulles declaración ás testemuñas e realizou un informe en que se describía a agresión. O ordenamento interno exige que nestes casos a policía actúe de oficio e presente unha querela. No entanto, a policía canalizou o caso mediante un proceso de delitos leves por alteración da paz social e a orde pública. Finalmente, o agresor foi sancionado cunha multa de 40 euros, polo que a agravante de discriminación por razón de orientación sexual foi ignorada.

O TEDH, baseándose no principio de subsidiariedade, espera que os tribunais nacionais ofrezan solucións xustas compatibles co estándar mínimo de protección dos dereitos humanos establecido no Consello de Europa. Neste caso, o TEDH observa que a sanción imposta é irrisoria en relación coa gravidade da agresión. Trátase, polo tanto, dunha resposta claramente desproporcionada en prexuízo da vítima da agresión. O Goberno a este respecto alegou que a sanción leve de orde pública supuxo unha barreira formal para a imputación penal de M.M. polo acto violento de odio baseándose no principio *non bis in idem*.

Regap



ESTUDIOS

O TEDH, pola contra, observa que as autoridades internas, ao promoveren innecesariamente o proceso de faltas, menoscabaron a posibilidade de ofrecer unha resposta penal axeitada á gravidade da agresión cometida.

Como non se tiveron en consideración os motivos de discriminación por razón de orientación sexual na determinación do castigo polos delitos de odio violentos, o TEDH observa que se deron vicios esenciais no procedemento baseándose no artigo 4.2 do Protocolo n. 7 ao CEDH. En efecto, aínda que o primeiro parágrafo deste precepto prohibe sancionar dúas veces polos mimos feitos, no parágrafo 2.º establece a excepción que se dará cando houberse vicios esenciais no procedemento. Vexamos, en concreto, a redacción dos dous parágrafos:

*“1. Ninguén poderá ser perseguido ou condenado penalmente polos tribunais do mesmo Estado por unha infracción pola que xa fose absolto ou condenado en virtude de sentenza firme conforme a lei e o procedemento penal dese Estado.*

*2. O disposto no parágrafo anterior non impedirá a reapertura do proceso, conforme a lei e o procedemento penal do Estado interesado cando feitos novos ou ulteriormente coñecidos ou un vicio esencial no procedemento anterior puidesen afectar á sentenza ditada”.*

Neste caso, as autoridades internas non ofreceron unha solución axeitada ao caso. Non lle ofreceron á demandante un resarcimento xusto anulando, por exemplo, o procedemento de faltas e o reexame do caso. As autoridades internas, di o TEDH, non cumpriron co seu deber de combater a impunidade de delitos de odio de conformidade cos estándares do Convenio. Por todo iso, o TEDH considera que houbo unha violación do artigo 3 en relación co artigo 14 CEDH.

Por conseguinte, a prohibición do *bis in idem*, un dereito humano recoñecido no sistema de Estrasburgo ao servizo dunha sociedade democrática non deberá utilizarse, precisamente, para menoscabar os fundamentos do Convenio. Neste caso, o proceso penal axeitado á gravidade da agresión cometida non debeu quedar desprazado polo proceso administrativo de faltas en favor da protección dos dereitos da vítima, polo que a sanción pola alteración da orde pública debemos considerar, á luz do razoamento do TEDH, que presenta un vicio esencial –trataríase dun acto nulo de pleno dereito, como diríamos en España–, xa que lesiona, de xeito reflexo, os dereitos fundamentais da vítima, mentres que favorece inxustamente o autor do delito<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> O TEDH, como comprobamos, soluciona o caso baseándose nos límites á prohibición do *bis in idem* para apoiar a conclusión de que houbo unha discriminación na prohibición dos tratos inhumanos e degradantes. Tal como se formularon os feitos e se resolveu na vía interna, parece a solución máis razoable. Non obstante, cabe considerar que a concorrencia do proceso administrativo e penal neste caso non tería implicado unha violación do *non bis in idem* tendo en conta que as normas aplicables atenden bens xurídicos diferentes. Ao respecto, remítome aos traballos de BUENO ARMIJO, A., “La esperada rectificación de la doctrina sobre el *ne bis in idem* procesal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La ¿inevitable? STEDH de 14 de enero de 2021, Sabalic c. Croacia, rec. n. 50231/13”, Calzadilla Medina, M.ªA. e Martín Quintero, R. (dirs.); Franco Escobar, S. (coord.), *El Derecho de la Unión Europea ante los objetivos de desarrollo sostenible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 677-699; e CANO CAMPOS, T., “Los claroscuros del *non bis in idem* en el espacio jurídico europeo”, Rebollo Puig, M., Huergo Lora, A., Guillén Caramés, J. e Cano Campos, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2022, pp. 27-69.

Polo demais, tendo en conta o razoamento ofrecido en relación cos artigos 3+14 CEDH, o TEDH considera innecesario resolver baseándose no artigo 13 CEDH considerado illadamente.

## 4 Cirurxías a menores intersexuais

A reasignación de xénero sen consentimento constitúe unha interferencia no dereito á integridade física, polo que os ordenamentos nacionais deberán respectar a libre autonomía da vontade das persoas, especialmente das persoas transexuais e intersexuais, como di o TEDH na Decisión de inadmisión *M. c. Francia*, do 26 de abril de 2022, que comentarei a continuación.

A demandante é unha persoa intersexual nacida en 1977 que sufriu na súa infancia e adolescencia operacións cirúrxicas e tratamentos médicos de feminización. Indica que lle causaron graves problemas psicolóxicos e psiquiátricos e a declaración de traballador discapacitado, o que lle impide atopar un traballo estable. Padece dificultades de inserción social e económica.

A demandante subliña que os seus pais recibiron unha información incompleta e falaz no momento do seu nacemento e que a decisión de asignarlle o sexo feminino se adoptou cando era demasiado nova para consentir. Non foi informada da finalidade dos tratamentos que lle administraron. Non tivo coñecemento diso ata o ano 2000. Ata 2014 non soubo o motivo do seu estado nin a finalidade das operacións.

A demandante denunciou en 2015 ante o Tribunal de Grande Instancia, o cal inadmitiu a denuncia ao considerar que en 2005 prescribira o seu dereito de acción.

Baseándose no artigo 3 CEDH, a demandante di que non houbo unha investigación oficial e efectiva en relación cos feitos que relata e denuncia o incumprimento por parte do Estado da súa obriga de adoptar medidas efectivas de protección contra os malos tratos que se lle inflixiron.

O TEDH comeza a súa argumentación indicando que os asuntos referidos a tratamentos médicos poden ser examinados baixo o ángulo do artigo 8 do Convenio, o que inclúe os tratamentos inflixidos sen consentimento do paciente.

En canto á aplicabilidade do artigo 3, o TEDH considera que un maltrato debe ter un mínimo de gravidade. A apreciación dese mínimo é relativa. Depende dun conxunto de circunstancias, especialmente da duración do tratamento e dos seus efectos físicos ou mentais, así como da idade, do sexo e do estado de saúde da vítima e da súa situación de vulnerabilidade. Aínda que a intencionalidade no dano inflixido á vítima é un criterio para considerar a aplicabilidade do artigo 3, non é determinante.

Un acto de natureza médica sen necesidade terapéutica e sen o consentimento claro da persoa pode constituír un maltrato no sentido do artigo 3. En relación co primeiro, unha medida ditada por unha necesidade terapéutica segundo as concepcións médicas establecidas non sería en principio un trato inhumano ou degradante. A necesidade médica debe ser entón demostrada de xeito convincente. Se se adopta unha medida médica necesaria para evitar un desenlace fatal sen o consentimento do paciente, se é adulto e con facultades para consentir validamente, constitúe unha

violación do dereito á integridade física da persoa. Se o paciente é menor, o seu representante legal debe ofrecer un consentimento claro.

A esterilización dunha persoa practicada sen finalidade terapéutica, así como a mutilación dos xenitais sen consentimento claro, é en si mesmo incompatible co respecto da liberdade e da dignidade humana e constitutiva dun trato contrario ao artigo 3 CEDH.

O TEDH reserva para si a cuestión acerca de se, á luz das consideracións anteriores, o suposto de feito sucedido, isto é, os actos médicos de conformación sexual obxecto deste asunto, encaixan no suposto do artigo 3, xa que non pode admitir o asunto porque non se esgotou a vía interna.

## 5 Prohibición de discriminación no exercicio do dereito ao respecto da vida privada e familiar

### 5.1 Insultos homófobos

Novamente hai que insistir na idea de que a aplicación do ordenamento xurídico debe ser efectiva por parte das administracións públicas, para o que deberán adoptarse as medidas *ex ante* máis adecuadas para protexer os dereitos fundamentais, como o dereito á seguridade e a libre asemblea pacífica. E, cando as medidas preventivas fracasan, deberá considerarse unha solución de reparación equitativa.

Na sentenza ditada no caso *Asociación ACCEPT e Outros c. Romanía*, do 1 de xuño de 2021, os demandantes son unha organización sen ánimo de lucro e cinco cidadáns romaneses. A asociación fundouse no ano 2000 en Bucarest. Naceu coa finalidade de atender e promover fins sociais relacionados coa defensa dos intereses das persoas lesbianas, gais, bisexuais e transexuais do país.

No transcurso do Mes da Historia LGTBI que organizou a asociación en 2013, ofreceu a filmación dunha película sobre unha familia LGTBI. Os outros cinco demandantes asistiron ao encontro. A asociación tivo coñecemento da convocatoria dunha protesta en contra deste acto, polo que solicitaron protección á policía. Por iso, o día da filmación compareceron no cinema dez axentes de policía e o xefe da comisaría. Permaneceron nun corredor xunto a unha sala.

Mentres se proxectaba a película, presentáronse uns 50 manifestantes. Entraron no auditorio e interromperon a proxección. Berraban insultos como “morte aos homosexuais!”, “maricóns!”, entre outros. Estaban relacionados co movemento extremista Nova Dereita (Noua Dreaptă), que se opón ao matrimonio entre persoas do mesmo sexo e á adopción por parellas LGTBI. De feito, algúns dos delincentes levaban bandeiras con símbolos da extrema dereita e simboloxía doutro partido que foi ilegalizado en 2015. A policía entrou na sala de cinema, requisou as bandeiras e demais parafernalia extremista e marcharon a pesar de que os demandantes lles pediron que permanecesen. Como os manifestantes bloquearon o proxector, os organizadores finalmente non puideron continuar vendo a película, co que cancelaron o acto.



Os informes policiais non fixeron referencia á homofobia como motivo da protesta. Apuntaron que se deu un “intercambio de ideas”. A investigación acerca do emprego de simboloxía fascista finalmente tampouco prosperou. Os demandantes presentarían recursos ante os tribunais, pero as súas pretensións serían desestimadas.

Os demandantes acoden ante o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos alegando unha violación dos artigos 3 (prohibición dos tratos inhumanos e degradantes), 8 (dereito ao respecto da vida privada e familiar) e 14 (prohibición de discriminación). En concreto, lamentan que as autoridades internas non os protexesen fronte á agresión que sufriron o día en que se produciron os feitos. Quéixanse tamén dun tratamento parcial e prexuízoso pola súa orientación sexual. Baseándose no artigo 11 (liberdade de asemblea e asociación), lido illada e xuntamente co artigo 14, din que as autoridades non protexeron o seu dereito de asemblea pacífica. Baseándose no artigo 13 (dereito a un recurso efectivo), os demandantes din que non dispuxeron dun recurso efectivo.

O TEDH comezará a súa argumentación observando que a intervención da policía foi mínima, de tal maneira que non evitou a agresión e que nos informes policiais non se fai referencia ningunha aos insultos homófobos nin, polo tanto, á homofobia que motivou a agresión.

Por outro lado, o TEDH considera que as autoridades internas deberon investigar o caso como un delito de odio e que o proceso se prolongou excesivamente, máis de catro anos, sen razón obxectiva suficiente, o que denota a indiferenza cara á agresión sucedida. Ademais, observa que nos informes policiais se utiliza unha linguaxe pouco neutral. Reflicten que houbo discusións, intercambios de ideas entre “simpatizantes” de organizacións de extrema dereita e “seguidores” das relacións de persoas do mesmo sexo, co que se minimizaba a gravidade da agresión. Segundo o TEDH, esta linguaxe carecía de neutralidade e puña en perigo a efectividade do proceso interno.

O TEDH conclúe, por todo iso, que as autoridades internas non ofreceron unha protección adecuada en relación coa dignidade dos demandantes e, máis amplamente, coa súa vida privada, e que non investigaron efectivamente a natureza real da agresión homófoba sufrida. As autoridades discrimináronos por razón da súa orientación sexual, polo que houbo unha violación do artigo 14 en relación co artigo 8 CEDH.

En relación cos artigos 3 e 14 CEDH, o TEDH observa que, aínda que os demandantes puideron experimentar sufrimento psicolóxico debido aos insultos homófobos, a agresión non implicou violencia física, polo que non alcanza o mínimo de gravidade exixible para considerar a aplicabilidade do artigo 3 CEDH, o que diferencia o caso dos referidos, por exemplo, na sentenza *Identoba e Outros c. Xeorxia*, do 12 de maio de 2015, en que si houbo danos á integridade física e ameazas, ademais de insultos homófobos. En fin, o TEDH considera que non houbo violación do artigo 3 CEDH en relación co artigo 14 CEDH.

Polas mesmas razóns, conclúe que houbo unha violación do artigo 11 en relación co artigo 14 CEDH.

Regap



ESTUDIOS

## 5.2 Protección de datos e doazóns de sangue

Na sentenza ditada no caso *Drelon c. Francia*, do 8 de setembro de 2022, o demandante, Laurent Drelon, intentou doar sangue nun punto de recollida do servizo francés de doazón de sangue. Nunha entrevista médica preliminar preguntóuselle se algunha vez tivera relacións sexuais con outro home. Negouse a contestar e a súa solicitude de doar sangue foi rexeitada. Durante a entrevista, os seus datos persoais foron introducidos nunha base de datos. A entrada mostraba que se lle aplicou a contraindicación para doar sangue que identifica os homes que mantiveron relacións sexuais con outros homes mediante o código FR08. Uns meses despois, o demandante fixo unha nova solicitude, pero indicáronlle que estaba excluído da posibilidade de doar sangue baseándose no código antes indicado.

O demandante presentaría unha querela por discriminación facendo referencia ás denegacións das súas solicitudes para doar sangue e porque o servizo de doazón inscribiu a súa presunta homosexualidade.

O xuíz instrutor rexeitou iniciar unha investigación penal. O tribunal de apelación dixo que o xuíz de instrución debeu analizar se a gravación dos datos do demandante podía constituír unha infracción tipificada no Código penal.

O tribunal de casación desestimaría o seu recurso, xa que considerou que a recollida de datos practicada se realizou de conformidade coa normativa aplicable.

O demandante presentou unha nova solicitude en 2016, que lle sería denegada polos mesmos motivos. Ao parecer, a norma aplicable variara, mantendo o mesmo contido. Presentaría tamén un recurso ante o Consello de Estado. Solicitou a eliminación do criterio polo que se lle denegou doar sangue na nova norma. O Consello de Estado rexeitou a súa solicitude baseándose nos datos estatísticos e epidemiolóxicos e á luz do coñecemento científico. Por iso, considerou que o Ministerio de Saúde non adoptou unha medida discriminatoria ao contraindicar a doazón de sangue durante 12 meses dos homes que tiveron relacións sexuais con outros homes.

Baseándose no artigo 8 CEDH (dereito ao respecto da vida privada e familiar), o demandante di que os datos que reflicten a súa presunta orientación sexual foron tomados e almacenados polo servizo francés de doazón de sangue en condicións que supoñen unha violación do Convenio. Baseándose nos artigos 8 e 14 CEDH, quéixase da denegación das súas solicitudes de doar sangue.

O TEDH comeza a súa argumentación indicando que a inxerencia sufrida polo demandante estaba prevista na lei. A continuación, indica que, á vista da sensibilidade dos datos persoais recollidos, é especialmente importante que se respecten os requisitos considerados no artigo 5 do Convenio do Consello de Europa para a protección das persoas con respecto ao tratamento automatizado de datos de carácter persoal, do 28 de xaneiro de 1981. Os datos deben ser precisos, actualizados, apropiados, relevantes, non excesivos en relación coas finalidades do procesamento dos datos, e o seu almacenamento non debe exceder o período necesario. O TEDH, ademais, observa que os datos en cuestión neste caso, que afectan á privacidade do demandante, foron recollidos sen o seu consentimento expreso, o que exige un exame estrito.

O TEDH subliña que a Administración lle atribuíu á entrada de datos do demandante unha contraindicación específica aos homes que teñen sexo con homes, debido, unicamente, a que se negou a contestar preguntas sobre a súa vida sexual durante a entrevista médica previa á doazón. Ningún dos elementos que se remitiron á avaliación do doutor permiten entender esta conclusión da súa conduta sexual. O TEDH conclúe que os datos recollidos se basearon nunha mera especulación e non nuns feitos probados, e que iso non é apropiado. Coa finalidade de alcanzar o obxectivo da salubridade do sangue, sería suficiente con manter simplemente unha indicación acerca da negativa do interesado de responder preguntas acerca da súa sexualidade, xa que este factor xustifica a negativa a aceptar doazóns de sangue polo interesado.

Ademais, o TEDH observa que o Goberno non acreditou que os datos se almacenarían unicamente o tempo necesario para as finalidades a acometer.

Por todo iso, o TEDH considera que a recollida e retención dos datos persoais en cuestión constituíu unha violación do artigo 8 do Convenio.

Como sinalei antes, o demandante tamén alegou unha violación do artigo 8 CEDH en relación co artigo 14 CEDH. O TEDH subliña que a argumentación do demandante se centraba na contraindicación temporal de doar sangue que se aplica a homes que mantiveron relacións sexuais con homes, establecida na norma interna aplicable. A este respecto, o TEDH observa que, malia haber Estados en que esta contraindicación se refire a homes que manteñen prácticas sexuais de risco con outros homes, como sería o caso de Francia, o Reino Unido, Suecia, Finlandia ou Hungría, noutros Estados como España, Italia ou Polonia, unicamente se refiren a relacións sexuais de risco sen realizar unha indicación específica a homes homosexuais. En calquera caso, o TEDH observa que, no asunto presente, a norma aplicable que lle impedía doar ao demandante cando presentou a última solicitude non entrara en vigor aínda, co que a súa solicitude non sería aceptada baseándose no procedemento anterior que o TEDH considerou viciado. Por iso, o TEDH decide non resolver en relación cos artigos 14+8 CEDH. Esta alegación queda cuberta pola condena polo artigo 8 CEDH baseándose na argumentación glosada máis arriba, conclúe o TEDH.

### 5.3 Responsabilidade parental e dereitos de custodia

A aceptación xeneralizada dun modelo de familia convencional fronte a novos modelos de familias nunha sociedade especialmente conservadora non constitúe unha xustificación suficiente para menoscabar o dereito á igualdade de trato no respecto ao dereito ao respecto da vida familiar, de conformidade cos estándares europeos. Na sentenza ditada no caso *X. c. Polonia*, do 16 de setembro de 2021, a demandante comezou unha relación sentimental con outra muller e divorciouse do seu exmarido, Y. Os pais de X non estaban de acordo coas súas decisións e solicitaron xudicialmente a custodia dos seus fillos. A pesar de que o tribunal de distrito lles concedeu unha custodia temporal, en apelación o tribunal recoñeceu a garda e custodia a X.

Y interporía un recurso ante o tribunal de distrito que decidiría ao seu favor tras analizar as súas capacidades para coidar dos nenos. Nesa avaliación, o tribunal

REGAP



ESTUDOS

preguntoulle directamente a Y se mantiña relacións sexuais coa súa nova parella. A demandante impugnaría sen éxito ata esgotar a vía interna.

O TEDH observa que os tribunais internos lle outorgaron ao pai a custodia dos nenos debido á orientación sexual de X. Trátase dunha diferenza de trato que non atende a xustificacións obxectivas nin razoables tendo en conta que se recoñeceu que X e Y tiñan capacidades similares para cumprir coas súas obrigas parentais. Por iso, conclúe que houbo unha violación do artigo 14 en relación co artigo 8 CEDH.

## 6 Dereito de asociación e liberdade de asemblea

Para finalizar, voume referir ás últimas sentenzas de condena a Rusia pola restrición inxustificada da liberdade de asemblea. Trátase dunha situación que se vén prolongando no tempo e que parece que se consolidou polo momento coa expulsión de Rusia do Consello de Europa debido á invasión e ataque militar a Ucraína. A esperanza de que poida concluír o conflito e unha volta á democracia deste país axudaría á recuperación dos dereitos e liberdades dos seus cidadáns.

Na sentenza ditada no caso *Alekseyev e Outros c. Rusia*, do 27 de novembro de 2018, o primeiro demandante é un coñecido activista ruso que defende os dereitos do colectivo LGTBI fronte á política e normativa rusa que promoveu e consolidou a regresión dos avances alcanzados polas minorías sexuais no país. Non en van, xa obtería a razón previamente ante o TEDH por feitos similares, que a continuación vou glosar<sup>11</sup>. Neste caso, o demandante refírese ás actividades relacionadas co Orgullo LGTBI dos anos 2009 a 2014, os dous incluídos.

O TEDH comeza a súa argumentación indicando que se trata dun suposto de feito recorrente, polo que os principios ao respecto se atopan na súa xurisprudencia. Cabe citar neste sentido o precedente *Alekseyev c. Rusia*, do 21 de outubro de 2010, así como, por exemplo, *Bączkowski c. Polonia*, do 3 de maio de 2007.

Tras analizar o expediente, o TEDH observa que non hai ningún feito ou argumento que lle permita alcanzar unha conclusión diferente á que se chegou nos casos anteriores. Neste sentido, o TEDH recorda que non hai unha necesidade social imperiosa que xustifique a prohibición da celebración de actos e asembleas do colectivo LGTBI, polo que a prohibición non é necesaria nunha sociedade democrática. O TEDH observa, ademais, que os demandantes sofren unha discriminación inxustificada por razóns de orientación sexual que é incompatible cos estándares do Convenio e que se lles denegou un recurso efectivo para facer valer os seus dereitos.

Por iso, conclúe, sen máis, que houbo unha violación do artigo 11, 13+11 e 14+11 CEDH en relación con cada demandante.

Os demandantes reclamaron entre 5.000 e 50.000 euros en concepto de danos. O primeiro demandante tamén reclamou 10.000 rublos rusos, uns 141 euros, por dano pecuniario pola multa que pagou como sanción administrativa. Ademais, reclamou

---

<sup>11</sup> *Alekseyev c. Rusia*, do 21 de outubro de 2010.

uns 433 euros polos gastos de viaxe. O Goberno considerou que as reclamacións eran excesivas e irrazoables.

En relación coa reclamación de indemnización do primeiro demandante polos danos ocasionados pola multa administrativa, o TEDH observa que non hai un vínculo causal directo entre a violación considerada e a multa que pagou o demandante tras a súa condena pola infracción administrativa. O TEDH non realiza máis argumentación, o cal resulta cuestionable tendo en conta que a sanción se impuxo precisamente por intentar levar a cabo as actividades que non se permitiron. A multa, na miña opinión, sería contraria ao Convenio Europeo de Dereitos Humanos, polo que si cabe pensar que debeu resarcirse o demandante por ter sido vítima dunha sanción que é contraria ao Convenio.

En relación coas alegacións dos demandantes sobre danos non pecuniarios, o TEDH observa que as violacións do Convenio declaradas neste caso son similares ás que previamente se consideraron no caso *Alekseyev*. Reitera que, en virtude do artigo 46, as partes contratantes se comprometeron a acatar as sentenzas definitivas do TEDH nos casos en que sexan partes, sendo a súa execución supervisada polo Comité de Ministros. No momento en que se dita esta sentenza, o Comité de Ministros continúa a súa supervisión da execución do precedente *Alekseyev*. A este respecto, o TEDH subliña que este órgano adoptou resolucións polas que se lles require ás autoridades de Rusia adoptar todas as medidas necesarias para asegurar que a práctica das autoridades locais e dos tribunais se desenvolve de tal maneira que garanta o respecto dos dereitos á libre asemblea e á non discriminación e invita as autoridades de Rusia a realizar accións que permitan obter resultados concretos. O TEDH reconece que o Goberno non adoptou ningunha medida desde que se ditou a sentenza.

A este respecto, o TEDH recorda que os Estados deben cumprir coas obrigas derivadas dos tratados baseándose no principio *pacta sunt servanda* (artigo 26 do Convenio de Viena sobre Dereitos dos Tratados). O Estado dispón dunha marxe de apreciación en canto aos medios para alcanzar os fins derivados do compromiso adquirido e debe ofrecer información actualizada sobre os avances no proceso de execución da sentenza. Dada a variedade de medios existentes para alcanzar a finalidade e a natureza das materias implicadas, o Comité de Ministros atópase mellor situado para avaliar as medidas específicas que cómpre adoptar. Pola súa banda, o TEDH considera apropiado resaltar que a natureza das violacións constatadas no precedente *Alekseyev* e o alcance do problema recorrente en cuestión require esforzos sostidos a longo prazo na adopción de medidas xerais coa finalidade de afrontar os feitos baseándose nos artigos 11 e 14 en concreto.

A pesar de que o TEDH reconece que o xeito en que as autoridades nacionais tratan as solicitudes para celebrar actos públicos LGBTI e a ausencia de recursos efectivos pode resultar frustrante, conclúe que a consideración de que a nova condena ao Estado, compeléndo a adoptar as medidas arriba mencionadas baseándose no seu ordenamento interno, pode considerarse o medio máis apropiado de resarcimento. O TEDH, en consecuencia, rexeita a demanda do Sr. Alekseyev de indemnización por dano non pecuniario. Quizais o TEDH observou que a decisión acerca dunha

Regap



ESTUDOS

indemnización sería infrutuosa, co que terá optado por realizar un novo requirimento de cumprimento das obrigas internacionais en canto ao respecto dos dereitos humanos.

O TEDH tampouco recoñecerá unha indemnización polos gastos de viaxe e postais alegados polo primeiro demandante ao non facilitar facturas xustificativas.

O xuíz ruso, Dmitry Dedov, formulou unha opinión concorrente. Lamenta que a maioría dixese que o Goberno de Rusia non adoptou ningunha medida tras o precedente. Ao mesmo tempo, di que o TEDH decidiu igual que no dito asunto sen ofrecer un razoamento substantivo (a prohibición de celebrar asembleas públicas non constitúe unha necesidade social imperiosa e non é necesaria nunha sociedade democrática; os demandantes sufriron unha discriminación inxustificada pola súa orientación sexual). É evidente, di o xuíz ruso, que todos os participantes, incluíndo o TEDH, non foron flexibles na busca dun compromiso. O TEDH resaltou que a natureza das violacións e o alcance do problema recorrente require esforzos mantidos a longo prazo na adopción de medidas xerais coa finalidade de atender as cuestións baseándose nos artigos 11 e 14 do Convenio. Non obstante, é difícil divisar ningunha medida se o problema non se identifica. A continuación, o xuíz ruso fai referencia a cuestións que en verdade non se sosteñen. Di que no caso piloto Alekseyev o TEDH ignorou as cuestións referidas á seguridade que entrañan as manifestacións do Orgullo Gay. Trátase, certamente, dunha argumentación pobre, que non desenvolve e que claramente decae se temos en consideración que este tipo de manifestacións se celebran na maioría dos Estados de Europa sen que se desen sucesos que comprometan a seguridade de xeito diferente a actos similares. E é que, como ocorre en toda manifestación, as administracións competentes deberán ofrecer as medidas de seguridade idóneas para asegurar que os manifestantes poidan exercer o seu dereito á liberdade de asemblea. A continuación, o xuíz ruso, cinicamente, di que no caso *Identoba c. Xeorxia* se puxeron de manifesto os problemas de seguridade que entrañan este tipo de reunións. Oculta, non obstante, que os danos que sufriron os demandantes nese caso se deberon, precisamente, á inactividade da Administración interna na adopción das medidas adecuadas para garantir o desenvolvemento pacífico da manifestación e, polo tanto, o exercicio pacífico do dereito á liberdade de asemblea, como sucedeu en casos posteriores. Por outro lado, o xuíz ruso continúa indicando que no caso *Bayev e Outros c. Rusia*, do 20 de xuño de 2017, o TEDH non considerou os dereitos fundamentais dos menores afectados polo debate público sobre a orientación sexual. Estas deficiencias –continúa– crearon a impresión de que a promoción das relacións homosexuais, especialmente dirixida a menores, podería considerarse un tema de debate público. O xuíz ruso, polo tanto, vincula a homosexualidade e a liberdade de asemblea das minorías sexuais con cuestións como a pedofilia, argumento que forma parte do discurso tradicional do odio e da discriminación por razóns de orientación sexual incompatible cunha sociedade democrática e avanzada. Finaliza a súa argumentación propondo un mutuo respecto dos dereitos humanos, requirindo que non se deixe espazo a aqueles que pretenden promover o seu modo de vida (!) e recoñecer as unións civís entre persoas do mesmo sexo como un punto de partida. Non obstante, cabería preguntarse se a defensa do dereito á igualdade que pretenden as asociacións

LGTBI supón a promoción dun determinado xeito de vida ou máis ben a exigencia lexítima de tolerancia e respecto.

A maxistrada suíza Helen Keller, pola súa banda, manifestou unha opinión parcialmente disidente. Non oasi. É que en *Alekseyev I* o TEDH recoñeceu unha indemnización de 12.000 euros, en *Bayev*, de 8.000 e no caso actual suprimiuse, como sabemos. Ao modo de ver da xuíza Keller, a posición maioritaria desvaloriza a gravidade das violacións individuais sufridas polos demandantes e parece que nega a seriedade do feito de que as autoridades non cumpren as obrigas derivadas do Convenio. O TEDH non debería castigar os demandantes polo feito de que o Estado non corríxise unha violación repetida dos seus dereitos.

Continúa a súa argumentación considerando que o recoñecemento dunha indemnización por danos non pecuniarios lle tería ofrecido ao Goberno ruso un incentivo financeiro para corríxir e evitar futuras violacións dando lugar a máis danos.

Pode parecer que o TEDH ofreceu unha argumentación lacónica para a solución do caso. O TEDH adoita resolver con concisión os casos repetitivos que non supoñen cambio ningún e implican unha nova condena para o Estado contratante. Non obstante, a argumentación e a decisión en relación coa indemnización parece irrazoable. Non ten sentido que o mesmo TEDH que lle recoñece unha indemnización ao primeiro demandante por feitos similares aos que se deron neste caso, oito anos despois, a denegue polo feito de que o Estado incumpriu as súas obrigas contractuais. O primeiro demandante, por iso, mostraría a súa insatisfacción. Queixouse publicamente do carácter inequitativo desta solución, xa que sufriu sancións económicas como consecuencia das actividades que emprenderon para celebrar os actos. O TEDH razoou a ausencia de indemnización por danos materiais ou morais en que se trata da práctica habitual nos casos repetitivos, que unha nova condena é unha satisfacción axeitada e que a problemática do asunto deberá ser controlada polo tribunal europeo mediante o labor de supervisión do Comité de Ministros na execución das sentenzas por parte dos Estados contratantes e esforzos realizados a longo prazo. Na miña opinión, non se trata dunha solución sensible ante a problemática que reflicte este caso e o precedente e a súa gravidade tendo en conta que se trata dunha situación de violación dos dereitos humanos que se consolida no tempo cunha resposta do TEDH que dá a impresión de que normaliza unha actuación sistemática da Administración rusa neste tema que socava os fundamentos do Convenio sen considerar algunha medida adicional, como podería ser a solución do caso mediante o precepto agravado da prohibición xeral de discriminación, recollido no Protocolo n. 12, ou unha advertencia de expulsión da entidade supranacional –que, como sabemos, finalmente se levou a cabo pola invasión e guerra en Ucraína–.

As críticas que o primeiro demandante expresou terán como consecuencia que o TEDH inadmita a súa demanda nun novo suposto de feito formulado na sentenza *Zhdanov e Outros c. Rusia*, do 16 de xullo de 2019, que vou glosar a continuación.

Os demandantes son Aleksandr Zhdanov, Nikolay Alekseyev, Kirill Nepomnyashchiy, Aleksandr Naumchik e organizacións rusas que defenden os dereitos das minorías sexuais. Os primeiros son fundadores ou presidentes das segundas.

regap



ESTUDIOS

As organizacións demandantes solicitaron a súa inscrición no rexistro de asociacións. Tanto a Administración como os tribunais internos negáronse por irregularidades formais e porque promovían os dereitos LGBT. Consideraron, en concreto, que estas organizacións tiñan como finalidade “destruír os valores morais da sociedade”, favorecer un decrecemento da poboación e interferir nos dereitos da maioría de rusos, que consideran que as relacións entre persoas do mesmo sexo son ofensivas e que causan inimidade social e relixiosa.

Esgotada a vía interna, os demandantes acoden ante o TEDH alegando unha violación dos artigos 11 (liberdade de asemblea e de asociación) e 14 (prohibición de discriminación).

O TEDH inadmite a demanda do Sr. Alekseyev, como dixen antes. Realizou declaracións públicas sobre o TEDH e os seus xuíces nas redes sociais Instagram e VKontakte que eran virulentas, ofensivas e ameazantes. En concreto, tras a sentenza ditada no caso *Alekseyev e Outros antes* comentada, publicou fotografías dos xuíces cos adxectivos “alcohólico”, “drogadicto” (expresións que recordan as que adoita utilizar o presidente de Rusia, Vladimir Putin, contra os adversarios), “corrupto” e “bastardos e dexenerados europeos” ou “chegou o momento de prender lume ao Tribunal Europeo de Dereitos Humanos”. O TEDH considera que estas declaracións claramente exceden os límites da crítica normal, cívica e lexítima.

Aínda que o TEDH lle enviou un aviso mencionando especificamente as solicitudes presentadas neste caso e o risco de que considere que hai un abuso do dereito de petición, o Sr. Alekseyev non as retirou. De feito, desde entón publicou declaracións, cualificando os xuíces do Tribunal como “escoura corrupta europea” e “homófobos”. O TEDH considerou que estas declaracións, realizadas despois do aviso do TEDH, están conectadas coas solicitudes presentadas neste caso.

O TEDH considera que a conduta do demandante expresa desprezo cara á institución á que recorreu para a defensa dos seus dereitos, polo que decide inadmitir a súa solicitude, o que non impide admitir as solicitudes dos demais demandantes. Dá a impresión de que as expresións grosas do demandante constitúen o xeito de expresar o seu profundo malestar por unha decisión que, como comprobamos, é criticable desde a perspectiva da liña de argumentación ofrecida. Non parece realista que o demandante vaia cumprir a ameaza de prender lume ao Tribunal, ben que obxectivamente pode supor unha incitación á violencia. En calquera caso, o TEDH debería considerar as circunstancias persoais do demandante vítima da represión dun Estado que lle impide exercer pacificamente a liberdade de asemblea desde hai máis dunha década, circunstancia que seguramente endureza a súa expresión ante a frustración.

En calquera caso, a solución adoptada polo TEDH parece razoable pero cuestionable desde a perspectiva do contido que dota na súa xurisprudencia á liberdade de expresión. E é que, como dixo noutras sentenzas, os xuíces deben mostrar unha ampla marxe de tolerancia cara á liberdade de expresión dos demais, no exercicio das súas funcións públicas que fan referencia ao interese xeral, como dixo na sentenza ditada no caso *Benítez Moriana e Íñigo Fernández c. España*, do 9 de marzo de 2021. Como veremos, a opinión parcialmente disidente enfocárase nesta cuestión.



En relación coas alegacións arredor do ao artigo 11 CEDH, o TEDH considera que as decisións dos tribunais rusos denegando o rexistro interferiron na liberdade de asociación das organizacións demandantes e dos seus fundadores ou presidentes. En concreto, no caso da organización sen ánimo de lucro Movement of Equality Marriage non puido constituírse porque, baseándose no dereito ruso, as organizacións non gobernamentais non poden existir sen o rexistro do Estado. Rainbow House e Sochi Pride House, como son asociacións públicas, poderían existir sen a necesidade do rexistro. En cambio, non poderían adquirir o status dunha entidade legal e os dereitos asociados a iso.

A interferencia baseábase nas leis de organizacións non gobernamentais e de asociacións públicas.

O TEDH non considera, a diferenza do Goberno, que a denegación do rexistro das organizacións perseguise a finalidade lexítima de protexer a moral, a seguridade, a saúde pública e os dereitos e liberdades dos demais. A única finalidade lexítima sinalada polas autoridades internas e que o TEDH considera relevante é a prevención do odio e a animizade, que pode conducir á desorde. En concreto, as autoridades cren que a maioría dos rusos desaprobaban a homosexualidade e que, por conseguinte, os demandantes poderían converterse nas vítimas da violencia.

Non obstante, o TEDH observa que o papel das autoridades nestas circunstancias non consiste simplemente en retirar a causa da tensión, senón en asegurar que os grupos enfrontados se toleren respectivamente. É máis, o TEDH subliña que o deber da Administración rusa é o de adoptar medidas razoables e apropiadas para permitir que as organizacións como as dos demandantes poidan desenvolver as súas actividades sen temor á violencia física. As autoridades rusas non adoptaron tales medidas. Pola contra, simplemente decidiron evitar o risco de desorde restrinxindo a liberdade de asociación dos demandantes. Por iso, o TEDH non acepta que a denegación do rexistro das organizacións demandantes sexa necesaria nunha sociedade democrática, polo que decide que houbo unha violación do artigo 11. Ademais, como o motivo para denegar o rexistro das asociacións é a finalidade das asociacións, que consiste na defensa dos dereitos das minorías sexuais, o TEDH conclúe que houbo tamén unha violación do artigo 14 en relación co 11 CEDH.

O TEDH, en fin, reconece indemnizacións aos demandantes por danos non pecuniarios, que oscilan entre os 10.000 e 13.000 euros; e de 6.500 euros por custos e gastos.

Os xuíces Keller, Serghides e Elósegui expresaron unha opinión parcialmente disidente, que se centra na inadmisión da demanda do Sr. Alekseyev.

Comezan a súa argumentación dicindo que as súas declaracións nas redes sociais insultando os xuíces do Tribunal e o mesmo TEDH foron máis alá da crítica ordinaria. Non negan que a linguaxe empregada fose “virulenta e persoalmente ofensiva”. Tamén realizou declaracións falsas e enganosas acerca dos xuíces, o que é un motivo de gran preocupación. Aínda que non cren que as súas declaracións supoñan unha ameaza real e tanxible, observan que os xuíces sinalados poden considerar que os seus comentarios son “ameazantes”. En calquera caso, non cren que a conduta do Sr. Alekseyev poña en perigo a integridade do Tribunal neste caso.

Regap



ESTUDOS

Os maxistrados disidentes coinciden coa maioría do TEDH en que as declaracións do Sr. Alekseyev se deben á súa desconformidade coa sentenza *Alekseyev e Outros c. Rusia*, do 27 de novembro de 2018, e á negativa de coñecer o asunto pola Gran Sala. Non obstante, o TEDH nunca rexeitou un recurso baseándose na linguaxe agresiva sen conexión co proceso en cuestión. Neste sentido, os xuíces disidentes analizan o texto do artigo 35.3, que dispón:

*“O Tribunal declarará inadmisíbel calquera demanda individual presentada en virtude do artigo 34 se considera que: a) a demanda é incompatible coas disposicións do Convenio ou dos seus protocolos, manifestamente mal fundada ou abusiva”.*

Parece que o precepto establece que a demanda sexa en si mesma abusiva. Non se refire a unha conduta ou comportamento desconectado da solicitude. A este respecto, a maioría di que “estas declaracións publicadas tras a advertencia que menciona expresamente as presentes solicitudes poden ser por conseguinte consideradas conectadas con elas”. Este razoamento vai moi lonxe, desde o punto de vista dos xuíces disidentes, os cales din que as publicacións do demandante posteriores á advertencia non indican que tivesen como obxectivo esta demanda.

A continuación, os xuíces disidentes abordan o tema do posible efecto disuasorio desta decisión de inadmisión. Din que as sentenzas do TEDH sempre son ponderadas e, a miúdo, controvertidas. O TEDH, dalgún xeito, debe responder ante os cidadáns. Os posicionamentos positivos e negativos sobre o seu traballo son inevitables e necesarios nunha sociedade democrática. Por iso, consideran que o TEDH debe ser extremadamente coidadoso e non sentar un precedente que pode ter un efecto disuasorio na adherencia activa dos cidadáns co TEDH.

Seguidamente, os maxistrados disidentes endurecen o seu discurso e sinalan que o Tribunal non debería dar a impresión de que adopta esta decisión por vinganza. Non observan a que finalidade atende a inadmisión da solicitude do demandante e pregúntanse se o TEDH volverá ter en conta esas declaracións ao admitir posibles novos recursos do demandante. Engaden que a decisión adoptada pola maioría realiza un exame perigoso e inaceptable da presenza en liña do demandante e a súa conduta fóra do Tribunal. Ademais, temen que esta decisión poida constituír unha invitación aos gobernos a realizar unha vixilancia de futuros demandantes para atopar declaracións que poidan ser ofensivas para o Tribunal.

En fin, a inadmisión da solicitude do Sr. Alekseyev entra de cheo na cuestión sensible da liberdade de expresión na era dixital. Dubidan se o TEDH considerou o seu impacto e ramificacións.

En relación co dereito de acceso ao Tribunal, os xuíces disidentes din que só se debe restrinxir en casos moi excepcionais. O Sr. Alekseyev é un activista ruso que asume riscos persoais na defensa dos dereitos das minorías sexuais. Por iso, consideran desproporcionado sancionar o demandante polos exabruptos. Ofrece unha mensaxe moi restritiva aos tribunais nacionais á hora de admitir demandas. Están, polo tanto, en contra de privar os demandantes do último recurso para restaurar os seus dereitos fundamentais. Nesta ocasión, a demanda puido seguir adiante debido

a que a demanda da asociación á cal representa foi admitida, pero no futuro poderían darse casos en que o demandante non tivese este recurso adicional. Por todo iso, os disidentes non coinciden coa decisión da maioría.

## 7 Final

A recente xurisprudencia do TEDH que aborda o problema da homofobia ofrece uns estándares mínimos de protección que deberán ser tidos en conta tanto polos Estados parte en cada caso como polo resto de membros.

En virtude do principio de subsidiariedade, os Estados deben cumprir coas exixencias establecidas por Estrasburgo realizando as reformas normativas que procedan, interpretando o ordenamento interno dun xeito conforme tanto no contexto dos xuíces e tribunais como no da actuación das administracións públicas. Para iso, os ordenamentos internos deben prever as garantías suficientes para que o respecto dos dereitos humanos se poida garantir tanto desde a perspectiva dos dereitos de acceso ao proceso como, finalmente, desde a perspectiva do dereito substantivo. A aplicación desas garantías deberá ser real e efectiva.

## Bibliografía

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., “La Organización de las naciones Unidas y los derechos de las personas LGTBI: nuevos avances y desafíos de siempre”, Matía Portilla, F.J, Elvira Perales, A. e Arroyo Gil, A. (dir.), *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Brechas convencionales en España. Un reto constitucional del siglo XXI*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, 156 pp.
- BUENO ARMIJO, A., “La esperada rectificación de la doctrina sobre el *ne bis in idem* procesal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La ¿inevitable? STEDH de 14 de enero de 2021, Sabalic c. Croacia, rec. n. 50231/13”, Calzadilla Medina, M.ªA. e Martín Quintero, R. (dirs.); Franco Escobar, S. (coord.), *El Derecho de la Unión Europea ante los objetivos de desarrollo sostenible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- CANO CAMPOS, T., “Los claroscuros del *non bis in idem* en el espacio jurídico europeo”, Rebollo Puig, M., Huergo Lora, A., Guillén Caramés, J. e Cano Campos, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2022.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F., *Orden público y libertad*, Atelier, Barcelona, 2018, 382 pp.

Regap



ESTUDIOS



# Regap

## Comentarios e crónicas

# 2





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_xullo-décembro 2022 | pp. 141-161  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.4966>  
© Francisco José Santandreu Capón  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 21/07/2022 | Aceptado: 29/11/2022

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## A dubidosa localización no sistema de fontes do acordo de funcionarios

La dudosa ubicación en  
el sistema de fuentes del  
acuerdo de funcionarios

Dubious location of civil  
servant agreements in  
the system of sources

64 Regap

FRANCISCO JOSÉ SANTANDREU CAPÓN  
Doutor en Dereito  
Universidade Complutense de Madrid  
[fjsantandreu@gmail.com](mailto:fjsantandreu@gmail.com)

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

**Resumo:** O artigo trata da difícil localización dos acordos de funcionarios á luz do artigo 38 do texto refundido do Estatuto do empregado público por supor a posibilidade de inversión na orde xerárquica na pirámide normativa entre acordos de funcionarios e normas regulamentarias. Esta situación aproveítase para facer unha indagación na doutrina constitucional referida á natureza dos convenios, pactos e acordos de funcionarios co fin de establecer a súa localización concreta, que dependerá das relacións existentes xa non só entre normas, senón entre os principios constitucionais de distribución de competencias e xerarquía. Realízase un percorrido por diversas sentenzas do Tribunal Constitucional, deténdose finalmente de xeito máis exhaustivo na STC 129/2019, por formular certas hipóteses que poderían conducir a equívocos na posibilidade de establecer unha suposta superioridade entre a lexislación estatal e a autonómica que puidese dar lugar a unha resistencia a toda lei autonómica dos acordos de funcionarios fundada na posibilidade ou non de esgotar a lexislación básica por parte do Estado.

**Palabras clave:** Acordo de funcionario, lexislación básica, lexislación de desenvolvemento, principio de distribución de competencia, principio de xerarquía, relación flexible entre norma estatal-norma autonómica, inconstitucionalidade mediata ou indirecta.

**Resumen:** El artículo trata de la difícil ubicación de los acuerdos de funcionarios a la luz del artículo 38 del texto refundido del Estatuto del empleado público por suponer la posibilidad de inversión en el orden jerárquico en la pirámide normativa entre acuerdos de funcionarios y normas reglamentarias. Esta situación se aprovecha para hacer una indagación en la doctrina constitucional referida a la naturaleza de los convenios, pactos y acuerdos de funcionarios con el fin de establecer su concreta ubicación, que dependerá de las relaciones existentes ya no solo entre normas, sino entre los principios constitucionales de distribución de competencias y jerarquía. Se realiza un recorrido por diversas sentencias del Tribunal Constitucional, deteniéndose finalmente de modo más exhaustivo en la STC 129/2019 por plantear ciertas hipótesis que podrían conducir a equívocos en la posibilidad de establecer una supuesta superioridad entre la legislación estatal y la autonómica que pudiera dar lugar a una resistencia a toda ley autonómica de los acuerdos de funcionarios fundada en la posibilidad o no de agotar la legislación básica por parte del Estado.

**Palabras clave:** Acuerdo de funcionario, legislación básica, legislación de desarrollo, principio de distribución de competencia, principio de jerarquía, relación flexible entre norma estatal-norma autonómica, inconstitucionalidad mediata o indirecta.

**Abstract:** The article deals with the difficult location of civil servant agreements in the light of Article 38 of the revised text of the Statute of Civil Servants, as it implies the possibility of inversion in the hierarchical order in the regulatory pyramid between civil servant agreements and regulatory rules. This situation is used as an opportunity to investigate the constitutional doctrine on the nature of civil servant agreements, pacts and covenants in order to establish their specific location, which will depend on the existing relationships not only between rules, but also between the constitutional principles of distribution of competences and hierarchy. A review is made of various rulings of the Constitutional Court, finally stopping more exhaustively at STC 129/2019 for raising certain hypotheses that could lead to misunderstandings in the possibility of establishing a supposed superiority between state and autonomous legislation that could give rise to resistance to any autonomous law on civil servant agreements based on the possibility or otherwise of exhausting basic legislation on the part of the State.

**Key words:** Civil servant agreement, basic legislation, implementing legislation, principle of distribution of competence, principle of hierarchy, flexible relationship between State and Autonomous Community legislation, mediate or indirect unconstitutionality.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 O acordo de funcionarios e a súa posición no ordenamento xurídico. 2.1 O carácter ordinamental do acordo e enigmática a súa posición xerárquica. 2.2 O artigo 37.1 da Constitución non establece orde xerárquica ningunha para o acordo ou o convenio. 2.3 O principio de competencia e o de xerarquía dos acordos na STC 129/2019, do 31 de outubro de 2019. 2.3.1 A inconstitucionalidade mediata nos acordos de funcionarios. 2.3.2 O modelo concreto de relación flexible entre lexislador estatal e autonómico no exercicio lexítimo das súas competencias constitucionais na STC 129/2019. 2.3.3 A extensión á lexislación básica da relación flexible norma estatal/norma autonómica no suposto de inconstitucionalidade mediata ou indirecta. 2.3.4 A adecuación do principio de distribución de competencias e o de xerarquía na relación flexible entre norma estatal/norma autonómica. 2.3.5 O voto particular: o réxime básico non pode enervarse por medidas instrumentais ao servizo de políticas concretas. 2.4 Tres elementos de análise da STC 129/2019 para precisar o lugar concreto que ocupa o acordo de funcionarios no ordenamento xurídico. 2.5 O alcance dos acordos de funcionarios e a súa relación coas normas reglamentarias.



# 1 Introducción

A negociación colectiva, xunto á representación e á participación institucional, é un dereito recoñecido aos empregados públicos no artigo 31 do Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público, co obxecto de determinar as súas condicións de traballo<sup>1</sup>.

Os funcionarios públicos, como empregados públicos que son, participan deste dereito e así o artigo 33 do mencionado texto refundido de 2015 suxeita a negociación colectiva destes aos principios de legalidade, cobertura orzamentaria, obrigatoriedade, boa fe negocial, publicidade e transparencia. A dita negociación efectuarase mediante o exercicio da capacidade representativa recoñecida ás organizacións sindicais no capítulo correspondente do mesmo texto refundido e por remisión a artigos concretos da Lei orgánica 11/1985, do 2 de agosto, de liberdade sindical.

O dereito á negociación colectiva dos funcionarios públicos desenvólvese a través da constitución de mesas de negociación nas cales estarán lexitimados para estar presentes tanto os representantes da Administración pública como o conxunto das organizacións sindicais no xeito en que queda recollido no artigo 33.2 do texto refundido de 2015<sup>2</sup>.

A natureza das negociacións dificilmente pode ser discutido que sexa política á luz do que o propio teor literal do artigo 33.2 establece<sup>3</sup>. Así, a posibilidade sinalada en canto a que o desenvolvemento técnico das negociacións poidan levalo a cabo órganos creados *ad hoc* polas administracións públicas, exercendo dese modo a súa representación na negociación, faise desde as correspondentes instrucións políticas previamente expresadas polas administracións públicas a estes órganos técnicos. O alcance dos acordos a que se chegue só terá validez e eficacia na medida en que sexan ratificados polos órganos de goberno ou administrativos con competencia para iso. É dicir, na medida en que eses acordos alcanzados na negociación sirvan instrumentalmente para o fin político da Administración pública.

<sup>1</sup> “Artigo 31 Principios xerais. 1. Os empregados públicos teñen dereito á negociación colectiva, representación e participación institucional para a determinación das súas condicións de traballo”. Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público. BOE n. 261, do 31/10/2015.

<sup>2</sup> Neste punto parece oportuno sinalar que o exercicio da capacidade representativa do artigo 33.1 do mencionado Estatuto básico do empregado público é só atribuída ás organizacións sindicais. Así, reconéceselles esta conforme os artigos 6.3.c), 7.1 e 7.2 da Lei orgánica 11/1985, do 2 de agosto, de liberdade sindical, e, aínda que do final do punto, parece abrir a posibilidade a unha representación distinta da sindical, o certo é que no segundo do mesmo artigo, e a xeito de cláusula de peche, queda desbotada toda posibilidade do propio teor literal en relación con delegados e xuntas de persoal ao mencionar expresamente os sindicatos no teor literal: “[...] así como os sindicatos que obtivesen o 10 por 100 ou máis dos representantes nas eleccións para delegados e xuntas de persoal, nas unidades electorais comprendidas no ámbito específico da súa constitución”. Excepción oportuna en todo caso, xa que no artigo 44, referido ao procedemento para a elección das xuntas de persoal e para a elección de delegados de persoal, se establece entre os criterios que deberán terse en conta na súa determinación regulamentaria e no punto c) a posibilidade de presentar candidaturas non só as organizacións sindicais, senón os grupos de electores dunha mesma unidade electoral. Estes co requisito de que o número deles sexa equivalente, polo menos, ao triplo dos membros a elixir. Non obstante e en todo caso, estes grupos de electores non están lexitimados para estar nas mesas de negociación.

<sup>3</sup> “Artigo 33.2 Negociación colectiva: As administracións públicas poderán encargar o desenvolvemento das actividades de negociación colectiva a órganos creados por elas, de natureza estritamente técnica, que exercerán a súa representación na negociación colectiva coas previas instrucións políticas correspondentes e sen prexuízo da ratificación dos acordos alcanzados polos órganos de goberno ou administrativos con competencia para iso”. Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público. BOE n. 261, do 31/10/2015.

Todo iso quere dicir que, por unha banda, temos unha Administración pública que, dentro da lei e só da lei e esta na Constitución, ten unha función instrumental ao servizo dun proxecto político emanado das urnas e cuxa licitude, pola súa vez, afunde as súas raíces necesaria e inevitablemente na Constitución vixente. Por outra banda, atópanse os funcionarios públicos que, en exercicio do dereito que posúen, negocian a través dos sindicatos con capacidade representativa as condicións de traballo para levar a cabo ese proxecto político na parte que lles afecta. Non hai en xogo, como na empresa privada, unha optimización dos recursos para obter o máximo beneficio legalmente posible. O que hai en xogo é unha promesa electoral que se concreta nun proxecto político que debe articularse a través dunha negociación que pon as bases, neste caso dos medios persoais propios da función pública, para facelo realidade de modo eficiente tal como sinala a Constitución. Ambas as dúas esferas, política e privada vertidas no público, son as que hai que conxugar neste modelo.

## 2 O acordo de funcionarios e a súa posición no ordenamento xurídico

O artigo 38 do Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público, aborda a cuestión dos pactos e acordos circunscibíndoos ao seo das mesas de negociación e dentro, loxicamente, das materias obxecto de negociación do artigo 37 do mesmo texto legal. Nos dous casos, non se establece como obrigatorio chegar a pacto ou acordo ningún. Trátase, en definitiva, dunha posibilidade que permite configurar, deste xeito, senllos instrumentos para alcanzar, en materias concretas, unha estabilidade aínda maior no ámbito negociador.

No caso dos acordos, que é do que aquí se trata, o artigo 38.2 establece límites claros ao seu contido. Así, as materias que poderán ser obxecto de acordo veñen referidas sobre aquelas que sexan competencia dos órganos de goberno das administracións públicas<sup>4</sup>. Para a súa validez e eficacia deberán ser expresa e formalmente aprobados, o que implica a posibilidade de que a negociación nas mesas estea confiada a órganos técnicos aos que previamente se lles desen as correspondentes instrucións políticas.

Non obstante, hai unha nota claramente característica, distintiva e peculiar que suscita a cuestión da natureza do acordo e a súa correcta localización no ordenamento xurídico. Así, no momento en que os acordos fosen ratificados e afecten a temas<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Se se compara este punto 3 do artigo 38 co inmediatamente anterior referido ás competencias do órgano administrativo correspondente que celebre pactos, obsérvase que o teor literal do punto 2 é considerablemente máis rigoroso que o do 3, ao considerar que os pactos "se celebrarán sobre materias que se correspondan estritamente co ámbito competencial do órgano administrativo que o subscriba" rematando que a súa aplicación non pode senón aplicarse directamente ao persoal do ámbito correspondente. Esta limitación dá lugar a dúas consecuencias que o diferencian dos acordos. A primeira é que, ao referirse a un ámbito competencial dun órgano administrativo concreto, os pactos non se poden estender a outros órganos administrativos que non sexan os que estritamente o subscribiron e dentro das súas competencias concretas. A segunda é que poden proliferar tantos pactos como órganos haxa na Administración correspondente. Os acordos, ao seren subscritos por órganos de goberno das administracións públicas, non poden pola súa propia natureza dar lugar a un número indeterminado e diferenciarse entre si dentro dos límites da discriminación.

<sup>5</sup> Considérese o termo incorporado ao real decreto lexislativo, xa que non pode ser máis ambiguo: "temas". Se o comparamos coa redacción literal do punto 2 referido aos pactos: "que se correspondan estritamente co ámbito competencial", podemos

que poidan ser decididos de forma definitiva polos órganos de goberno, constitúese unha situación xurídica en virtude da cal o contido dos acordos así ratificados será directamente aplicable ao persoal incluído no seu ámbito de aplicación. Isto é así e derivado directamente *ex lege*, mesmo cando se requira formalmente a modificación ou derogación se así se precisase da normativa regulamentaria correspondente.

Con esta redacción, a mesa de negociación adquire un protagonismo político de gran dimensión en termos materiais, posto que nin tan sequera queda circunscrita competencialmente ao que estritamente lle corresponda ao órgano de goberno en cuestión, senón que a cláusula aberta que introduce a indeterminación da expresión “temas que poidan ser decididos de forma definitiva” nos conduce a un ámbito insólito polo dinámica que pode chegar a ser a temática.

Parece claro que un desapoderamento tan radical no eido propiamente estatutario da función pública non podía quedar sen certas cautelas. E iso é o que significa exactamente o límite ao decidido na mesa de negociación cando se introduce a condición da aprobación expresa e formal para a súa validez e eficacia. En definitiva, a ratificación non é un acto que escape ao poder político do órgano de goberno, posto que pode non darse e serao porque o acordo non sexa suficiente para levar a cabo o proxecto político concreto que se lle confiou ao goberno correspondente. Non obstante, tamén é unha manifestación de xerarquía na medida en que nos situamos no plano da Administración pública en que non pode primar ata a última consecuencia o principio dispositivo. A función pública non pode pregarse a un acordo da natureza propia do ámbito laboral pola propia natureza xerárquica que a define<sup>6</sup>. É, definitivamente, unha manifestación do carácter bifronte da Administración que conxuga o político co administrativo.

## 2.1 O carácter ordinamental do acordo e enigmática a súa posición xerárquica

A figura do acordo recollida no artigo 38.3 primeiro parágrafo do texto refundido do Estatuto do empregado público de 2015 manifesta, pola propia redacción do precepto, as características de abstracción e xeneralidade propias da súa natureza ordinamental<sup>7</sup>. Non pode entenderse doutro xeito cando no primeiro parágrafo *in fine* o lexislador, ao ordenar a súa directa aplicación ao persoal incluído no seu ámbito

---

observar a nítida diferenza que no terreo da interpretación podería levarnos ao desprazamento, mesmo daqueles pactos que interferisen cos acordos concretos que tratasen “temas” que puidesen ser decididos de forma definitiva polos órganos de goberno ratificadores destes.

<sup>6</sup> Efectivamente, o punto 8 do artigo 38 expresa o procedemento que, en último termo e ante a falta de acordo na negociación e na renegociación que puidese darse se no prazo dun mes algunha das partes o solicitase e tras esgotar a vía da solución extraxudicial dos conflitos, permite aos órganos de goberno das administracións públicas establecer baixo uns límites legais as condicións de traballo.

<sup>7</sup> Artigo 38.3: Os acordos versarán sobre materias competencia dos órganos de goberno das administracións públicas. Para a súa validez e eficacia, será necesaria a súa aprobación expresa e formal por estes órganos. Cando tales acordos sexan ratificados e afecten a temas que poden ser decididos de forma definitiva polos órganos de goberno, o seu contido será directamente aplicable ao persoal incluído no seu ámbito de aplicación, sen prexuízo de que para os efectos formais se requira a modificación ou derogación, se é o caso, da normativa regulamentaria correspondente.

de aplicación, o faga sen prexuízo da correspondente modificación ou, mesmo, derogación da normativa regulamentaria correspondente<sup>8</sup>.

Non estamos, polo tanto e en ningún caso, ante un acto administrativo que constitúa unha situación xurídica na ratificación, como así o veu manifestando en reiteradas ocasións e desde lonxe o Tribunal Constitucional<sup>9</sup>. O carácter ordinamental está fóra de toda dúbida e nace directamente da Constitución<sup>10</sup>, que eleva a representación das partes a un plano institucional<sup>11</sup>.

Non cabe albergar, polo tanto, dúbida ningunha no carácter ordinamental do acordo. Tampouco que a norma nova que é o acordo é froito da negociación colectiva no seo das mesas de negociación e a través da representación lexítima dos funcionarios por medio dos sindicatos confrontados aos representantes da Administración pública correspondente.

Non obstante, o lugar concreto que ocupa o acordo na pirámide normativa non está, en todo caso, nada claro. A lei é unha barreira infranqueable, aínda que a súa lexitimidade nace da propia Constitución. Non obstante, a redacción do artigo 38.3 deixa ben ás claras a obriga de modificación ou derogación da normativa regulamentaria correspondente no caso de que se dean as condicións que considera o artigo. Ademais, e no caso de que se dean, a validez, eficacia e aplicabilidade do contido dos acordos sería inmediata ao persoal incluído nestes sen prexuízo de que para os efectos formais haxa que modificalos ou derrogalos. Materialmente, entón, teríamos que preguntarnos se non estamos ante unha quebra do principio de xerarquía, xa que, tras a ratificación do aprobado expresa e formalmente, nace unha norma en forma de acordo que, cumprindo as exixencias do precepto, obriga a eliminar todos os obstáculos formais que se lle opoñan, incluídas normas con rango superior con excepción da lei da propia Constitución<sup>12</sup>”.

<sup>8</sup> Certa dificultade podería entenderse existente nesta valoración se partimos do punto de arranque nese mesmo artigo en relación coa necesaria aprobación expresa e formal por parte dos órganos de goberno das administracións públicas para a adquisición de validez e eficacia. Non obstante, que da ratificación parta a constitución dunha situación xurídica da que naza a validez e eficacia dun acordo nada obstaculiza para que a natureza dese acordo sexa ordinamental pola súa propia abstracción e xeneralidade.

<sup>9</sup> Como queda manifestado con claridade xa na STC 58/1985, do 30 de abril (BOE n. 134, do 5 de xuño de 1985), no seu fundamento xurídico 3.º: “Certamente que a integración dos convenios colectivos no sistema formal de fontes do dereito, resultado do principio de unidade do ordenamento xurídico, supón, entre outras consecuencias que non procede sinalar, o respecto pola norma pactada do dereito necesario establecido pola lei, que, en razón da superior posición que ocupa na xerarquía normativa, pode desprezar unha virtualidade limitadora da negociación colectiva e pode, igualmente, de forma excepcional reservar para si determinadas materias que quedan excluídas, polo tanto, da contratación colectiva”.

<sup>10</sup> O mesmo fundamento xurídico 3.º da precitada STC 58/1985 confírmao: “Si convén indicar, non obstante, que o mandato que o artigo 37.1 da Constitución formula á lei de garantir «a forza vinculante dos convenios» non significa que esta forza veña atribuída *ex lege*. Antes ao contrario, esta emana da Constitución, que garante con carácter vinculante os convenios, ao tempo que ordena garantila de xeito imperativo ao lexislador ordinario. A facultade que posúen «os representantes dos traballadores e empresarios» (artigo 37.1 da CE) de regular os seus intereses recíprocos mediante a negociación colectiva é unha facultade non derivada da lei, senón propia que atopa a súa expresión xurídica no texto constitucional”.

<sup>11</sup> O propio Tribunal Constitucional despois de dúbidas sobre a imposibilidade de considerar a negociación cunha visión privatista das facultades representativas das partes negociadoras na mesma STC 58/1985 no seu fundamento xurídico 4.º: “A Constitución española recoñeceulle aos representantes dos traballadores e empresarios un poder de regulación afectado a un fin concreto, como é a ordenación das relacións laborais no seu conxunto, que actúa, nun sistema de negociación colectiva como o instituído polo Estatuto dos traballadores, a través da representación institucional que exercen os sindicatos e comités de empresa, dun lado, e as asociacións empresariais, doutro”.

<sup>12</sup> No fundamento xurídico 7.º da STC 58/1985 co que se resolve o conflito formulado, queda xa meridianamente claro o sometemento do convenio á lei, establecendo deste xeito un límite á negociación colectiva que cristaliza nun convenio

## 2.2 O artigo 37.1 da Constitución non establece orde xerárquica ningunha para o acordo ou o convenio

A dificultade no coñecemento dos límites e extensión da negociación colectiva, que corresponsabiliza en canto á súa concreción á doutrina científica e xurisprudencial, é un feito que recoñece xa o Tribunal Constitucional na mencionada STC 58/1985<sup>13</sup>. Os únicos puntos de referencia que se establecen, e dos que debemos partir, son os constitucionais do artigo 37 e os xa coñecidos da garantía do dereito á negociación colectiva e da forza vinculante dos convenios. Os funcionarios tamén son beneficiarios dese marco constitucional expresamente recoñecido polo texto refundido de 2015.

A interrogante que se presenta ante a nosa consideración é que é o que interpreta o Tribunal Constitucional no referido á natureza da norma convencional e a súa localización na orde xerárquica. Unha primeira resposta atopámola na STC 210/1990, do 20 de decembro, en que, rexeitando claramente certas afirmacións realizadas no auto polo maxistrado proponente, despexa toda dúbida sobre a superior relación xerárquica de lei ante a cal o convenio colectivo debe someterse<sup>14</sup>.

En todo caso, o Tribunal Constitucional manifesta con toda claridade, por un lado, que a lei non ten límites en canto ao contido posto nela con carácter necesario polo lexislador e, polo outro, que o sometemento do convenio non é só á lei, senón a toda norma xerarquicamente superior<sup>15</sup>.

Neste punto, e aludindo a tres sentenzas do Tribunal Constitucional remitidas na 210/1990, como son a xa sobradamente mencionada STC 58/1985, do 30 de abril, xunto coa STC 177/1988 e a STC 171/1989, do 19 de outubro, cómpre considerar se o espazo constitucional reservado ao convenio colectivo é aquel que non é ocupado polo dereito necesario e os seus desenvolvementos regulamentarios subseguintes. Nesa hipótese, a forza vinculante dos convenios nados ao abeiro da garantía legal

---

colectivo na propia lei mesma por mandato constitucional. "Neste caso, non se trata de analizar unha disposición concreta dun convenio colectivo enfrontada coa autonomía individual de cada traballador afectado, e cuxa validez resulta dubidosa, senón un precepto legal que, modificando a situación preexistente, autoriza a negociación colectiva a regular unha materia que con anterioridade se considerara excluída desta. Quere dicirse que é o propio lexislador quen, en exercicio dunha competencia que non pode negárselle, realizou o axuste entre os principios aludidos ponderando as circunstancias concorrentes nun momento determinado de evolución da negociación colectiva e de equilibrio dos intereses afectados pola permanencia nos postos de traballo ou a xubilación forzosa".

<sup>13</sup> No fundamento xurídico 5.º maniféstase con toda claridade: "Ao resolver esta cuestión de inconstitucionalidade, é evidente que a este Tribunal non lle corresponde formular unha teoría xeral sobre a extensión e límites da negociación colectiva, tarefa esta que deben ir elaborando paulatinamente doutrina e xurisprudencia laborais á vista das experiencias contractuais concretas e dos cambios e vicisitudes da legalidade infraconstitucional e do ámbito económico e social en que esa legalidade se desenvolve".

<sup>14</sup> STC 210/1990, do 20 de decembro. Fundamento xurídico 2.º: "Só debe limitarse este axuízamento de constitucionalidade á incidencia da reforma legal, que reduce a xornada máxima, nos convenios colectivos en curso, prescindíndose por iso, pola súa manifesta carencia de fundamento, de responder a aquelas afirmacións que marxinalmente se fan no auto en relación coa suposta igualdade de rango da lei e do convenio colectivo, e a eventual aplicación preferente deste en función do principio de especialidade". [...] "no que atinxe á xornada de traballo, e sen necesidade de facer referencia ao artigo 9.1 CE, a preeminencia da lei, polo que se refire á fixación de límites a esta, foi expresamente consagrada no artigo 40.2 CE, de maneira que os convenios colectivos, e non só os contratos de traballo, deben respectar ineludiblemente o límite legal, nas condicións establecidas pola propia lei".

<sup>15</sup> O mesmo fundamento 2.º do STC 210/1990: "Desde un plano máis xeral, pode recordarse, non obstante, que en anteriores ocasións este Tribunal sinalou que a lei ocupa na xerarquía normativa unha posición superior á do convenio colectivo, razón pola cal este debe respectar e someterse ao disposto con carácter necesario por aquela, así como, máis xenericamente, ao establecido nas normas de maior rango xerárquico (SSTC 58/1985, 177/1988 e 171/1989)".

constitucional do artigo 37.1 blindaría o seu contido durante a súa vixencia, como así foi defendido nalgunha ocasión por algún maxistrado propoñente que, mesmo, fundamentou que o principio que rexía as relacións lei-convenio era o de competencia e non o de xerarquía, ao seren normas primarias nadas directamente da Constitución<sup>16</sup>.

En tal caso, poderíase pensar, entón, que a Constitución tería establecido, tras a expresión “forza vinculante”, unha reserva material tácita ao convenio colectivo que, por outro lado, non fixo nin tan sequera ao regulamento, convertendo as mesas de negociación nunha parte pequena e á parte das cámaras lexislativas, pero con poder lexislativo. Realmente, nada máis lonxe da realidade<sup>17</sup>.

A dilucidación do alcance ontolóxico do convenio é o que debería ofrecernos certezas sobre a súa exacta posición na pirámide normativa. Porén, o Tribunal Constitucional non acaba de sinalar con precisión cal é a localización do convenio porque tampouco logra definir a súa natureza. Así, e suxeitándose no fundamento da irresistibilidade de lei, a exposición desenvólvese entre termos nada claros que van desde a “relevancia cuasi-pública dos convenios, por seren negociados por suxeitos dotados de representación institucional, ata o recoñecemento da eficacia normativa e a súa inserción no sistema de fontes”. En ningún caso se concreta ante que normas se manifesta como límite, aínda que queda claro que o sometemento o é ante calquera que teña un rango xerarquicamente superior<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Así o expuxo no antecedente 1.º o maxistrado propoñente na STC 210/1990. “Durante a vixencia do convenio colectivo, debe garantirse a súa forza vinculante, a súa inderrogabilidade, polo que se fose a norma legal a que atentase contra a súa vixencia infrinxiría o mandato constitucional ao desnaturalizar o contido básico do convenio [...] Para regular as relacións lei-convenio colectivo non pode falarse en rigor do principio de xerarquía, senón do de competencia, xa que tanto a lei como o convenio colectivo son normas primarias que emanan directamente da Constitución. Xunto á normativa estatal, as partes sociais regulan, dentro das súas competencias, o marco das súas relacións laborais que o Estado delimita nun dobre sentido; dun lado, e por razón «de orde pública e interese xeral», fixa uns límites de dereito necesario inmodificables; e, doutro, establece uns mínimos mellorables. Pero non hai unha relación de subsidiariedade, senón de complementariedade entre o ordenamento estatal e o intersindical”.

<sup>17</sup> Efectivamente, así o deixa meridianamente claro o fundamento xurídico 3.º da STC 210/1990: “O artigo 37.1 CE, nin por si mesmo nin en conexión co artigo 9.3 CE, pode opoñerse ou impedir a produción de efectos das leis na data disposta por estas. É o convenio o que debe respectar e someterse á lei e ás normas de maior rango xerarquico e non ao contrario, sendo constitucionalmente inaceptable que unha lei non poida entrar en vigor na data disposta polo lexislador. A cuestión de cando entra en vigor unha lei, e en xeral da aplicación no tempo desta, son materias en principio de plena competencia do lexislador, tendo este unha amplísima liberdade de configuración e decisión ao respecto. E, se en uso de tal liberdade, o lexislador establece unha data concreta de entrada en vigor, a lei deberá entrar en vigor entón, mesmo cando afecte a convenios colectivos vixentes, sen que tal efecto poida estimarse lesivo do artigo 37.1 CE, nin este precepto poida impedir a produción de efectos da lei na data prevista. Pois, como xa se anticipou, do artigo 37.1 CE non emana nin deriva o suposto dereito a que o establecido no convenio colectivo (no noso caso, en materia de xornada) permaneza inalterado e sexa inmune ao establecido nunha lei posterior ata o momento en que o convenio perda vixencia, mesmo cando a vontade desa lei sexa entrar en vigor inmediatamente na data nela disposta”.

<sup>18</sup> Así pode comprobarse no fundamento xurídico 2.º da STC 171/1989, do 19 de outubro. “Está claro que todo o anterior resulta de aplicarse ao convenio colectivo, máxime no ordenamento español en que o convenio, polo menos, na máis importante das súas manifestacións, alcanza unha «relevancia cuasi-pública», ao ser negociado por suxeitos dotados de representación institucional e adquirir, unha vez negociado, eficacia normativa e incardinarse no sistema de fontes do dereito, someténdose, pois, ás normas de maior rango xerarquico, ao cadro de dereitos fundamentais e, en concreto, ás exigencias derivadas do dereito á igualdade e á non discriminación (SSTC 136/1987 e 177/1988 cuxa doutrina estamos seguindo)”.

## 2.3 O principio de competencia e o de xerarquía dos acordos na STC 129/2019, do 31 de outubro de 2019

Nesta sentenza considérase certamente a posibilidade de que un convenio se mostre inalcanzable a unha lei. O suposto, non obstante, non o é polo fundamento da forza vinculante do artigo 37.1 CE, senón pola atribución de competencias ao Estado en virtude do artigo 149.1 e no contexto da lexislación básica.

Estamos, polo tanto, ante un hipotético suposto xurídico en que, rexendo o principio de distribución de competencias, unha lei autonómica invadiría o espazo lexislativo ocupado xa por unha lei estatal, incorrendo en inconstitucionalidade mediata ou indirecta ao contradicir o texto positivo legal estatal. E é hipotético porque o desenvolvemento da sentenza non concluíu coa estimación da demanda. Simplemente se apuntou unha posibilidade. Unha posibilidade máis na orde teórica ou especulativa, posto que adoptarse lexislativamente esa solución quedaría con total probabilidade a expensas dun xuízo sobre a súa constitucionalidade, ao ser tachada de intensamente restritiva.

A mesma sentenza chega tan lonxe, abrindo expectativas certas, que deseguido afonda na irresistibilidade de lei por enriba da consideración de calquera outras circunstancias. Así, reconduce o argumentario principal ao principio de xerarquía, e máis tendo en conta que a materia autonómica era o control do gasto no duro contexto orzamentario, provocando un voto particular fundamentado na suavidade do meandro xurisprudencial. Cómpre analízalo por partes.

### 2.3.1 A inconstitucionalidade mediata nos acordos de funcionarios

A STC 129/2019 considera no seu fundamento xurídico cuarto, como unha posibilidade certa de garantir legalmente a forza vinculante dos acordos dos funcionarios fronte a todo tipo de normas, que o deseño para a súa suspensión ou modificación se recolla nunha lei estatal básica ao abeiro do artigo 149.1.18.<sup>3</sup> CE. Isto impediríalle a calquera lei autonómica suspender ou modificar calquera acordo funcional, sempre que, por outro lado, a norma básica recollese integramente o enteiro procedemento para a súa modificación ou suspensión sen posibilidade de desenvolvemento lexislativo ningún. A infracción deste suporía, entón, un suposto de inconstitucionalidade mediata ou indirecta.

A hipótese así configurada, que o mesmo Tribunal Constitucional non considera absoluta, senón que establece a cautela do probable xuízo correspondente á súa adecuación constitucional, suporía, para comprender a resistencia do acordo fronte á lei autonómica, un desprazamento do principio de xerarquía ao de distribución de competencias<sup>19</sup>. Isto blindaría o acordo de calquera posibilidade de modificación

<sup>19</sup> A STC 129/2019, do 31 de outubro, exprésase nuns termos indubidables ao respecto no seu fundamento xurídico 4.º: "Unha restrición tan intensa das competencias autonómicas, como a que deriva da interpretación que os recorrentes propoñen, que impediría a intervención do parlamento autonómico na cuestión das retribucións do persoal ao servizo do sector público, mediante o mecanismo concreto da suspensión dos pactos e acordos subscritos entre as administracións e os representantes do persoal ao seu servizo, tería debido establecerse expresamente na norma estatal (nun sentido similar, STC

ou suspensión non só xa fronte á lei autonómica polo principio de distribución de competencias, senón fronte a toda lei, norma con rango de lei e resto de normas de rango xerárquico inferior pola especialización que a normación básica supón ao uniformar unha materia a nivel estatal.

Para chegar a esta conclusión, o Tribunal Constitucional considera previamente diferentes fundamentos constitucionais, en canto ás competencias atribuídas se refire e máis alá das do artigo 149.1 CE para estudar a relación entre a norma estatal e a autonómica. Desta forma, infire a posibilidade apuntada de blindaxe convencional ao concretar que o espazo lexislativo que deixe de ocupar a lexislación básica podería selo no desenvolvemento lexislativo dos parlamentos autonómicos. Se, efectivamente, este espazo é ocupado totalmente pola norma estatal, á autonómica non lle quedaría espazo ningún, posto que cabería sen menoscabar a integridade da estatal.

### 2.3.2 O modelo concreto de relación flexible entre lexislador estatal e autonómico no exercicio lexítimo das súas competencias constitucionais na STC 129/2019

A relación que se establece na citada STC 129/2019 entre a capacidade das comunidades autónomas para definir os seus gastos derivada do artigo 156.1 CE e a de modular esa capacidade polo Estado con fundamento no artigo 149.13 CE ou en calquera outros títulos competenciais deixa certo espazo á ambigüidade.

Podemos observar esa indefinición no mesmo texto que a recolle expresamente, xa que, tras recoñecer a dita capacidade manifestamente con fundamento en diversos autos do Tribunal Constitucional<sup>20</sup>, pasa non só a matizala, senón a cuestionar os seus límites na medida en que o Estado non exercese as súas competencias derivadas de calquera título competencial<sup>21</sup>. Dito doutro xeito, esa capacidade lexitímase polo título competencial habilitante á comunidade autónoma e non tería límites constitucionais máis alá da ortodoxia orzamentaria *per se* se o Estado non tivese feito uso dos seus títulos competenciais. Nese caso, o único límite que o Tribunal Constitucional establece recóllese nunha expresión tan indefinida como dificilmente controlable: os límites que as comunidades autónomas cresen necesarios<sup>22</sup>.

Esta idea, en virtude da cal o equilibrio da relación entre o lexislador estatal e o autonómico pende da posibilidade de que o lexislador estatal exercese as súas

---

106/2019, do 19 de setembro, FX 9), sen prexuízo do xuízo que, se é o caso, tal restrición merecese desde a perspectiva da súa adecuación á orde constitucional de distribución de competencias”.

<sup>20</sup> STC 129/2019, fundamento xurídico 4.º: “A doutrina deste Tribunal sinalou que tanto o artigo 156.1 CE como o artigo 149.1.13 CE presupoñen a capacidade das comunidades autónomas para definir os seus gastos (AATC 5572016, do 1 de marzo, FX 6; 83/2016, do 26 de abril, FX 4 e 145/2016, do 19 de xullo, FX 4). Esa capacidade incardínase precisamente dentro da autonomía financeira que a Constitución lles recoñece ás comunidades autónomas (artigo 156.1 CE)”.

<sup>21</sup> STC 129/2019, fundamento xurídico 4.º: “A capacidade das comunidades autónomas para definir os seus gastos nos correspondentes orzamentos só queda desprazada ou modulada na medida en que o Estado exercese as súas competencias ex artigo 149.1.13 CE ou ao abeiro doutro título competencial”.

<sup>22</sup> STC 129/2019, fundamento xurídico 4.º: “As comunidades autónomas están obrigadas a respectar as medidas de contención do gasto de persoal establecidas polo Estado, pero, respectando as existentes ou non existindo tales medidas, a súa competencia en materia económica facúltaas para levar a cabo as medidas de contención do gasto de persoal que crean necesarias”. Obviamente, o feito de que o caso que trata o TC sexa en relación cos gastos de persoal en nada modifica as aseveracións en relación co alcance competencial da capacidade de definición do gasto.



competencias, reitérase en relación coa fixación da determinación concreta das condicións de traballo por parte das comunidades autónomas do seu persoal con independencia da natureza funcional ou laboral, sempre que as competencias estean recollidas nos seus estatutos de autonomía. O exercicio, así, destas competencias será lexitimamente ilimitado, dentro da ortodoxia xa mencionada, se o Estado non exerce as súas derivadas do artigo 149.1<sup>23</sup>.

O modelo de relación entre lexisladores que define a STC 129/2019 é un espazo lexislativo flexible que se dilata ou se contrae sempre en función de se o lexislador estatal exerce as súas competencias ou non. Na medida en que o faga o lexislador estatal, o autonómico non pode descoñecer ou menoscabar as decisións lexitimas que o estatal adopte. Non obstante, ese espazo que non ocupa o estatal podería ser ocupado ilimitadamente polo autonómico sempre que o seu título competencial o lexitimase en canto á materia se refire.

### 2.3.3 A extensión á lexislación básica da relación flexible norma estatal/norma autonómica no suposto de inconstitucionalidade mediata ou indirecta

A STC 129/2019 expón como queixa principal un caso de inconstitucionalidade mediata<sup>24</sup> que, por outro lado, vai abordar tendo en conta as consideracións antes tratadas na relación norma estatal/norma autonómica. Así, o Tribunal Constitucional analiza esta denuncia considerando como unha posibilidade hipotética que a lei que garanta a forza vinculante dos convenios sexa presidida ao abeiro do principio de distribución de competencias. Isto produciría a quebra do principio de xerarquía en relación co convenio respecto de todas aquelas leis ou normas con rango de lei que lle pretendesen afectar se a relación destas últimas coa norma legal que garantise a forza vinculante do convenio estivese presidida polo principio de distribución de competencias.

Os denunciante, fundamentando o seu escrito en que a lei orzamentaria autonómica tería infrinxido o establecido no artigo 38.10 do texto refundido do Estatuto básico do empregado público 5/2015, do 30 de outubro, ao ter suspendido un acordo de funcionarios sen a observancia do procedemento establecido nese artigo, afirman que a lei autonómica tería incorrido en inconstitucionalidade mediata ou indirecta. Para todo iso, a construción xurídica dos denunciante baséase no artigo 149.1.18.<sup>a</sup> CE, que lle atribúe ao Estado a competencia en exclusiva para ditar as bases do réxime

<sup>23</sup> STC 129/2019, fundamento xurídico 4.º (último parágrafo *in fine*): "Agora ben, o exercicio que cada comunidade autónoma faga desta competencia enténdese «sen prexuízo das competencias estatais *ex* artigo 149.1 CE» (STC 99/2016, FX 7), isto é, será un exercicio constitucionalmente lexitimo mentres non descoñeza ou menoscabe as decisións que o Estado poida adoptar en virtude das súas competencias propias".

<sup>24</sup> STC 129/2019, fundamento xurídico 3.º: "Segundo a nosa reiterada doutrina (STC 82/2017, do 22 de xuño, FX 5), para que esa infracción constitucional exista, será necesaria a concorrencia de dúas circunstancias. Primeira, que a norma estatal infrinxida pola lei autonómica sexa unha norma básica, no dobre sentido material e formal; polo tanto, ditada lexitimamente ao abeiro do correspondente título competencial que a Constitución reservase ao Estado. E, segunda, que a contradición entre as dúas normas, estatal e autonómica, sexa efectiva e insalvable por vía interpretativa (STC 104/2018, do 4 de outubro, FX 3, as alí citadas)".

estatutario dos funcionarios públicos<sup>25</sup>, bases que inclúen o dito procedemento de suspensión que impiden, polo tanto, a súa modificación pola autonómica.

A primeira resposta do Tribunal Constitucional á mencionada formulación do denunciante é negarlle o fundamento positivo baseado no artigo 149.1.18.<sup>a</sup>. Así, e apelando á doutrina exposta na propia sentenza, esta manifesta que as medidas conxunturais de contención dos gastos de persoal funcionario que as comunidades autónomas poidan adoptar se encadran no artigo 149.1.13.<sup>a</sup> CE e a súa relación xa comentada co artigo 156.1 CE e en ningún caso co artigo 149.1.18.<sup>a</sup>.

Este desprazamento dos fundamentos constitucionais suporía unha sorte de elusión do dito réxime básico. Nese caso, a relación norma estatal/norma autonómica non estaría presidida polo principio de distribución de competencias e, polo tanto, a norma estatal non serviría de garantía en relación coa forza vinculante do acordo de funcionarios, polo menos respecto do seu réxime de suspensión. O acordo de funcionarios tería unha relación xerárquica coa lei orzamentaria autonómica, non podendo resistirse á suspensión.

Non obstante, o propio enfoque exposto polo Tribunal Constitucional abócao a unha disxunción. Por un lado, e na medida en que o Estado, *ex* artigo 149.1.18.<sup>a</sup>, ten a competencia en exclusiva para establecer as bases do réxime estatutario dos funcionarios públicos, o texto refundido do Estatuto básico do empregado público establece no seu artigo 38.10 unha regulación concreta básica que fai referencia á suspensión dos acordos de funcionarios que, con independencia do encaixe conceptual que se realice referido ao caso concreto da contención do gasto, ten un alcance propio. O procedemento de suspensión forma parte das bases dese réxime e, polo tanto, a lexislación autonómica non o pode ignorar.

Nese punto é onde o Tribunal Constitucional sitúa a posibilidade hipotética recollendo as pretensións do denunciante. Deste xeito, se o lexislador básico tivese esgotado o réxime de suspensión do acordo, ese réxime hipotético tería suposto unha restrición absoluta ao lexislador autonómico en canto á posibilidade de suspender o acordo por medio de actos lexislativos autonómicos. Na medida en que non se deu, é onde o Constitucional fundamenta a intervención do autonómico suspendendo; é dicir, grazas a que a norma estatal non esgota o réxime, o autonómico ten espazo para desenvolver o réxime legal de suspensión sempre que non menoscabe nin descoñeza o estatal.

Pola súa vez, se o estatal o esgotase, isto suporía unha restrición tal que o verdadeiro alcance da restrición comprendería unha completa desvinculación do principio de xerarquía do acordo de funcionarios que só o vincularía xerarquicamente coa norma básica estatal, desvinculación non só xa en relación co lexislador autonómico, senón con calquera outra norma legal, establecendo neste caso unha sorte de reserva

---

<sup>25</sup> STC 129/2019, fundamento xurídico 3.º: "De acordo co artigo 149.1.18 CE e a doutrina constitucional que o interpretou, o Estado ten competencia para establecer as bases do réxime estatutario dos funcionarios públicos, expresión que debe entenderse referida aos de todas as administracións públicas, incluíndo o persoal estatutario dos servizos de saúde (STC 2072017, do 2 de febreiro, FX 2)".

convencional en garantía da forza vinculante<sup>26</sup>. Situación que o mesmo Tribunal Constitucional manifesta que non pode interpretarse así no caso concreto que trata na STC 129/2019, pero que, á luz da propia redacción do artigo 38.10 do texto refundido do Estatuto básico do empregado público, interpreta abrindo unha vía hipotética de esgotamento do réxime de suspensión por parte do lexislador básico.

E esa interpretación, no caso concreto desta sentenza, non é posible, segundo o Constitucional, porque unha restrición tan intensa se debería recoller expresamente no teor literal do artigo, sen prexuízo do xuízo da súa adecuación á orde constitucional. Deste xeito, o Tribunal Constitucional estende a xa comentada relación flexible entre norma estatal-norma autonómica á orde das relacións entre a lexislación básica e a de desenvolvemento como unha das posibles do artigo 14.9.1, como se afirma no tamén xa citado fundamento xurídico terceiro último parágrafo, aínda que de maneira xenérica para todas as competencias que aí se recollen. Isto permite inferir que a intervención estatal básica no concreto artigo 38.10 do texto refundido do Estatuto básico do empregado público é facultativa e superior xerarquicamente, ao ser a norma estatal a que marca o límite de flexibilidade, a medida do infranqueable, para a autonómica, que non pode descoñecer nin menoscar as decisións que o Estado poida adoptar en virtude das súas competencias propias, de modo que se o Estado, por medio da norma básica, tivese querido unha restrición tan intensa, a tería recollido expresamente. Como non o fixo, isto permítelle ao lexislador autonómico suspender a aplicación do acordo de funcionarios.

### 2.3.4 A adecuación do principio de distribución de competencias e o de xerarquía na relación flexible entre norma estatal-norma autonómica

A vía interpretativa que abre o Constitucional no citado fundamento xurídico cuarto da STC 129/2019 é tan profunda, mesmo sendo unha mera posibilidade hipotética, que o obriga a reconducir a situación afirmando como primordial na relación dos pactos, acordos ou convenios a subordinación, en todo caso, á lei<sup>27</sup>.

Nese zigzagueo que a sentenza presenta, esta afirmación dáenos, pola súa contundencia, como un fito que serve como un punto de referencia para encadrar nos seus xustos termos a hipótese anteriormente presentada. E tanto é isto así, que na remisión a unha sentenza anterior o tratado nesta que se comenta se considera como “un caso xa examinado pola doutrina constitucional, ben que desde unha perspectiva diferente”<sup>28</sup>. En definitiva, a afirmación que encadra esencialmente as relacións entre

<sup>26</sup> STC 129/2019, fundamento xurídico 4.º: “Non pode deducirse dos artigos 32.2 e 38.10 TRLEEP que o lexislador estatal lles quixese reservar unha marxe de liberdade ás administracións, sen someterse a normas legais de ningún tipo, de xeito que non poida o lexislador (aquí o lexislador orzamentario da Comunidade de Madrid) interferir nin regular ningún aspecto do réxime dos acordos, pactos ou convenios subscritos co persoal laboral e funcionario do sector público autonómico, so pena de inconstitucionalidade da lei que así o estableza”.

<sup>27</sup> O último parágrafo do punto a) do fundamento xurídico 4.º da STC 129/2019 é inequívoco: “Ademais, non pode pasarse por alto que os acordos, pactos ou convenios están subordinados ás normas con rango de lei, polo que estas poden acordar a súa suspensión ou modificación, sen que resulte de aplicación o disposto nos artigos 32.2 e 38.10 TRLEEP. Non cabe aquí falar dunha “reserva de administración” de determinadas decisións que serían así inaccesibles ao lexislador”.

<sup>28</sup> No fundamento xurídico cuarto da STC 129/2019 faise unha remisión á STC 104/2019 no seu fundamento xurídico duodécimo, que expresamente recolle a subordinación non só á lei, senón ao regulamento de toda situación xurídica obxectiva

lei e pactos, acordos e convenios no principio de xerarquía obriga o Constitucional a explicar cando entra en xogo, entre leis e normas con rango de lei, o principio de distribución de competencias.

E, neste punto, a clave de bóveda do razoamento xurídico da Sentenza 129/2019 atópase no sentido das leis e nos obxectivos buscados por estas. A norma estatal básica ten como finalidade regular con carácter xeral o réxime de suspensión fronte á norma autonómica, cuxos obxectivos son coadxuvar a un fin concreto que neste caso é o cumprimento de obxectivos de estabilidade orzamentaria. Para alcanzar tales fins, a autonómica afecta, entre outras medidas legais, a condicións concretas recoñecidas a empregados públicos, tanto daqueles que prestan os seus servizos na Administración como dos que o fan no sector público en xeral.

É a natureza das leis a que explica que, nun contexto de redución do gasto e do déficit público, o lexislador autonómico adopte medidas concretas de política retributiva dos empregados públicos, entre as que se atopan a suspensión de acordos de funcionarios. Non se pretende modificar o réxime xeral de suspensión dos acordos, senón que estes se suspenden como unha das medidas estabilizadoras dentro dun conxunto de carácter estatal e autonómico que, incidindo nas condicións laborais dos empregados públicos, perseguen obxectivos distintos á regulación abstracta da suspensión de pactos, acordos e convenios. E todo iso realízase con fundamentación xurídico-constitucional distinta e sen prexuízo das competencias estatais ex artigo 149.1 CE<sup>29</sup>.

Polo tanto, as relacións que establece o Tribunal Constitucional de cara a cando entra en xogo o principio de distribución de competencias e cando o de xerarquía quedan claramente delimitadas. O carácter abstracto propio do réxime xeral correspóndelle á norma estatal básica que impediría por esgotamento e amparado no principio de distribución de competencias a invasión de calquera lei autonómica se superase o xuízo de constitucionalidade. O de xerarquía permitiría medidas de corte instrumental e conxuntural á norma autonómica que poderían prever, entre outras, a suspensión. E, indo aínda máis lonxe e co mesmo razoamento, esa suspensión instrumental podería ser adoptada, e amparada polo de xerarquía, por unha norma estatal non básica se fose necesaria para a obtención dun fin xustificadamente e amparado constitucionalmente.

Con este razoamento, podería parecer que o propio Tribunal Constitucional incorre nunha *contradictio in terminis*. Se, efectivamente, o lexislador autonómico non está a afectar ao réxime xeral de suspensión, entón sería indiferente esgotar este na norma básica, xa que o propio carácter instrumental xustificaría a suspensión. Non obstante, o propio Tribunal manifesta que semellante medida restritiva, que

---

en que se atopa calquera funcionario con independencia dos cambios lícitos que unilateralmente se produzan por parte do lexislador: "O funcionario que ingresa a servizo da Administración pública colócase nunha situación obxectiva, definida legal e regulamentariamente e, por iso, modificable por un ou outro instrumento normativo de acordo cos principios de reserva de lei e de legalidade, sen que, consecuentemente, poida exixir que a situación estatutaria quede conxelada nos termos en que se achaba regulada no momento do seu ingreso".

<sup>29</sup> Cfr. fundamento xurídico 4 b) STC 129/2019.

impediría suspender o acordo pola autonómica creando unha especie de reserva de administración, tería sido necesario recollela expresamente na lei básica.

### 2.3.5 O voto particular: o réxime básico non pode enervarse por medidas instrumentais ao servizo de políticas concretas

A encrucillada a que chega neste punto o Tribunal Constitucional provoca un voto particular do maxistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré, que sinala no último parágrafo e como o máis relevante deste dous puntos intimamente conectados e referidos aos límites na relación norma estatal-norma autonómica.

O primeiro deles sitúa a cuestión nos mesmos fundamentos constitucionais, de tal maneira que nega a posibilidade de distinguir un réxime abstracto e xeral e outro concreto e instrumental para a suspensión. Todo queda suxeito, no que se refire aos acordos de funcionarios, no artigo 149.1.18.<sup>a</sup>, que faculta o Estado a ditar as bases do réxime estatutario dos funcionarios. Así, nega a posibilidade de elusión a través da fundamentación do artigo 149.1.13.<sup>a</sup> en combinación co artigo 156.1 de medidas de contención do gasto nun contexto de lexislación orzamentaria, sinalando un desprazamento indebido que supón, unha vez máis, unha *vis expansiva* das bases e coordinación da planificación xeral.

Isto lévao, pola súa vez, a establecer unha relación entre a norma básica e a de desenvolvemento moito menos flexible ao afirmar que a suspensión dos acordos por parte do acto lexislativo da Comunidade Autónoma de Madrid unicamente é posible por estar prevista no artigo 38.10 do texto refundido do Estatuto básico do empregado público. Todo iso quere dicir que, de non telo estado, o lexislador autónomo tería vulnerado as bases do réxime estatutario dos funcionarios públicos e incorrido en inconstitucionalidade. Ao poñer, polo tanto, o parámetro de contraste da constitucionalidade nas bases do artigo 149.1.18.<sup>a</sup>, está recoñecendo explicitamente que á suspensión só cabe atribuírlle un réxime xeral e abstracto.

O segundo punto infírese inmediatamente do anterior no feito de que a suspensión instrumental, elusiva do réxime xeral recollido no texto refundido do Estatuto básico do empregado público, ao servizo dunha política de contención do gasto con fins estabilizadores, non tería amparo constitucional ningún, aínda que estivese recollida nunha lei. Un fundamento constitucional non exime o descoñecemento doutros. Dito doutro xeito, o deseño dunha política concreta ao amparo dalgún título competencial constitucional non fai quebrar a comprensión sistemática da Constitución<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> O voto particular, non obstante, salvou a decisión desestimatoria en relación coa inconstitucionalidade mediata, xa que ao seu xuízo non cabía apreciar contradición efectiva e insalvable en relación coa citada regulación estatal, que no que a este estudo lle interesa se centra no artigo 38.10 do texto refundido do Estatuto básico do empregado público. Dúas son as consideracións apuntadas para salvar a decisión. A primeira fúndase en que o Estado carece de competencias para determinar que órgano autonómico debe exercer unha determinada competencia por formar parte da potestade autonómica de autoorganización. A segunda refírese ao deber de información ás organizacións sindicais que daba por cumprida ao non contemplar a normativa estatal se debía ser previa ou posterior (cfr. voto particular STC 129/2019).

## 2.4 Tres elementos de análise da STC 129/2019 para precisar o lugar concreto que ocupa o acordo de funcionarios no ordenamento xurídico

A combinación entre os razoamentos vertidos nos fundamentos xurídicos terceiro e cuarto xunto con algúns extremos vertidos no voto particular dá lugar á posibilidade de centrar a análise en tres elementos.

O primeiro deles atópase no voto particular, onde se afirma o seguinte: “Pero impórtame sobre todo destacar que, de non estar prevista a suspensión de pactos e acordos no TRLEEP, a norma autonómica non tería superado o xuízo de constitucionalidade, o que corrobora que son os artigos 32.2 e 38.10 TRLEEP o parámetro decisivo de contraste. En efecto, sen contar co soporte do disposto no TRLEEP, a Comunidade de Madrid tería invadido a competencia exclusiva do Estado en materia de lexislación laboral e vulnerado as bases do réxime estatutario dos funcionarios públicos”.

A lexislación básica foi definida polo Tribunal Constitucional orixinariamente des- de un concepto material de bases<sup>31</sup>. Co paso do tempo, o mesmo Tribunal estableceu definitivamente os requisitos formais para garantir a seguridade xurídica<sup>32</sup>. O réxime da normación básica construíuse combinando o recoñecemento duns criterios obxectivos que, segundo a súa propia natureza, uniformizan en todo o territorio nacional unha materia, creando un marco lexislativo básico para defender o interese xeral. Este marco deixa o espazo normativo correspondente ás comunidades autónomas para que nas súas lexislacións de desenvolvemento defendan os seus intereses particulares dando lugar a unha multiplicidade de solucións autónomas dentro dun marco básico común<sup>33</sup>. A dobre garantía de que, por un lado, sexa a lei formal votada nas Cortes a

<sup>31</sup> “Polo de pronto, xa na temperá STC 32/1981 (FX 6) formulouse o que pasou a denominarse concepto material de bases: «a noción de bases ou de normas básicas debe ser entendida como noción material e, en consecuencia, eses principios ou criterios básicos, estean ou non formulados como tales, son os que racionalmente se deducen da lexislación vixente». Esta importantísima declaración foi con posterioridade numerosas veces reiterada (entre outras máis, SSTC 48/1988, 49/1988, 13/1989, 147/1991, 135/1992, 225/1993, 197/1996, etc.), consolidándose, pois –sen prexuízo de certos matices en verdade, como logo se verá, unha noción material de bases que pon de relevo ante todo que a cualificación de norma básica depende en última instancia da súa natureza e contido”. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*, Lustel, Madrid, 2005, p. 251.

<sup>32</sup> STC 69/1988, do 19 de abril. BOE n. 108, do 5 de maio de 1988, fundamento xurídico 6.º: “Nos primeiros anos de vixencia da Constitución, nos que a tarefa urxente que impuña a implantación do sistema de distribución de competencias consistía en adaptar a lexislación anterior á nova orde constitucional e non lle era posible ao Estado despreñar unha actividade lexislativa tan intensa que puidese, de xeito inmediato, configurar todas as ordenacións básicas que prevén a Constitución e os estatutos, resultaba inevitable que o concepto material de «norma básica» adquirise excepcional relevancia co fin de conseguir, do modo máis rápido e eficaz, a progresiva determinación dos espazos normativo estatal e autonómico, quedando, por conseguinte, nun segundo plano o compoñente formal incluído na referida doutrina constitucional. Superada esa inicial situación pola realidade actual dunha orde distributiva competencial en avanzado estado de construción, ese compoñente formal adquire unha maior transcendencia como garantía de certeza xurídica na articulación das competencias estatais e autonómicas, o cal se manifesta imprescindible no logro dunha clara e segura delimitación destas a través de instrumentos normativos que reduzan, de xeito inequívoco, a indeterminación formal das normas básicas ata o nivel que resulte compatible co principio de seguridade xurídica, que proclame o artigo 9.3 da Constitución e cuxa presenza efectiva no ordenamento xurídico, especialmente no tan complicado e importante da organización e funcionamento do Estado das autonomías, é esencial ao Estado de dereito que a propia Constitución consagra no seu artigo 1.1º”.

<sup>33</sup> Isto xa queda claro na xa afastada no tempo STC 32/1981, do 28 de xullo (BOE n. 193, do 13 de agosto de 1981): “A garantía constitucional é de carácter xeral e configuradora dun modelo de Estado, e iso conduce, como consecuencia obrigada, a entender que corresponde a este a fixación de principios ou criterios básicos en materia de organización e competencia de xeral aplicación en todo o Estado. A fixación destas condicións básicas non pode implicar en ningún caso o establecemento dun réxime uniforme para todas as entidades locais de todo o Estado, senón que debe permitir opcións diversas, xa que a

que defina o básico impide que o espazo de normación básica quede dentro dunha masa normativa indeterminada, e, por outro, o propio xuízo de constitucionalidade reservado ao Tribunal Constitucional referido á cualificación que dea o lexislador estatal en relación co que se entende materialmente por básico aseguran a seguridade xurídica exixida constitucionalmente<sup>34</sup>.

Todo o anterior fai que a afirmación referida á imprevisión de réxime ningún de suspensión na lei básica levaría inevitablemente a un xuízo de inconstitucionalidade por invasión competencial sexa rotunda en exceso. O feito de que o réxime de suspensión estea formalmente recollido na lei non implica necesariamente que sexa básico pola súa natureza, xa que podería desbordar os límites do básico ou ser contrario á súa propia natureza e incorrer en inconstitucionalidade na medida en que sexa impugnada e declarada como tal polo Tribunal Constitucional. Por outro lado, a inexistencia de calquera tipo de réxime de suspensión na lei non tería que impedir a posibilidade da súa contemplación na lexislación de desenvolvemento se esta o considerase motivadamente como un desenvolvemento das bases. Tamén, e conforme o artigo 149.3 CE, as comunidades autónomas poden asumir nos seus estatutos competencias non básicas na materia correspondente sempre que non entren en contradición coa lexislación básica. E, por último e sen pretensión de ser exhaustivos, tampouco o feito mesmo de que non existise formalmente lexislación básica ningunha impediría un desenvolvemento lexislativo nese sentido sempre que puidese inferirse da lexislación vixente, pre ou posconstitucional<sup>35</sup>.

O segundo deles formúlase no fundamento xurídico cuarto da sentenza no que a relación flexible da normación básica e de desenvolvemento apunta a certa superioridade da básica sobre o desenvolvemento e que pode significar a clave interpretativa para dilucidar o lugar que ocupa o acordo de funcionarios na pirámide normativa.

---

potestade normativa das comunidades autónomas non é nestes supostos de carácter regulamentario. No respecto das condicións básica, polo tanto, as comunidades autónomas poderán legislar libremente”.

<sup>34</sup> STC 69/1988, do 19 de abril, fundamento xurídico 5.º: “Á satisfacción da primeira das ditas finalidades responde o concepto material de «norma básica», acuñado pola citada doutrina constitucional, conforme a cal a definición do básico polo lexislador estatal non supón que deba aceptarse que, en realidade, a norma ten ese carácter, pois, en caso de ser impugnada, corresponde a este Tribunal, como intérprete supremo da Constitución, revisar a cualificación feita polo lexislador e decidir, en última instancia, se é materialmente básica. [...] Á segunda finalidade atende o principio de lei formal que a mesma doutrina acolle en razón a que só a través deste instrumento normativo se alcanzará, coas garantías inherentes ao procedemento lexislativo, unha determinación certa e estable dos ámbitos respectivos de ordenación das materias nas que concorren e se articulan as competencias básicas estatais e as lexislativas e regulamentarias autonómicas”.

<sup>35</sup> “Agora ben, admitida desde o primeiro momento, e mantida ao longo do tempo, a posibilidade de inferir normas básicas da lexislación vixente, sexa pre ou posconstitucional (entre as máis recentes, STC 14/2004, que deduce o carácter básico de diversos preceptos da Lei 25/1964, de enerxía nuclear), as SSTC 37/2002 e 1/2003 acabaron por impor un límite taxativo, ao exporse, tal como se di na primeira das sentenzas (FX 9), se é posible «inferir normas básicas da lexislación preconstitucional nunha materia en que o lexislador estatal posconstitucional procedeu a establecer dunha maneira aparentemente completa, no exercicio das súas competencias, as bases desta, sen que declarase básicas aquelas normas preconstitucionais» [...] as competencias básicas estatais e as lexislativas e regulamentarias autonómicas mal se compadecen coa posibilidade de poder seguir inferindo bases das normas legais preconstitucionais cando o lexislador estatal constitucional procedeu no exercicio da competencia constitucionalmente atribuída a establecer de maneira aparentemente completa e innovadora as bases sobre unha determinada materia, a menos que declare expresamente a pretendida natureza básica das normas legais preconstitucionais ou a dita natureza resulte, sen dúbida, de seren estas un complemento indispensable das normas básicas posconstitucionais por deducirse da súa propia estrutura que non pretenderon esgotar a regulación de todos os aspectos da materia”. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*, cit., p. 309.

Así, e partindo da cita de certa xurisprudencia do mesmo Tribunal Constitucional no sentido de que a negociación colectiva “non é límite nin condición para a potestade legislativa do parlamento autonómico, só limitado en dereito pola norma suprema e polo control estritamente xurídico derivado dela que este Tribunal ten encomendado (STC 87/2018, de xullo, FX 3), recoñécese a posibilidade, como xa se comentou anteriormente, de establecer unha restrición tan intensa que sitúe a negociación e o froito desta –no caso que nos ocupa, o acordo de funcionarios– fóra do alcance do lexislador autonómico”. Todo iso, “sen prexuízo do xuízo que, se é o caso, tal restrición merecese desde a perspectiva da súa adecuación á orde constitucional de distribución de competencias”.

O primeiro que se debe expor é que nesa relación entre leis básicas e de desenvolvemento non hai unha posición de subordinación. Unha lei é unha lei, é dicir, a expresión da vontade popular e dentro da Constitución, e sempre compatible con ela, ocupa a cúspide da xerarquía normativa. Non hai confusión ningunha coa delegación legislativa<sup>36</sup>. A relación existente entre a lexislación básica e a de desenvolvemento réxese pola distribución de competencias que vén expresada na Constitución, de tal maneira que esta lle reserva a competencia exclusiva ao Estado para regular a lexislación básica. Establece, deste xeito, o alcance concreto que unha determinada lei en relación cunha materia determinada e recollida no artigo 149.1 CE debe ter. A lexislación básica non pode tratar calquera materia nin de calquera modo; debe establecer unha regulación que incorpore ao ordenamento xurídico os criterios obxectivos que unifiquen en todo no territorio nacional unha materia en defensa do interese xeral, deixando o espazo suficiente para que estes criterios se desenvolvan lexislativamente en cada unha das comunidades autónomas, concretando así, desde o respecto a estes criterios básicos, os intereses autonómicos concretos. Isto dará lugar a unha pluralidade de solucións dentro dun mesmo ordenamento xurídico.

A lexislación básica, aprobada nas Cortes, debe esgotar o mandato constitucional e regular enteiramente as bases, non simplemente aqueles aspectos que considere oportunos politicamente. Isto non quere dicir que a lexislación básica sexa promulgada dunha vez e para sempre, posto que unha lei básica pode modificarse ou derrogarse, xa que a consideración dos criterios obxectivos, ese mínimo común denominador normativo, non deixa de ser obxecto de apreciación política. Porén, os criterios unificadores non son obxecto de componendas, de tal maneira que queden ao arbitrio do poder nas Cortes, podendo restrinxir o alcance das bases para dar maior espazo ao desenvolvemento lexislativo ou expandilas para reducilas ao mínimo ou esgotalas en función da oportunidade política definindo as bases así polo alcance que destas lle dea a lei formal que as regula en cada momento. As bases defínense ontoloxicamente e non están sometidas ao principio de oportunidade política, o cal

<sup>36</sup> O Tribunal Constitucional non deixou lugar a dúbidas reiterando a xa temperá xurisprudencia STC 1/1982, do 28 de xaneiro: “Este Tribunal, no fundamento sexto da súa Sentenza do 28 de xullo de 1981, xa sinalou que «o exercicio da competencia estatal para o establecemento das bases ou lexislación básica a que en distintos parágrafos do seu apartado primeiro se refire o artigo 149 non require, de ningún xeito, a promulgación de leis de bases ou de leis marcos». Así, pois, as bases a que se refiren no noso caso os parágrafos 11 e 13 do artigo 149.1 CE non teñen nada que ver coa delegación legislativa de que tratan os artigos 82 e 83 da Constitución, nin se identifican con leis marco reguladas polo artigo 150.1”.



non quere dicir que esta natureza obxectiva non sexa obxecto de aprobación nas Cortes e froito da negociación, pero o aprobado nas Cortes, na medida en que non se axuste materialmente ao que debe ser entendido por bases, poderá ser declarado inconstitucional.

Polo tanto, o manifestado polo Tribunal Constitucional no sentido de que unha restrición tan intensa que lle tivese impedido ao parlamento autonómico intervir nunha cuestión concreta tería debido establecerse na lei estatal podería entenderse como unha aplicación do principio de oportunidade no ámbito concreto do lexislador. Non se esgota o mandato constitucional de regular enteiramente as bases para dar máis espazo lexislativo ao poder político autonómico, o que realmente convertería nunha norma flexible a lei básica que se ensancharía ou se estreitaría a conveniencia política.

Isto non é así, a lei estatal debe regular enteiramente as bases e estas teñen unha natureza que define o seu alcance e límites, que é o que precisamente controla o Tribunal Constitucional. A partir destas, o lexislador autonómico desenvólveas para dar forma legal ás peculiaridades do seu ámbito territorial autonómico. As bases protexen o interese xeral da nación, e os desenvolvementos, o dos ámbitos autonómicos. A unión das dúas lexislacións forma un todo unitario sobre unha materia cuxa expresión é plural autonomicamente. Polo tanto, estamos ante dous espazos lexislativos rexidos polo principio de distribución de competencias que en cada un deles as leis respectivas cumpren un mandato constitucional concreto que non poden desbordar nin o poder político pode moldear aos seus intereses concretos.

O terceiro deles correspóndese co expresado no fundamento cuarto a) e b) e no voto particular referido á posibilidade de desactivar ou evitar, como con gran precisión se manifesta no voto particular, o disposto no texto refundido do Estatuto básico do empregado público. En síntese, e tras defender a posibilidade de configurar unha restrición tan intensa ao poder lexislativo creando o que sería unha “reserva de administración” como efecto desa restrición, o Tribunal razoa que todo tipo de froito da negociación colectiva, é dicir, os acordos de funcionarios, entre outros, están sometidos xerarquicamente á lei. A todo tipo de lei. Polo tanto, expresa tallantemente: “Non cabe aquí falar dunha «reserva de administración». Para iso, vén fundamentar que a lexislación emanada do mandato do artigo 149.1.18.<sup>a</sup> CE, é dicir, os artigos do estatuto básico, quedaría desactivada ante o desprazamento a distintos fundamentos constitucionais e autonómicos, neste caso o artigo 149.1.13.<sup>a</sup> e o artigo 156.1 CE, xunto co artigo 51 do Estatuto de autonomía da Comunidade de Madrid, que deste xeito lle permitirían ao lexislador autonómico non caer en inconstitucionalidade mediata ao non perseguir a súa actuación lexislativa substituír no mandato constitucional o lexislador estatal básico”.

E neste punto cabe dicir que o voto particular apunta na correcta dirección, ao sinalar que non se pode descoñecer unha parte da Constitución para fundamentar actuacións lexislativas noutra. Isto sería constitucionalismo á carta. Como o obxecto da miña lexislación non é regular as bases por mandato do artigo 149.1.18.<sup>a</sup>, podó

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

descoñecelas sempre cun fin instrumental ao servizo de políticas de carácter superior. Neste caso orzamentarias<sup>37</sup>”.

E, nesta situación límite en que o poder lexislativo na súa faceta orzamentaria quedaba limitado polo acordado no seo dunha negociación colectiva, ponse de manifesto con total claridade que nun Estado descentralizado como o noso os centros políticos autonómicos non poden quedar sometidos ao acordado en negociacións colectivas. A soberanía nacional que se expresa nas Cortes Xerais e nos parlamentos autonómicos non pode quedar subordinada, baixo ningunha circunstancia, a acordos que non deixan de responder a intereses particulares por moita representación institucional que se lle queira dar á configuración das mesas de negociación.

O nó gordiano da cuestión está perfectamente expresado no fundamento cuarto: “Ademais, non pode pasarse por alto que os acordos, pactos ou convenios están subordinados ás normas con rango de lei”. A toda norma con rango de lei, con independencia de que fose promulgada polas Cortes ou por calquera parlamento autonómico. De aí que prosiga: “polo que estas poden acordar a súa suspensión ou modificación, sen que resulte de aplicación o disposto nos artigos 32.2 e 38.10 TREBEP”.

A subordinación á lei, a calquera lei, queda meridianamente clara; o que xa é máis discutible é a desactivación dunha parte dunha lei básica en favor doutra en determinados casos. O que cabe formularse é se non estaremos ante un exceso da lei básica que lexislou tan detalladamente que provocou un conflito tan evidente como o que estamos a tratar. A propia lóxica constitucional leva a rexeitar tanto nos fundamentos como no voto particular a pretensión dos demandantes de someter o poder lexislativo autonómico ao acordado nunha negociación colectiva e, non obstante, a solución do Tribunal pasa por un cambio na fundamentación que desactiva unha parte desta no caso concreto.

## 2.5 O alcance dos acordos de funcionarios e a súa relación coas normas regulamentarias

En definitiva, a posición no ordenamento xurídico dos acordos de funcionarios atopa unha barreira infranqueable na lei á cal quedan sometidos en calquera dos casos, como xa quedou demostrado. Non obstante, a posición deste e dos regulamentos de novo xera moitas dúbidas (ou quizais ningunha) pola propia redacción do artigo 38 do texto refundido do Estatuto básico do empregado público.

De novo, estamos no contexto dunha lei formalmente básica e no capítulo IV intitulado *Dereito á negociación colectiva, representación e participación institucional. Dereito de reunión*. O punto terceiro do artigo 38 no seu primeiro parágrafo establece na súa redacción a posibilidade de alterar o sistema de fontes infralegais ao prever que os acordos de funcionarios, que unicamente versarán sobre materias competencia dos órganos de goberno das administracións públicas, terán que ser aprobados

---

<sup>37</sup> Como claramente expresa o maxistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré remarcando a unidade sistemática da Constitución: “A autonomía das comunidades autónomas para determinar a súa propia política de ordenación de gasto non os habilita, de ningún xeito, para descoñecer ou invadir as competencias do Estado noutros ámbitos materiais distintos ao artigo 149.1.13.”.

expresa e formalmente por tales órganos de goberno para a súa validez e eficacia. Unha vez ratificados e que afecten a temas que poden ser definitivamente decididos polos órganos de goberno, o contido destes será válido, eficaz e directamente aplicable ao persoal incluído no seu ámbito de aplicación. Isto con independencia das normas regulamentarias que estean en vigor, que, para os efectos formais, haberá que modificar ou derrogar.

O texto sitúanos nun ámbito de indeterminación considerable. En primeiro lugar, establece que os acordos só versarán sobre materias competencia dos órganos de goberno e, dentro destas, aquelas que afecten a temas que poidan ser decididos de forma definitiva polos ditos órganos serán válidos e eficaces e en relación co persoal incluído no seu ámbito de aplicación, ademais directamente aplicables. Todo iso producirá un cambio na vinculación positiva ao ordenamento xurídico, neste ámbito concreto definido en canto ao alcance destes acordos, que producirá unha alteración no sistema de fontes real e práctica, con independencia de que formalmente haxa que modificar ou derrogar os regulamentos correspondentes.

O teor literal é o suficientemente indeterminado como para albiscar que non será sinxelo saber con total certeza en que casos se aplicará o convenio, en que outros haberá que acudir ao regulamento e cando haberá que modificar ou derogalos, xa que a expresión “temas que poden ser decididos de forma definitiva polos órganos de goberno” é dunha indeterminación tan evidente que a súa interpretación, ao introducir a mera posibilidade de que poidan ser decididos, é en si mesma moi dificilmente casable coa necesaria seguridade xurídica que debe presidir o enteiro ordenamento xurídico.

## Bibliografía

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*, Iustel, Madrid, 2005.

REGAP



COMENTARIOS E CRÓNICAS





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_xullo-decembro 2022 | pp. 163-174  
Santiago de Compostela, 2022  
[Vhttps://doi.org/10.36402/regap.v2i64.4971](https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.4971)  
© Ángela María Viqueira Allo  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 05/10/2022 | Aceptado: 29/11/2022  
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Reclamación das retribucións complementarias dun posto de categoría superior

Reclamación de las retribuciones complementarias de un puesto de categoría superior

Claiming supplementary remuneration for a higher-ranking post

64 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

ÁNGELA MARÍA VIQUEIRA ALLO

Funcionaria da Administración local con habilitación de carácter nacional

Subescala de secretaría-intervención

[angelaallo@hotmail.com](mailto:angelaallo@hotmail.com)

**Resumo:** Análise sobre o dereito a percibir os emolumentos derivados do complemento de destino e específicos propios do posto de superior categoría que efectivamente desempeñan. Problemática sobre reclamacións económicas por parte de traballadores que veñen realizando funcións de superior categoría con carácter estable, continuado e por orde expresa da propia Administración cando realmente desempeña un posto de menor categoría á que non lle corresponden as funcións que efectivamente está a realizar de conformidade co previsto na relación de postos de traballo. Requisitos e procedencia ou improcedencia da solicitude.

**Palabras clave:** Diferenzas retributivas, complemento específico, complemento de destino, reclamación económica, funcións de superior categoría.

**Resumen:** Análisis sobre el derecho a percibir los emolumentos derivados del complemento de destino y específicos propios del puesto de superior categoría que efectivamente desempeñan. Problemática sobre reclamaciones económicas por parte de trabajadores que vienen realizando funciones de superior

categoría con carácter estable, continuado y por orden expresa de la propia Administración cuando realmente desempeña un puesto de menor categoría a la que no le corresponden las funciones que efectivamente está realizando de conformidad con lo previsto en la relación de puestos de trabajo. Requisitos y procedencia o improcedencia de la solicitud.

**Palabras clave:** Diferencias retributivas, complemento específico, complemento de destino, reclamación económica, funciones de superior categoría.

**Abstract:** Analysis of the right to receive emoluments stemming from additional allowances and specific payments for the higher category position that they actually hold. Problems concerning financial claims by workers who have been performing higher category functions on a stable, continuous basis and by express order of the Administration itself when they actually hold a position of a lower category to which the functions they are in fact performing do not correspond in accordance with the provisions of the list of positions. Requirements and the appropriateness or inappropriateness of the application.

**Key words:** Differences in remuneration, specific allowance, destination allowance, financial claim, higher category duties.

O artigo 128 do Real decreto legislativo 781/1986, do 18 de abril, polo que se aproba o texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local (TRRL), indica que: “1. *As corporacións locais aprobarán e publicarán anualmente, dentro do prazo dun mes desde a aprobación do seu orzamento, a oferta de emprego público para o ano correspondente, axustándose á lexislación básica do Estado sobre función pública e aos criterios que regulamentariamente se establezan en desenvolvemento da normativa básica estatal para a súa debida coordinación coas ofertas de emprego do resto das administracións públicas (...)*”.

Non obstante, durante os últimos anos os orzamentos xerais do Estado, prorrogados nalgúns casos, como o último de 2018, establecen limitacións ás ofertas de emprego público a través da coñecida e controvertida taxa de reposición, tendo na actualidade en cuestión a excepcional oferta de emprego público para a estabilización de emprego temporal.

Esta decisión implicou que a Administración vise incrementada a súa carga de traballo como consecuencia da implantación de novos sistemas de xestión e plataformas tendentes a avanzar no campo da Administración electrónica, sen que se incrementase de xeito proporcional o persoal necesario para afrontar estes cambios.

Esta situación conduciu a que en incontables ocasións o persoal ao servizo das administracións tivese que realizar funcións de superior categoría como consecuencia da escaseza de efectivos, sen que fose retribuído polas tarefas realizadas.

Así, atopámonos ante unha situación de desprotección dos traballadores da Administración que, de boa fe, e a prol do bo funcionamento desta, realizan tarefas que non só non lles corresponden, senón que nas relacións de postos de traballo están previstas para categorías superiores ás que desempeñan.

Esta implantación de novos sistemas de xestión e plataformas tendentes a avanzar no campo da Administración electrónica puxo de manifesto o absoluto atraso existente na Administración municipal, o descoñecemento por parte do persoal e, polo tanto, a posta a punto en tempo récord para adaptarse a unha realidade que lle quedaba lonxe. Unhas entidades adaptáronse unindo esforzos por parte de todo o persoal, pero outras néganse a evolucionar, o cal xera unha terrible frustración

nese persoal responsable que si quere cumprir coa nova normativa e non dispón dos medios humanos e materiais necesarios e, ao mesmo tempo, da posibilidade de remunerar a quen os desempeña a través da confección dunha obxectiva relación de postos de traballo.

Por este motivo, os xulgados do contencioso-administrativo víronse sobrecargados de demandas nas cales se solicita que se recoñeza o dereito a percibir os emolumentos derivados do complemento de destino e específicos propios do posto de superior categoría que efectivamente desempeñan.

Estas demandas basean a súa petición en que o demandante vén realizando funcións de superior categoría con carácter estable continuado e por orde expresa da propia Administración, cando realmente ocupa un posto de menor categoría, á que non lle corresponden as funcións que efectivamente está a realizar de conformidade co previsto na relación de postos de traballo.

Nun primeiro momento, a xurisprudencia fixara con claridade e de xeito reiterado cales son os requisitos que se debían cumprir para que se recoñeza o dereito a percibir as retribucións complementarias dun posto de categoría superior: o desempeño efectivo de todas e cada unha das funcións de categoría superior, a adscrición formal ao posto de traballo e a existencia de dotación orzamentaria.

Así, a Sentenza do Tribunal Supremo, Sala do Contencioso-Administrativo, do 28 xaneiro de 2003 (EDX 2003/1122), precisou que:

*“No caso examinado, a adscrición ao posto solicitado polo recorrente tivo un carácter provisional e a percepción de retribucións complementarias non estaba asignada a ese posto de traballo, que só poden percibirse cando tal posto se dote orzamentariamente cos ditos complementos e mentres se produce unha adscrición ao mesmo funcionario que reclama os haberes.*

*Tales circunstancias non concorren na cuestión examinada, non xa só no que concirne ao período temporal no que a sala de instancia lle recoñece as diferenzas retributivas, fixéndose un criterio erróneo e gravemente danoso para o interese xeral, senón ademais tendo en conta que a eventual reiteración do criterio xurisdiccional impugnado causaría grave quebranto para o interese público e ao erario da Administración pública autonómica, o que xustifica a estimación do recurso extraordinario e a fixación de doutrina legal nos termos solicitados pola parte recorrente no sentido de que «non poden percibirse diferenzas retributivas aínda que se desempeñou de feito o posto de traballo e se solicitou por parte do funcionario a súa adscrición ou nomeamento provisional mentres o posto non estea dotado orzamentariamente» e todo iso con respecto á situación xurídica particular recoñecida pola decisión impugnada”.*

Os anteriores requisitos foron analizados de xeito extenso pola xurisprudencia. En primeiro lugar, en canto á efectiva realización dos traballos, a xurisprudencia da Sala 3.<sup>a</sup> do Tribunal Supremo, nas súas sentenzas do 27 de xuño de 2007 e 21 de xuño de 2011, permitiu que un funcionario que realizase funcións de categoría superior percibise as retribucións complementarias obxectivamente vinculadas ao posto de



traballo, sempre e cando as funcións de categoría superior se realizasen de forma completa, estable e exclusiva, non de xeito ocasional, descontinuo ou compartido. Neste mesmo sentido pronunciouse o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia en Sentenza do 1 de xuño de 2016 (EDX 2016/107916), exixindo a asunción íntegra da responsabilidade, de tal maneira que non se pode entender realizado polo feito de exercer algunha función que poida ser coincidente:

*“En relación con esta cuestión debemos comezar por recordar o que resolvemos na St. 576/2015 do 21 de outubro de 2015 (Recurso 362/2015) na que sinalamos que a equiparación retributiva pretendida só pode comprender a diferenza entre os complementos obxectivos existentes entre o posto de traballo que se desenvolve e aquel polo que se perciben as retribucións, de ser aquel superior, sinalabamos o seguinte:*

*... a xurisprudencia da Sala 3.<sup>a</sup> do Tribunal Supremo, nas súas sentenzas do 27 de xuño de 2007 e 21 de xuño de 2011, permitiu que un funcionario que desempeña funcións de categoría superior perciba as retribucións complementarias obxectivamente vinculadas ao posto de traballo, pero para iso resulta inescusable, en primeiro lugar, un nomeamento ou investidura formal, e en segundo lugar que as funcións de categoría superior se realicen de forma completa, estable e exclusiva, non de xeito ocasional, descontinuo ou compartido...”*

Chegados a este punto, debemos recordar que a carga probatoria pesa sobre o actor en canto ao deber de acreditar tanto que desenvolve, con carácter principal e por encomenda dun superior, tarefas que exceden o seu posto de traballo como que desenvolve todas e cada unha das tarefas relativas ao posto do que pretende beneficiarse, motivo que, en caso de non acreditar este extremo, levaría consigo a desestimación da demanda, como sucede no suposto axuizado pola Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, Sala do Contencioso-Administrativo, do 11 de abril de 2018 (EDX 2018/94268):

*“Por último, respecto á identidade substancial de funcións.*

*A xurisprudencia da Sala 3.<sup>a</sup> do Tribunal Supremo, nas súas sentenzas do 27 de xuño de 2007 e 21 de xuño de 2011, permitiu... «que un funcionario que desempeña funcións de categoría superior perciba as retribucións complementarias obxectivamente vinculadas ao posto de traballo, pero para iso resulta inescusable, en primeiro lugar, un nomeamento ou investidura formal, e en segundo lugar que as funcións de categoría superior se realicen de forma completa, estable e exclusiva, non de modo ocasional, descontinuo ou compartido... En definitiva, pola xurisprudencia do Tribunal Supremo acéptase o argumento de que a previsión de que se deberán aboarse as retribucións correspondentes ao posto de categoría superior mentres o desempeñe o funcionario non vulnera en si o establecido no artigo 93 da Lei 7/1985, do 2 de abril, pois non contradí a normativa xeral da función pública tendo en conta que por retribucións do posto de categoría superior*



*deben entenderse necesariamente retribucións obxectivas e só estas, que son as que unicamente están vinculadas ao posto e non ao funcionario que o serve, impedíndose dese xeito o eventual enriquecemento inxusto da Administración, que se tería beneficiado da actividade desempeñada polo funcionario nun determinado posto de traballo sen aboarlle como contraprestación as retribucións complementarias asignadas a este...».*

Non é o noso caso.

*Ademais, a alegación dun trato desigual que produce discriminación sempre implica a comparación cun terceiro que, estando nunha situación equivalente á de quen o alega, recibe un trato diferente. De aí a importancia de invocar un termo de comparación capaz de acreditar a identidade substancial de funcións e que constitúa o elemento de proba que permita deducir a razoabilidade ou non da diferenza de trato.*

*Iso condúcenos inexorablemente á cuestión da carga da proba e a actora debe achegar un termo de comparación válido que poña de manifesto a existencia desa situación equivalente á súa propia que é obxecto dun trato retributivo diferente. Díxose en sentenzas desta sala con data do 21 de decembro de 2006 e 21 de setembro de 2007, e reiterouse, a vulneración do principio consagrado no artigo 14 CE exige, para a súa apreciación, que quen invoque esa infracción achegue un termo de comparación válido, demostrativo da identidade substancial de situacións xurídicas que recibiron un trato diferente, sen causa obxectiva e razoable, e, pola súa vez, o dito principio actúa como límite ao propio lexislador, que non pode establecer desigualdades cando a diferenza de trato careza dunha xustificación de tales características, dentro sempre da idea de que, entre situacións idénticas, deben establecerse solucións que tamén o sexan.*

*Non é suficiente con describir as funcións propias que se veñen desempeñando e achegar aos autos unha serie de informes que se emitiron no curso dos 14 anos que a actora desempeña ese posto de traballo de Técnico da Unidade de Augas, xa que, para obter unha resolución favorable, tería sido preciso que outro funcionario de maior nivel realizase substancialmente as mesmas, acreditándoo igualmente, non dándose a equiparación se só hai certa similitude ou se comparten algunhas delas de forma xeral ou esporadicamente.*

*Non se nega o posible exceso de responsabilidade e competencia exercidas pola actora, que a propia sentenza de instancia reconece, e en certo xeito a Administración, sen que a apelante vaia máis aló na súa constatación, pero, en calquera caso, non vale para os efectos pretendidos o desenvolvemento ocasional, descontinuo ou compartido dalgunhas tarefas que excedan os límites das competencias asignadas ao seu posto de traballo, pois, para dar viabilidade á pretensión actora, sería exixible, ademais, que esas funcións se desempeñasen de xeito estable, completo*

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*e exclusivo e dunha maneira substancial, e é iso o que non consta acreditado; a documental acompañada co escrito de demanda non demostra de forma inequívoca e bastante a «identidade substancial» funcional existente entre as funcións asignadas ao posto ocupado pola actora e desempeñadas en exceso e aquelas que figuran atribuídas a unha xefatura de servizo; non figura en autos documento ningún que detalle que os labores desempeñados na práctica pola Sra. Esther (máis alá dos asignados polo Decreto 529/2003) son idénticos dunha maneira substancial, como exige a máis recente xurisprudencia (véxase a Sentenza do Tribunal Supremo do 18 de xaneiro de 2018 ditada no recurso 874/2017) aos atribuídos a unha xefatura de servizo, polo que non existiría base ningunha para deducir que os complementos que ten asignados o posto que ocupa a recorrente que puntualmente vén percibindo difiran naquel grao, intensidade ou contido que reclama”.*

En segundo lugar, mesmo no caso de que desenvolvesen todas e cada unha das funcións de categoría superior e se probase este extremo, tampouco sería suficiente para recoñecer as cantidades reclamadas, sendo necesaria unha adscrición formal ao posto de traballo establecido na relación de postos de traballo tal como se adiantou anteriormente. A xurisprudencia entendía que, de recoñecer o dereito ás cantidades reclamadas en concepto de diferenzas retributivas, se estaría facendo provisión dun posto de traballo por un procedemento anómalo e non previsto na lei, sen ter superado un proceso selectivo conforme os principios de mérito e capacidade.

Así, segundo consolidada xurisprudencia, débese interpretar e aplicar moi restritivamente a posibilidade de recoñecemento a un funcionario do dereito a percibir as retribucións dun posto da relación de postos de traballo de categoría superior á daquel para o que foi formalmente nomeado.

Esta era a liña seguida, entre outros, polo Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, Sala do Contencioso-Administrativo, na súa Sentenza do 18 de maio de 2017 (EDX 2017/110845):

*“A maior abastanza, tampouco consta que a actora realizase labores propios da praza de adxunta referida, e iso porque é imposible desempeñar funcións propias dun posto inexistente tanto no cadro de persoal como na relación de postos de traballo; inexistencia que produce idénticos efectos desestimatorios en relación coa reclamación de aboamento de diferenzas salariais complementarias como as que persegue a demandante. En todo caso, non houbo unha adscrición formal da recorrente, provisional ou definitiva, que levase implícito o pleno desempeño das funcións encomendadas ao adxunto de servizo. Nin houbo unha formal investidura no cargo nin se acreditou que a actora desenvolvese na súa plenitude e de modo constante as tarefas correspondentes ao posto de traballo de adxunto de servizo.*

*Que a actora desenvolvese funcións que van máis alá das que corresponden ao seu posto de traballo non autoriza para que lle sexa asignado un posto de categoría superior fóra das canles procedementalmente establecidas. Que desenvolvese máis tarefas das asignadas á súa específica categoría non implica que lle poida ser adxudicado, sen máis, un posto reservado, en canto á súa cobertura, pola vía de*

*concurso en proceso de concorrencia competitiva. Nin sequera o feito de realizar labores correspondentes a unha categoría superior avala esa posibilidade nin a faculta para exixir unhas remuneracións máis elevadas e non acordes coa súa específica categoría.*

*Así o determinou xa esta propia sala e sección ao sinalar, en sentenza do 16 de outubro de 2013, que non basta con exercer de feito as funcións propias dun posto de traballo para percibir as retribucións complementarias previstas no catálogo ou na relación de postos de traballo, xa que é preciso que exista unha resolución formal de adscrición a este tras superar, por vía de concurso, o proceso de selección convocado para o efecto. Así o veu establecendo este tribunal en sentenzas do 25 de xuño e 16 de outubro de 2013, intentando evitar procedementos anómalos e irregulares de provisión de postos de traballo, conculcadores da norma básica considerada, para tal fin, no artigo 78 do Estatuto básico do empregado público, aprobado pola Lei 7/2007, do 12 de abril (EDL 2007/17612).*

*É dicir, exíxese non só que o posto en cuestión estea dotado orzamentariamente, senón tamén a formal adscrición do interesado para o seu desempeño como colofón a un proceso selectivo acorde cos principios de acceso á función pública. E iso require a existencia dun acto de investidura formal que aquí non se aprecia, polo que tampouco cabe exixir o aboamento de diferenzas retributivas nin de atrasos económicos como indebidamente postula a parte demandante, á que se lle adxudicou a praza de enxeñeira técnica topógrafa sen que tal adxudicación levase consigo a de adxunta de servizo, en principio, a ela vinculada”.*

Por último, en canto á necesidade de dotación orzamentaria do posto de traballo, a xurisprudencia entendía que as retribucións complementarias só se poderían aboar cando do que se pretende beneficiar se dotase orzamentariamente cos ditos complementos, tal como precisou o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, Sala do Contencioso-Administrativo, en Sentenza do 14 de xullo de 2004 (EDX 2004/268190), facéndose eco da Sentenza do Tribunal Supremo, Sala Terceira, do 28 de xaneiro de 2003, que estima o recurso de casación en interese de lei:

*“É certo que o motivo que a Administración opón para denegarlle ao recorrente as retribucións complementarias correspondentes a un posto que desempeñou provisionalmente parece en principio excesivamente formalista, pero a forma ou o procedemento é consubstancial ao dereito administrativo para o debido control da actividade administrativa nos seus variados aspectos. De aí que nun tan importante como é o económico, onde os fondos son públicos, é lóxica a existencia de determinadas exixencias e específicas cautelas no relativo ao aboamento de retribucións aos funcionarios públicos que estritamente deben suxeitarse ás previsións orzamentarias. E por iso, para percibir os complementos de destino e específico correspondentes a posto distinto ao propio do funcionario que reclama, é preciso que a designación para o desempeño dese posto sexa ordenada ou aprobada pola autoridade correspondente en cada caso, pois doutro modo é obvio*

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*o descontrol orzamentario que se produciría nun sistema onde son tan variados os postos de traballo e conseguintes complementos, como frecuentes situacións de vacancia provisional. Por iso tanto para a adscrición provisional como para a atribución temporal de funcións, previstas nos artigos 63 e 66 do Regulamento xeral de ingreso do persoal ao servizo da Administración xeral do Estado e de provisión de postos de traballo e promoción profesional dos funcionarios civís da Administración xeral do Estado aprobado polo Real decreto 364/1995, do 10 de marzo, exíxese o oportuno procedemento, no cal deben respectarse os principios de publicidade, igualdade, mérito e capacidade, que ha de concluír mediante resolución motivada da autoridade competente.*

*En consecuencia, estando ausente no caso de autos a adscrición formal ou o nomeamento do actor para os postos desempeñados de feito, ademais de non terse sometido o recorrente aos sistemas ordinarios de provisión e non constando dotación orzamentaria para o seu aboamento ao actor, non pode acollerse a pretensión formulada”.*

Non obstante, co paso do tempo esta xurisprudencia anteriormente analizada deixou de ser clara, aparecendo pronunciamentos que recoñecen o dereito a percibir as cantidades reclamadas aos demandantes, baixo o pretexto de que no caso contrario se estaría a producir un enriquecemento inxusto por parte da Administración, chegando a suprimir os requisitos relativos á adscrición formal ao posto de traballo e a existencia de dotación orzamentaria.

Con estes primeiros pronunciamentos buscouse protexer a figura do funcionario que de boa vontade desenvolvía funcións que correspondían a unha categoría superior como consecuencia da escaseza de efectivos e a prol do bo funcionamento da Administración, penalizando as administracións que se vían favorecidas non só polo aforro en persoal cargando o traballo nos funcionarios dispoñibles, senón que a maiores negaban o pagamento dos servizos de superior categoría efectivamente prestados polos funcionarios, dando lugar a un claro enriquecemento inxusto por parte das administracións. Tamén neste caso debería pórse en valor ese funcionario de categoría superior que realice funcións de categoría inferior ademais das propias e sen remuneración ningunha non recibindo remuneración ningunha, xa se atope na situación de inexistencia de persoal ou na situación aínda máis flagrante de existencia de persoal, pero ausencia absoluta por parte deste de querer aprender e implicarse na nova en que lle toca traballar.

Neste sentido, podemos destacar entre outras a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 14 de xuño de 2017 (EDX 2017/135549):

*“En canto á exixencia de nomeamento ou investidura formal.*

*Esta segunda cuestión tamén a tratamos noutras ocasións, aínda que tamén na sentenza anteriormente transcrita, na cal advertimos que o relevante é a efectiva prestación das funcións á marxe do nomeamento porque pola contra se produciría un enriquecemento inxusto. Pero máis concretamente na St. do 18 de maio de 2016,*

*ditada no recurso de apelación 329/2015, no que os operarios de cemiterios do Concello de Ourense reclamaban a percepción dos mesmos complementos que os oficiais, na que por remisión a anteriores pronunciamentos indicamos:*

*Pois ben, no plano teórico, xeral e abstracto asiste razón ao Concello de Ourense cando insiste en que dúas categorías diferentes, con postos de traballo distintos, teñen lexitimamente atribuídos complementos dispares e que o traballo en equipo de alguén dependente (Operario de Cemiterios) co superior (Oficial de Cemiterios) non comporta o automático dereito á equiparación retributiva.*

*Non obstante, no plano práctico e nas concretas circunstancias, o Dereito debe remediar as situacións abusivas ou discriminatorias se concorre un escenario en que alguén proba que realiza funcións doutra categoría ou posto e as acomete ben por investidura expresa da Administración ou ben por compracencia e tolerancia tácita e inequívoca, en condicións de frecuencia, intensidade e modos que se impón evitar o enriquecemento inxusto daquela ou o desequilibrio no binomio prestación/contraprestación que inspira toda relación de servizos, laboral ou funcionarial”.*

Deste xeito, convivían no mesmo espazo temporal sentenzas contraditorias ditadas polo mesmo tribunal, en que nunhas se exixía a adscrición formal e a dotación orzamentaria (Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 11 de abril de 2018, Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 22 de novembro de 2017) e noutras eliminábanse estes requisitos (Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 14 de xuño de 2017, Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 1 de xuño de 2016, Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 11 de novembro de 2015).

Ante esta situación, xerouse un clima de inseguridade xurídica, con disparidade de sentenzas e criterios, mesmo dentro dun tribunal superior de xustiza tal como se expuxo, ata que a Sentenza da Sala 3.<sup>a</sup> do Tribunal Supremo do 18 de xaneiro de 2018, recurso de casación 874/2017 (EDX 2018/1899), decidindo así mesmo sobre a reclamación das retribucións complementarias dun posto de categoría superior, veu consolidar esta última corrente xurisprudencial, permitindo que se reclamen e obteñan as retribucións complementarias dun posto de categoría superior cuxas funcións esenciais se exerzan con carácter continuado, sen exixencia ningunha de adscrición formal ou nomeamento previo para ese posto superior, nin exixencia de dotación orzamentaria do posto:

*“Ninguén discutiu en todo o litixio que, efectivamente, existe unha xurisprudencia consolidada segundo a cal ao funcionario que acredita a realización das funcións dun posto de traballo distinto do seu e con retribucións complementarias superiores se lle deben satisfacer os complementos de destino e específico do que efectivamente desempeñou. Esa xurisprudencia non considerou que o significado do nomeamento no que se detén o escrito de oposición impidise dar igual trato retributivo a quen realice iguais labores. O mesmo feito de que se formase e se mantivese pon de manifesto unha realidade da Administración pública: a*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*existencia de supostos en que funcionarios realizan labores de postos que non son os seus ou qué postos de traballo co mesmo contido funcional teñen asignados complementos diferentes. Trátase, desde logo, cando menos dunha disfunción, pero é un fenómeno que se deu na medida suficiente para que o Tribunal Supremo chegase a establecer esa doutrina.*

*Así mesmo, debe destacarse que é unha práctica imputable á propia Administración, que é a que debe asegurar a correcta provisión dos postos de traballo necesarios para o cumprimento das súas funcións e crear as condicións nas que non exista a posibilidade ou a necesidade de que funcionarios destinados nun determinado posto realicen as tarefas doutro.*

*É significativo que diga «entre outros, aos seguintes factores» cando o artigo 23 da Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública, non o facía e que baixo as súas prescricións se desenvolvese a xurisprudencia que se seguiu mantendo e que, para a Sala de Madrid, xa non permitirían os preceptos das leis orzamentarias. Así pois, o verdadeiro obstáculo ofreceríano unicamente estes últimos que repiten ano tras ano no período relevante que as tarefas concretas que realicen os funcionarios non poden amparar a súa retribución diferente á que corresponde ao posto para o que foron nomeados.*

*Contrastada esa prescrición co principio de igualdade, concretado agora na afirmación de que a igual traballo debe corresponder igual retribución, non parece representar o impedimento advertido pola Sala de Madrid. A realización de tarefas concretas suponse que, doutro posto mellor retribuído, non é o presuposto a partir do que se formou a xurisprudencia da que se vén falando. O dato que considerou é, en realidade, o exercicio material doutro posto na súa totalidade ou nos seus contidos esenciais ou substantivos –é a identidade substancial a relevante– pero a iso non se refire a norma orzamentaria porque tal desempeño é algo diferente a levar a cabo tarefas concretas. Así, pois, mentres que ningún reproche parece suscitar que un exercicio puntual de funcións doutro posto non comporte o dereito a percibir as retribucións complementarias deste último, tal como din eses artigos, solución diferente debe darse cando do exercicio continuado das funcións esenciais dese ulterior posto se trata. Mentres que o primeiro non suscita dúbidas de que cae baixo as previsións dos preceptos orzamentarios, o segundo caso, considerado desde o prisma da igualdade, conduce ao recoñecemento do dereito do funcionario en cuestión ás retribucións complementarias do posto que exerce verdadeiramente co consentimento da Administración”.*

Con motivo desa consolidación xurisprudencial chegaron as primeiras sentenzas dos xulgados do contencioso-administrativo e dos tribunais superiores de xustiza en que se acolle esa nova interpretación na cal se prescinde do requisito da adscrición formal e da existencia de dotación orzamentaria. A meros efectos ilustrativos, pódese

citar a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, Sala do Contencioso-Administrativo, do 9 de maio de 2018 (EDX 2018/513936).

*“Innecesaridade do requisito do nomeamento ou investidura formal.-*

*O segundo requisito que considera o apelante que non concorre no caso presente é o da adscrición formal ao posto de traballo, porque de recoñecerse o dereito ás cantidades reclamadas estaríase provisionando un posto de traballo por un procedemento anómalo e non previsto na lei, sen superar un proceso selectivo conforme os principios de mérito e capacidade.*

*Tampouco pode acollerse este segundo motivo de apelación, pois debe entenderse superado o criterio anteriormente mantido que exixía a dita adscrición formal desde que a mencionada Sentenza do Tribunal Supremo do 18 de xaneiro de 2018 non o exige, xa que, como vimos, de cara á percepción das retribucións complementarias dun posto de categoría superior, para ela basta co exercicio material dese outro posto na súa totalidade ou nos seus contidos esenciais ou substantivos, de modo que é a identidade substancial o relevante.*

*Xa o anticipara así mesmo esta sala e sección na Sentenza do 14 de xuño de 2017 (recurso de apelación 409/2016), con cita da anterior do 18 de maio de 2016, ditada no recurso de apelación 329/2015, cando argumentamos:*

*«no plano práctico e nas circunstancias concretas, o dereito debe remediar as situacións abusivas ou discriminatorias se concorre un escenario en que alguén proba que realiza funcións doutra categoría ou posto e as acomete ben por investidura expresa da Administración ou ben por compracencia e tolerancia tácita e inequívoca, en condicións de frecuencia, intensidade e modos que se impón evitar o enriquecemento inxusto daquela ou o desequilibrio no binomio prestación-contraprestación que inspira toda relación de servizos, laboral ou funcional».*

*En consecuencia, sería suficiente con que a situación da realización de funcións de categoría superior de modo pleno, continuo e estable, se realizase por compracencia ou tolerancia tácita da Administración, pois dese xeito pode previr-se o enriquecemento inxusto, xa que resultaría paradoxal que quen incumpre o deber de velar por que a distribución do traballo nas diversas dependencias se leve a cabo conforme os distintos niveis recollidos na relación de postos de traballo se puidese beneficiar daquel desempeño de tarefas dun posto de categoría superior por parte dun empregado público.*

*Irrelevancia da ausencia de dotación orzamentaria.-*

*O terceiro requisito que, en opinión do apelante, non concorre para que sexa factible a percepción das retribucións complementarias por quen desempeña un posto de categoría superior é a dotación orzamentaria.*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*Do mesmo xeito que se argumentou no anterior fundamento xurídico, na recente Sentenza TS do 18 de xaneiro de 2018, unha vez acreditada a realización plena, exclusiva e permanente das funcións dun posto de categoría superior, non se condiciona a percepción das retribucións complementarias á existencia de dotación orzamentaria, polo que debe entenderse superada a anterior exigencia nunha parte da xurisprudencia precedente.*

*É máis, no caso exposto nesa sentenza opúxose á posibilidade de percepción das retribucións complementarias o criterio do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, que se fundaba, para negar aquela posibilidade, no teor dos artigos 26 da Lei 17/2012, do 27 de decembro, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2013, 24 da Lei 22/2013, do 23 de decembro, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2014; e da Lei 36/2014, do 26 de decembro, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2015; e o artigo 23 da Lei 48/2015, do 29 de outubro, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2016, todos coa mesma redacción e dedicados ás retribucións dos funcionarios do Estado incluídos no ámbito de aplicación da Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública, os cales establecen que «as retribucións que en concepto de complemento de destino e complemento específico perciban os funcionarios públicos serán, en todo caso, as correspondentes ao posto de traballo que ocupen en virtude dos procedementos de provisión previstos na normativa vixente, sen que as tarefas concretas que se realicen poidan amparar que se incumpra o anterior, con excepción dos supostos en que a dita normativa lles recoñece outras contías, e en todo caso a garantía do nivel do posto de traballo regulada no artigo 21.2 da Lei 30/1984 e o dereito para percibir as cantidades que correspondan en aplicación do artigo 33.Dous da Lei 31/1990, do 27 de decembro, de orzamentos xerais do Estado para 1991».*

*Indubidablemente a inclusión do dito precepto de índole orzamentaria estaba destinada a evitar o incremento do gasto público, pero nesa Sentenza TS do 18/1/2018 superouse ese óbice entendendo que aqueles preceptos de leis orzamentarias se referían á realización de tarefas concretas dun posto de categoría superior, non cando se desempeñan de forma completa, estable e exclusiva”.*

Sentado o anterior, parecen despexadas as dúbidas sobre o dereito a percibir os emolumentos derivados do complemento de destino e específicos propios do posto de superior categoría que efectivamente desempeñan sempre e cando esas funcións de categoría superior se realizasen de xeito pleno, continuo e estable, aínda que sexa por compracencia ou tolerancia tácita da Administración. É dicir, suprime definitivamente o requisito da adscrición formal, á vez que suprime o requisito consistente na necesidade de que o posto estivese dotado orzamentariamente, eliminando desta maneira as desigualdades retributivas presentes na Administración á hora de realizar traballos iguais.





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_xullo-decembro 2022 | pp. 175-190  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.5001>  
© Patricia Iglesias Rey  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 15/11/2022 | Aceptado: 29/11/2022  
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## O desafío do sector público ante a aplicación da Directiva de protección do informante. As canles de denuncia

El desafío del sector público  
ante la aplicación de la Directiva  
de protección del informante.  
Los canales de denuncia

The challenge of the public  
sector before the application of  
the whistleblower protection  
Directive. Complaint channels

64 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

PATRICIA IGLESIAS REY  
Letrada da Xunta de Galicia  
Letrada Maior do Consello de Contas de Galicia  
[piglesias@ccontasgalicia.es](mailto:piglesias@ccontasgalicia.es)

**Resumo:** O pasado 23 de setembro de 2022 foi publicada no *Boletín Oficial de las Cortes Generales* a configuración definitiva do Proxecto de Lei reguladora da protección das persoas que informen sobre infraccións normativas e de loita contra a corrupción. Esta iniciativa normativa realízase a instancia da UE e, máis en concreto, baixo a necesidade de dar cumprimento á transposición da Directiva 1937/2019 do Parlamento Europeo e do Consello, do 23 de outubro de 2019, relativa á protección das persoas que informen sobre infraccións do dereito da Unión (a "Directiva") e que fixaba como prazo de transposición para os Estados membros ata o 17 de decembro de 2021. O texto do Proxecto de Lei de protección de denunciadores supón un paso fundamental cara á integridade na xestión pública, e vai supor un auténtico "revulsivo" para as entidades do sector público incluídas no seu ámbito subxectivo de aplicación, ao teren que regular canles internas e externas de denuncias. Estas cuestións serán analizadas de forma sucinta neste artigo, centrando a análise na afectación das canles de denuncias no sector público. Finalizarán estas reflexións cunhas conclusións positivas.

**Palabras clave:** Directiva *whistleblowing*, Proxecto de Lei de protección do informante, sector público, canles de denuncia.

**Resumen:** El pasado 23 de septiembre de 2022 fue publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* la configuración definitiva del Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Esta iniciativa normativa se realiza a instancia de la UE y, más en concreto, bajo la necesidad de dar cumplimiento a la transposición de la Directiva 1937/2019 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión (la "Directiva") y que fijaba como plazo de transposición para los Estados miembros hasta el 17 de diciembre de 2021. El texto del Proyecto de Ley de protección de denunciantes supone un paso fundamental hacia la integridad en la gestión pública, y va a suponer un auténtico "revulsivo" para las entidades del sector público incluidas en su ámbito subjetivo de aplicación, al tener que regular canales internos y externos de denuncias. Estas cuestiones serán analizadas de forma sucinta en este artículo, centrando el análisis en la afectación de los canales de denuncias en el sector público. Finalizarán estas reflexiones con unas conclusiones propositivas.

**Palabras clave:** Directiva *whistleblowing*, Proyecto de Ley de protección del informante, sector público, canales de denuncia.

**Abstract:** On September 23, 2022, the definitive configuration of the Draft Law regulating the protection of people who report regulatory infractions and the fight against corruption was published in the *Official Gazette of the Cortes Generales*. This regulatory initiative is carried out at the request of the EU, and more specifically under the need to comply with the transposition of Directive 1937/2019 of the European Parliament and of the Council, of October 23, 2019, regarding the protection of people who report violations of Union Law (the "Directive"), and which set the deadline for transposition for Member States until December 17, 2021. The text of the draft Law on the protection of whistleblowers represents a fundamental step towards integrity in public management, and it will be a real "revulsivo" for public sector entities included in its subjective scope of application, by having to regulate internal and external channels of complaints. These issues will be analyzed succinctly in this article, focusing the analysis on the impact of the complaint channels in the Autonomous Communities (CC. AA.). These reflections will end with some forceful propositional ideas.

**Key words:** Whistleblowing Directive, Informant Protection Law Project, public sector, complaint channels.

**SUMARIO:** 1 Introducción: situación de partida antes da publicación da Directiva *whistleblowing*. 2 O papel protagonista das CC. AA. na loita e prevención da corrupción. 3 Ideas forza sobre o impacto das canles de denuncia no sector público. 4 Conclusións propositivas.

## 1 Introducción: situación de partida antes da publicación da Directiva *whistleblowing*

Ata os anos noventa do século pasado, pensouse que a clave na loita contra a corrupción era fundamentalmente a mellora das leis penais, mediante o perfeccionamento dos tipos penais relativos á corrupción, a mellora do proceso penal e a creación de organismos de persecución especializados como, no caso de España, a Fiscalía anticorrupción<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A Fiscalía Anticorrupción en España foi creada en 1995, na época do Goberno de Felipe González, a través da Lei 10/95, do 24 de abril, sendo ministro de Xustiza Juan Alberto Belloch e fiscal xeral do Estado o maxistrado do Tribunal Supremo Carlos Granados. O seu primeiro fiscal xefe foi Carlos Jiménez Villarejo, nomeado en 1995, que ocupou o cargo ata o ano 2003.

Non obstante, é certo tamén que desde hai décadas os diferentes ordenamentos xurídicos advertiron da importancia da figura do alertador e da necesidade de protexelo na loita contra a corrupción e irregularidades. Sinaladamente, nos Estados Unidos fíxoo con precisión a Lei de protección ao denunciante (*Whistleblower Protection Act*) en 1988, tal como advertía a doutrina laboralista de principios dos anos noventa ao sinalar que “(...) considerar como moi positivo a proliferación de normas sobre este tema –denominado «whistleblowing»– que se deu nos Estados Unidos nas últimas dúas décadas, e que non só ten unha dimensión legal, senón tamén profundas implicacións morais, filosóficas e sociais”<sup>2</sup>.

Máis recentemente, os escándalos das emisións (*Dieseltgate, Luxleaks, Cambridge Analytica*) levaron a Unión Europea á necesidade de regular esta figura e de fixar uns estándares mínimos para asegurar a protección dos denunciante que alerten sobre materias clave para os intereses da Unión, posto que a súa valentía axuda ao mellor funcionamento democrático e a loitar contra a corrupción, pero, obviamente, para iso necesitan un “estatuto protector para os que poñen en coñecemento público estes feitos”<sup>3</sup> que os protexa de represalias. O 81 % dos consultados no *Eurobarómetro especial sobre corrupción*<sup>4</sup> contestaron que non denunciarían actos de corrupción aos que tivesen acceso. O motivo: o medo ás consecuencias desas denuncias.

No ámbito do dereito comparado europeo, destaca a falta de homoxeneidade na regulación de protección do *whistleblower*. Só dez países da UE dispoñen dunha lei que os protexa (Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Países Baixos, Eslovaquia, Suecia e Reino Unido), o que requiriu a intervención legislativa a nivel comunitario para fixar un mínimo común nesta materia.

O pasado 16 de decembro de 2019 entrou en vigor a directiva que fixaba como prazo de transposición para os Estados membros ata o 17 de decembro de 2021. No caso das entidades xurídicas do sector privado de entre 50 e 249 traballadores, fíxase o 17 de decembro de 2023 como data en que deben estar en vigor as normas nacionais que dean cumprimento á obriga de establecer canles de denuncia interna<sup>5</sup>.

De feito, en xaneiro de 2022 a Comisión Europea, salvo honrosas excepcións<sup>6</sup> por citar o caso maltés, iniciou un procedemento de infracción contra España (INFR (2022) 0073), aínda que, de acordo coa propia Comisión, tras a resposta das autoridades españolas, a Comisión emitiu un ditame motivado en xullo de 2022 no cal aceptaba o compromiso de garantir a aplicación da directiva da UE sobre denunciante.

<sup>2</sup> DEL REY GUANTER, S., *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 100 e ss.

<sup>3</sup> NIETO ROJAS, P., “*Whistleblowers*. Aspectos laborales de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones de Derecho de la UE”, *El Foro de Labos*, 17 de outubro de 2019.

<sup>4</sup> Acceso web: [https://data.europa.eu/data/datasets/s2247\\_92\\_4\\_502\\_eng?locale=es](https://data.europa.eu/data/datasets/s2247_92_4_502_eng?locale=es) (8 de novembro de 2022).

<sup>5</sup> IGLESIAS REY, P., “La regulación autonómica”, López Donaire, B. e Gimeno Beviá, J. (dirs.), *La directiva de protección de los denunciante y su aplicación práctica al sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

<sup>6</sup> REGO VILAR, S., “De alertadores e infraestruturas éticas globais: aplicación práctica”, *ECO. Revista do Eixo Atlántico*, 28 de setembro de 2022. Acceso web: [www.ecodixital.com](http://www.ecodixital.com).

A transposición tardía poderá non implicar sancións, pero a Comisión avaliará con especial celo a forma en que se realiza a transposición<sup>7</sup>.

Aínda que a directiva se configura como unha norma de mínimos e, por conseguinte, os Estados membros poderán ampliar o seu ámbito de aplicación introducindo disposicións máis favorables para os denunciante, o seu contido permite aventurar cambios importantes na, aínda escasa, regulación das canles de denuncia en España. E iso porque, como regra xeral, as canles de denuncia pasarán de ser unha ferramenta potestativa, como elemento clave nun sistema de integridade holístico<sup>8</sup>, a unha medida preceptiva para moitas das entidades dos sectores público e privado.

Ata agora, no ámbito nacional non existía unha disposición normativa que se ocupase de regular, desde un punto de vista integral, a figura do denunciante e o seu estatuto xurídico (polo menos non nos termos a que vai obrigar a transposición da directiva)<sup>9</sup>.

O pasado día 23 de setembro de 2022 publicouse no *Boletín Oficial del Congreso de las Cortes Generales* o proxecto de Lei reguladora da protección das persoas que informen sobre infraccións normativas e de loita contra a corrupción<sup>10</sup>. O texto ten por obxecto outorgar unha protección adecuada fronte ás represalias ás persoas físicas que informen sobre algunha das accións ou omisións a que se refire a propia lei.

O proxecto de lei, seguindo as pautas da directiva, contén unha serie de previsións moi concretas en relación con diversos aspectos, sendo unha das máis importantes (á que imos acoutar o alcance de estudo deste artigo) a obriga que se lles impón a todas as entidades e organizacións, tanto públicas como privadas, de establecer internamente sistemas que permitan que os que manteñen unha relación laboral ou profesional con estas poidan informar ou alertar das irregularidades de que tivesen coñecemento no contexto desa relación, e todo iso con plenas garantías de que non van ser obxecto de represalias por tal motivo<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Pode consultarse a resposta da Comisión no Parlamento Europeo a unha pregunta ao respecto. Acceso web: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-002602-ASW\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-002602-ASW_EN.html).

<sup>8</sup> O concepto holístico de integridade institucional é defendido por distintas institucións públicas, nacionais e internacionais, como a OCDE, axencias anticorrupción creadas ou o Consello de Contas de Galicia, órgano de control externo que desde o ano 2015 asumiu as competencias en materia de prevención da corrupción; así como pola doutrina reputada nesta materia, contando con achegas brillantes como as de JIMÉNEZ ASENSIO, R., "Los Códigos de conducta: nuevas formas de autorregulación como fundamento para la integridad y ejemplaridad institucional", *www.rafaeljimenezasensio.com*, 2020; VILLORIA MENDIETA, M., "El reto de la transparencia", *Anuario de Transparencia Local*, n. 1, 2018, pp. 15-41; CAMPOS ACUÑA, M.C. (dir.), *Guía práctica de compliance en el sector público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020; LÓPEZ DONAIRE, M.ªB., "Marcos de integridad y los canales de denuncia. El derecho a la buena administración", *La Protección de Denunciantes: Propuesta de Regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

<sup>9</sup> Neste sentido, cabe destacar que no *Boletín Oficial de las Cortes Generales* do 20 de decembro de 2019 (número 27-1) e de acordo cos artigos 97 e 126 da Cámara se ordena a publicación da 123/000003 "Proposición de Lei de protección integral dos alertadores". Antes, en setembro de 2016, chegouse a presentar para a súa tramitación polo Congreso dos Deputados unha Proposición de Lei integral de loita contra a corrupción e protección dos denunciante, que tería suposto un verdadeiro fito normativo nesta materia, con anterioridade, mesmo, á aprobación e publicación da Directiva. Non obstante, os avatares sobradamente coñecidos das últimas lexislaturas paralizaron *sine die* a súa tramitación parlamentaria. A este respecto, *vid.* CAMPOS ACUÑA, M.C., "Modificación de la Ley de Transparencia en la Propuesta de Ley de Lucha Integral contra la corrupción y protección de los denunciante", *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 2, 2018.

<sup>10</sup> Proxectos de lei - Congreso dos Deputados. Último acceso o 8 de novembro de 2022.

<sup>11</sup> SÁEZ HIDALGO, I., "Claves para la implantación en el sector público de los canales de denuncias internas", *Actualidad Administrativa*, n. 5, Sección Actualidad, 2022 (tamén en: *Diario La Ley*, n. 10084, Sección Tribuna, 22 de abril de 2022).

A aprobación do proxecto no noso ordenamento xurídico vai supor, sen dúbida, un grande avance no fortalecemento dos sistemas de integridade institucional no sentido proclamado pola Organización para a Cooperación e o Desenvolvemento Económicos (OCDE)<sup>12</sup>, ao outorgar un novo estatuto ao denunciante de infraccións do dereito da Unión e das súas normas de transposición ou execución que fosen cometidas tanto por empresas como por administracións. Analizamos a continuación o papel das comunidades autónomas (CC. AA.) na prevención e loita contra a corrupción respecto á regulación das canles de denuncia antes da Directiva.

## 2 O papel protagonista das CC. AA. na loita e prevención da corrupción

O panorama existente no noso ordenamento xurídico antes da publicación da directiva, en materia de protección dos “denunciantes” ou *whistleblowers*, é certamente heteroxéneo, pero non existía ata o proxecto de lei en tramitación unha disposición normativa que se ocupase de regular, desde un punto de vista integral, a figura do denunciante e o seu estatuto xurídico (polo menos non nos termos a que vai obrigar a transposición da Directiva).

De feito, as axencias anticorrupción naceron en España vinculadas á Administración autonómica, ante a ausencia dun órgano estatal.

Nos últimos anos asistimos á eclosión das axencias anticorrupción autonómicas e en menor medida locais. No momento actual, as axencias autonómicas creadas están en Cataluña, Galicia, Valencia, Aragón, Baleares, Navarra, País Vasco, Asturias, Canarias, Castela e León, así como a máis recentemente creada axencia andaluza e dúas axencias locais en Madrid e Barcelona<sup>13</sup>.

A maioría das autoridades antifraude ou anticorrupción autonómicas creadas antes da entrada en vigor da directiva son, de acordo coas leis aprobadas polos parlamentos autonómicos, entidades adscritas que exercen as súas funcións con personalidade xurídica propia e con plena independencia das administracións públicas. Estas autoridades e órganos autonómicos teñen unha experiencia importante, desde o ámbito público, que debería ser respectada polo lexislador estatal no proxecto de lei de protección do informante que se tramita no Congreso dos Deputados, dado que non pode constituír motivo para reducir o nivel de protección xa garantido dentro dos diferentes territorios propios do Estado español nos ámbitos en que a propia Directiva regula, como son as canles de denuncia e a protección das persoas denunciante.

En España, a primeira axencia, a Oficina Antifraude de Cataluña, data de 2008. Durante case unha década foi a única existente. En 2015, ao órgano de control externo

<sup>12</sup> En palabras da Organización para a Cooperación e o Desenvolvemento Económicos (OCDE) “a integridade pública refírese ao constante aliñamento e apropiación de valores éticos, principios e normas compartidas, para protexer e priorizar o interese público sobre os intereses privados no sector público”. (OCDE, 2017). Acceso web: <https://www.oecd.org/gov/government-at-a-glance-2017-highlights-en.pdf> (8 de novembro de 2022).

<sup>13</sup> IGLESIAS REY, P., “La necesaria implantación de los sistemas sólidos de integridad institucional y de gestión de conflictos de intereses”, *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria = Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 22, 2022, pp. 70-87.

galego (OCEX), o Consello de Contas de Galicia (CCG)<sup>14</sup>, atribúeselle a competencia en materia de prevención da corrupción, así como a de colaborar coas entidades do sector público na elaboración de instrumentos internos de xestión de riscos, no deseño e implantación dos sistemas de prevención da corrupción e na avaliación de xeito sistemático dos plans de prevención de riscos. A irrupción prodúcese pouco despois entre 2016 e 2018, apostando claramente polo modelo catalán en lugar do galego, agás a Audiencia de Contas de Canarias, que emula o OCEX galego, asumindo a competencia de prevención da corrupción. O primeiro compaxina os labores preventivos con investigación, mentres que no CCG a competencia é puramente preventiva, á parte de localizarse no OCEX autonómico, que conserva, ademais, a súa función clásica de fiscalización e control *ex post* do sector público galego.

Nas axencias autonómicas<sup>15</sup> creadas en primeiro grupo pode catalogarse de actividades relacionadas coa autorregulación e o fortalecemento do control interno para previr a fraude e a corrupción. Así, por exemplo, establécense competencias como o asesoramento e a colaboración ás institucións baixo o seu control na adopción de medidas de prevención (Galicia, Baleares, Cataluña), a avaliación das medidas de prevención (Navarra), a supervisión da contratación pública (Navarra), a elaboración dun código ético xeral e a xestión do código (Navarra), a supervisión do sistema de prevención e as propostas de melloras (Galicia), realizar análises de riscos xerais ou sectoriais (Galicia, Valencia, Baleares, Navarra) e a formación de funcionarios (Valencia, Baleares, Galicia).

Trátase de competencias que teñen que ver fundamentalmente coa supervisión e o apoio a medidas de prevención que deben adoptar as entidades suxeitas á súa supervisión. É importante sinalar, por iso, que as axencias autonómicas españolas parten, polo menos implicitamente, de que existen dous planos distintos na prevención da corrupción. A actividade principal en materia de prevención debe desenvolverse en cada organización pública, como autorregulación e fortalecemento do control interno<sup>16</sup> (primeiro estadio), mentres que o labor da axencia consistiría en supervisar e apoiar o desenvolvemento desta autorregulación preventiva (segundo estadio).

O segundo núcleo duro da súa actividade é a investigación de casos de irregularidades. A maioría das regulacións distinguen entre dous tipos de procedementos de investigación: o destinado a realizar recomendacións á organización que foi investigada e un procedemento sancionador propiamente dito, cuxo obxectivo é a imposición das

---

<sup>14</sup> Lei 8/2015, do 7 de agosto, de reforma da Lei 6/1985, do 24 de xuño, do Consello de Contas, e do texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, aprobado polo Decreto lexislativo 1/1999, do 7 de outubro, para a prevención da corrupción. Non obstante, o Consello de Contas de Galicia carece de competencias de investigación de irregularidades e infraccións e non é un órgano receptor de denuncias como canle externa, como si sucede noutras axencias antifraude creadas, por exemplo as de Cataluña, Valencia ou Baleares.

<sup>15</sup> NIETO MARTÍN, A., "Las agencias anticorrupción", Campos Acuña, M.C. (dir.), *Guía práctica de compliance en el sector público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

<sup>16</sup> Na Estratexia en materia de prevención da corrupción aprobada polo CCG, considérase que o control interno é unha parte esencial para conducir as actividades cara ao logro de obxectivos e metas institucionais de calquera organización. Ademais, a existencia dun control interno sólido constitúe un dos elementos clave na prevención da corrupción. Entre os modelos de control interno de maior recoñecemento internacional, destaca o publicado polo Comité de Organizacións Patrocinadoras da Comisión Treadway (COSO) en 1992, actualizado en maio de 2013 sobre a base de experiencias observadas desde a súa primeira emisión. Acceso web ao documento da Estratexia: [http://www.consellodecontas.es/sites/consello\\_de\\_contas/files/content/static\\_content/plan\\_extratexico/Plan\\_Estrat%C3%A9xico\\_2019\\_2022\\_C.pdf](http://www.consellodecontas.es/sites/consello_de_contas/files/content/static_content/plan_extratexico/Plan_Estrat%C3%A9xico_2019_2022_C.pdf).

sancións administrativas que se prevén nalgunhas regulacións, pero non en todas. Por exemplo, a lei navarra constrinxe a actividade de investigación a supostos de conflitos de interese de autoridades, altos cargos e persoal ao servizo das administracións públicas ou fundacións e empresas públicas; ao uso en beneficio privado de informacións derivadas das funcións propias do persoal ao servizo do sector público e o aproveitamento en beneficio particular ou de terceiros de bens e recursos públicos; e á conculcación dos principios de igualdade, mérito, publicidade e capacidade na provisión dos postos de traballo no sector público, incluíndo fundacións e empresas públicas.

Por outra banda, en 2018 creouse a Rede Estatal de Oficinas e Axencias Anticorrupción de España da que forman parte as axencias autonómicas e locais existentes, o Servizo Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA), a Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación (OIREscon). Na última reunión semestral, celebrada o 30 de setembro de 2022<sup>17</sup>, a rede presentou a Declaración institucional conxunta froito do XI encontro. O texto recomenda que o proxecto de lei en tramitación de protección do informante recoñeza as demandas e propostas das autoridades e órganos, autonómicos e locais, que realizan xa funcións de prevención e loita contra a fraude e a corrupción e o fomento de boas prácticas.

En definitiva, as entidades autonómicas asinantes que contan cunha regulación legal propia en materia de prevención, persecución da corrupción e canles de denuncia instan a que o Goberno central respecte no Proxecto de Lei de protección ao denunciante o sistema de distribución competencial entre o Estado e as comunidades autónomas e que xa conten cunha engrenaxe institucional propia de protección das persoas alertadoras; todo iso sen prexuízo da previsión dos mecanismos necesarios de relación entre autoridades estatal e autonómicas, sobre todo en relación coa necesaria coordinación, colaboración, o intercambio de informacións e experiencias ou a recollida de datos previstos na directiva europea (arts. 14 e 27).

Non obstante, seguramente debido ao carácter ecléctico de competencias das axencias que forman parte da rede, a Declaración institucional sobre o Proxecto de Lei do informante non foi rubricada por todas entidades que a integran. Só asinaron a Declaración a Oficina Antifraude de Cataluña, a Axencia de Transparencia da Área Metropolitana de Barcelona, a Axencia Valenciana Antifraude, a Oficina de Prevención e Loita contra a Corrupción das Illas Baleares, a Oficina Andaluza Antifraude e a Oficina de Boas Prácticas e Anticorrupción da Comunidade Foral de Navarra.

Dito o cal, o avance das emendas do proxecto de lei mostraranos se o contido da última Declaración institucional asinada o 30 de setembro de 2022 por algunhas das entidades que compoñen a Rede de Axencias Anticorrupción será ou non a antesala

<sup>17</sup> A Declaración institucional conxunta froito do XI encontro celebrado o 22 de setembro de 2022 recomenda que o proxecto de lei en tramitación de protección dos informantes recoñeza as demandas e propostas das autoridades e órganos, autonómicos e locais, que realizan xa funcións de prevención e loita contra a fraude e a corrupción e o fomento de boas prácticas. As autoridades antifraude autonómicas (Cataluña, Comunidade Valenciana, Illas Baleares, Andalucía e Navarra), de acordo coas leis aprobadas polos parlamentos autonómicos, son entidades adscritas que exercen as súas funcións con personalidade xurídica propia e con plena independencia das administracións públicas. Estas autoridades e órganos teñen unha experiencia importante, desde o ámbito público, que debe ter en conta o lexislador, recolle a declaración conxunta. Acceso web: <https://www.antifrau.cat/es/red-estatal-agencias-oficinas-antifraude-recomienda-proyector-ley-transposicion-directiva-proteccion-alertadores-reconozca-demandas-autoridades-contracorruptcion>.

dun futuro conflito constitucional cando entre en vigor a futura lei de protección do informante en relación coa posible invasión competencial do Estado respecto á regulación das especialidades derivadas da propia organización autonómica en relación coas axencias anticorrupción autonómicas xa creadas (art. 149.1.18 da CE).

### 3 Ideas forza sobre o impacto das canles de denuncia no sector público

A loita contra a corrupción ocupa un posto moi destacado na axenda institucional de todo o mundo. Unha das ferramentas máis importantes entre a batería de medidas que se están a estudar, propoñendo e implantando é a que ten que ver co *whistleblowing*, e que fai referencia ao sinal de alarma que alguén lanza dentro dunha organización cando se detecta que algo funciona mal<sup>18</sup>.

Nos últimos anos, particularmente desde a obrigatoriedade imposta pola lei norteamericana de 2002 *Sabarnes-Oxley Act*, veuse desenvolvendo e implantando en diferentes organizacións e empresas a escala internacional unha ferramenta coñecida como Canle de Denuncias ou Canle Ética, co obxectivo de proporcionarlles aos empregados, e se é o caso a terceiros, un medio para reportar e informar de posibles condutas que poidan ser constitutivas de delito, acoso ou contrarias aos principios e valores da organización. Aquelas persoas que, a través da canle ou de calquera outro medio reportan e informan das condutas descritas, son coñecidas como denunciante, informantes ou co xa coñecido termo anglosaxón *whistleblowers*, algúns dos cales renuncian a reportar infraccións por medo ás represalias. Por este motivo, era absolutamente necesario contar cun marco normativo uniforme entre os Estados membros que lles garanta unha protección equilibrada e efectiva aos denunciante.

Dentro da Unión Europea, países como o Reino Unido (desde 1998), Holanda, Bélxica, Italia e Hungría contan con disposicións legais que recollen a figura do *whistleblowing*. No ano 2015 o Valedor do Pobo Europeo fixo público o seu malestar coas institucións continentais polo atraso na implantación de canles de denuncias, incumprindo un mandato acordado un ano antes, en xaneiro de 2014. Só dúas das institucións europeas (o propio Valedor do Pobo e o Tribunal de Contas) dispuñan das mencionadas canles internas de denuncias ou adoptaran medidas en liña coas propias obrigas recoñecidas.

Porén, a dispersión normativa e os heteroxéneos niveis de protección en cada país (practicamente carente de regulación específica en España e en moitos países da Unión Europea) requiriron a intervención lexislativa a nivel comunitario para fixar un mínimo común nesta materia<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> BENÍTEZ PALMA, E., "El control externo y el *whistleblowing* (canales de denuncia)", *Revista Española de Control Externo*, n. 20(59), 2018, pp. 11-42. Acceso web: [https://www.tcu.es/repositorio/2388e0c6-5eaf-4f9f-8b0b-b6a1a4b52c1b/R59\\_01\\_BenitezPalma\\_CEyWB.pdf](https://www.tcu.es/repositorio/2388e0c6-5eaf-4f9f-8b0b-b6a1a4b52c1b/R59_01_BenitezPalma_CEyWB.pdf).

<sup>19</sup> A necesidade de protección do denunciante é a principal razón de ser da Directiva UE 2019/1937 do Parlamento Europeo e do Consello, do 23 de outubro de 2019, relativa á protección das persoas que informen sobre infraccións do dereito da Unión, que, no seu considerando primeiro, advirte: "[...] os denunciante potenciais adoitan renunciar a informar sobre as súas



O proxecto de lei, seguindo as pautas da Directiva, contén unha serie de previsións moi concretas en relación con diversos aspectos, sendo unha das máis importantes a obriga que se lles impón a todas as entidades e organizacións, tanto públicas como privadas, de establecer internamente sistemas que permitan que os que manteñen unha relación laboral ou profesional con estas poidan informar ou alertar das irregularidades de que tivesen coñecemento no contexto desa relación, e todo iso con plenas garantías de que non van ser obxecto de represalias por tal motivo.

Do mesmo xeito, tanto a directiva como o proxecto regulan as canles para formalizar dous tipos de denuncias, internas e externas, e, cando concorran determinadas condicións, outorgan tamén protección á revelación pública das infraccións.

Respecto ás ideas forza sobre impacto das canles de denuncia no sector público, sen ánimo de ser exhaustivos, podemos extraer as seguintes:

### 1.- Canles internas: a súa aplicación no sector público

Por canle interna de denuncia enténdese a comunicación, verbal ou por escrito, de información sobre infraccións dentro dunha entidade xurídica pertencente ao sector privado ou ao público.

Se a reforma en materia de responsabilidade penal das persoas xurídicas supuxo a xeneralización dos sistemas de *compliance penal* no sector privado e nas sociedades mercantís públicas, quizais o proxecto de lei supoña unha ventá de oportunidade para que o resto de entidades do sector público poidan avanzar nun eido inexplorado para moitas delas, como é a integridade institucional e a loita contra a corrupción.

Tanto a directiva como o proxecto de lei instan a promover que as denuncias se cursen preferentemente polas canles de denuncia interna, por considerar que nelas se garante que a información vai chegar rapidamente aos que estean máis preto da fonte do problema e teñan máis posibilidades de resolvelo, sen prexuízo de que, por diversos motivos, poidan acudir directamente ás canles externas que os poderes públicos están obrigados a establecer<sup>20</sup>.

### 2.- Que entidades do sector público están obrigadas a crear canles internas?

Respecto ao ámbito subxectivo de aplicación das canles de denuncia internas, o proxecto de lei realiza unha proxección máis ambiciosa se o comparamos coa directiva, xa que elimina os limiares que establece a norma europea como ámbito mínimo de aplicación. E é que, a pesar de que no seu artigo 8.9, a norma europea lles permite aos Estados eximir da implantación da canle interna aos municipios de menos de 10.000 habitantes ou entidades do sector público de menos de 50 traballadores, o proxecto, ao enunciar o ámbito de aplicación no seu artigo 13, polo momento prescinde desta opción.

*preocupacións ou sospeitas por temor a represalias. Neste contexto, é cada vez maior o recoñecemento, a escala tanto da Unión como internacional, da importancia de prestarlles unha protección equilibrada e efectiva aos denunciante.*

<sup>20</sup> LOZANO CUTANDA, B., "La directiva de protección del denunciante", *Diario La Ley*, n. 950, Sección Tribuna, 10 de xaneiro de 2020.

Polo tanto, as entidades que integran o sector público, independentemente do seu tamaño, deberán contar con esta canle de denuncias<sup>21</sup>.

No entanto, non todas as entidades públicas teñen as mesmas características (así, por exemplo, non é comparable a situación de partida dunha Administración autonómica coa dun municipio de menos de 5.000 habitantes), de xeito que tamén resultará necesario facer, cando menos, un primeiro diagnóstico da situación de cada cal, as súas posibilidades e as súas necesidades de cara a pensar en compartir as canles e os recursos con outras entidades (art. 8.9 da Directiva e 14 do proxecto de lei) ou, se é o caso, de acudir á xestión a través dun terceiro externo (art. 15 do proxecto de lei).

Neste ámbito, as comunidades autónomas e, sobre todo, as deputacións provinciais, deberán tamén ir deseñando as actuacións posibles para axudar á súa posta en marcha, a través de subvencións ou de asistencia, prestando especial atención aos municipios máis pequenos<sup>22</sup>.

### 3.- *Requisitos garantistas das canles internas*

No proxecto de lei régúlase como deben configurarse os procedementos de denuncia interna e de seguimento, que deben incluír, entre outros elementos, os seguintes:

- Internamente, deben establecerse, con carácter previo, estritos protocolos de seguridade. As canles para recibir denuncias dunha forma segura que garanta a confidencialidade da identidade do denunciante e de calquera terceiro mencionado na denuncia. O artigo 5.2.b) do proxecto de lei impón que o sistema garanta a confidencialidade da identidade do informante e de calquera terceiro mencionado na comunicación e das actuacións que se desenvolvan na xestión e tramitación desta, a protección de datos, impedindo o acceso de persoal non autorizado. Débese permitir a presentación de comunicacións por escrito ou verbalmente, ou das dúas maneiras (art. 5.2.c).
- No seu deseño, cómpre que estas canles aparezan diferenciadas e sexan independentes respecto das canles ou sistemas internos de información doutras entidades ou organismos. Esta cuestión é importante tela en conta para determinadas canles de denuncia que xa teñen establecidas algunhas administracións públicas e que, actualmente, dan servizo a outros organismos ou entidades do seu propio ámbito. No caso de existiren diferentes canles internas de denuncia, estas deberán integrarse e estar dispoñibles de xeito unificado na páxina principal do espazo web da entidade, nunha sección separada e doadamente identificable. Ademais, a canle de denuncias e o seu funcionamento deben ser

<sup>21</sup> Salvo no ámbito das sociedades mercantís públicas, que xa avanzaron de forma notable nesta materia como consecuencia da extensión a estas do réxime de responsabilidade penal das persoas xurídicas (artigo 31 quinquies do Código penal tras a reforma operada pola Lei orgánica 1/2015, do 30 de marzo), non son moitas as entidades do sector público que dispoñen actualmente destes sistemas, agás as canles de denuncias no marco dos plans antifraude a que se refire a Orde FFP 1030/2021, pola que se configura o sistema de xestión do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia, pois recoméndaselles ás entidades decisoras ou executoras ou que participen na execución das medidas do PRTR a creación dun comité antifraude e de canles de denuncias.

<sup>22</sup> Como defende, e comparto a súa opinión, SÁEZ HIDALGO, I., "Claves para la implantación en el sector público de los canales de denuncias internas", cit.

transparentes, obrigando a publicar información de forma clara e doadamente accesible sobre o uso de toda canle interna de información que implantasen, así como sobre os principios esenciais do procedemento de xestión (art. 5.2.d).

- No plano tecnolóxico, as canles non só deben permitir que as alertas sobre infraccións se presenten de forma anónima, senón que deben garantir que ese anonimato se protexa. A maioría das entidades do sector público non dispoñen de experiencia en canles confidenciais, pois todos os procedementos administrativos existentes ata a data exixían unha identificación previa do interesado, e os espazos administrativos en que opera a confidencialidade a miúdo son relativos a información procedente de terceiras persoas con respecto a outros terceiros.
- En canto aos seus destinatarios, deberá garantirse que poidan acudir a estas canles, polo menos, as persoas a que se refire o artigo 3 do proxecto de lei, e que, a través destas canles, estes poidan alertar ou informar sobre todo o catálogo de irregularidades previstas na norma de transposición sempre que tivesen coñecemento no contexto laboral ou profesional.
- Un prazo razoable para dar resposta, que non será superior a tres meses; nesta resposta daráselle información ao denunciante das medidas previstas ou adoptadas para seguir a denuncia, sen prexuízo de que con posterioridade deba ser informado de todos os avances e do resultado da investigación.
- Imponse a obriga de realizar consulta previa cos sindicatos e representación legal dos traballadores (empregados públicos), aos cales se lles reserva polo tanto un papel relevante na configuración da canle (art. 5.1).
- Debe existir un procedemento de xestión das informacións recibidas.

O proxecto de lei propón, en definitiva, unha serie de requisitos mínimos que deberán cumprir as canles internas, pero o certo é que, aínda así, presenta dúbidas interpretativas no seu articulado sobre como debe garantirse, por exemplo, o carácter de confidencialidade das canles internas, o que comportará non poucos problemas na práctica.

#### 4.- Órgano ou *unidade responsable do seguimento da canle interna*

Segundo o proxecto de lei, este pode ser unha persoa física ou órgano colexiado, ben que neste caso se deberán delegar nun dos seus membros as facultades de xestión do sistema interno de información e de tramitación de expedientes de investigación (art. 8).

Evidentemente, no proxecto exíxese que este órgano ou persoa responsable goce da suficiente autonomía funcional con respecto ao resto de órganos de goberno, aínda que de novo esta circunstancia poderá presentar problemas de aplicación, e máis aínda tendo en conta a estrutura orgánica administrativa moi xerarquizada,

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

que dificultará a consecución do obxectivo de independencia ao quedar a elección do órgano ou unidade de seguimento na elección de cada entidade pública.

En determinados casos, ademais, prevese a posibilidade de externalizar o servizo de xestión do sistema interno de información para a súa xestión por un terceiro externo, moi limitado para o sector público, ao establecer que a xestión externa comprenderá unicamente o procedemento para a recepción das informacións sobre infraccións e, en todo caso, terá carácter exclusivamente instrumental. Isto evita que a externalización da canle poida derivar nun exercicio de potestade ou de autoridade pública por actores privados (art. 15).

#### 5.- Posibilidade de cooperación interadministrativa para a xestión das canles internas

O proxecto posibilita a cooperación interadministrativa para a xestión conxunta ou a delegación da xestión dunha canle interna a outra Administración. Habilítase con carácter xeral a externalizar o sistema de denuncias sempre que se xustifique que non existen medios propios suficientes para a súa xestión; o artigo 14, que aborda a posibilidade de xestionar de xeito conxunto unha canle de denuncias entre varias administracións, limita o seu uso a municipios de menos de 10.000 habitantes e a outras entidades do sector público con menos de 50 traballadores. Así, despréndese *a sensu contrario* que por enriba deste limiar non será posible “externalizar” a canle de denuncias a outra Administración.

#### 6.- Denuncias externas

Por *denuncia externa* enténdese a comunicación verbal ou por escrito de información sobre infraccións ante as autoridades competentes.

O propio texto do proxecto establece, como xa fai a Directiva, que as canles internas de información deben ser complementadas cunha canle externa, isto é, coa posibilidade de que quen coñeza o feito susceptible de ser comunicado poida acudir a unha autoridade pública que, con todas as garantías, teña constancia do feito informado e proceda a investigalo e, se é o caso, poida colaborar co Ministerio Fiscal cando aprecie que o feito obxecto da comunicación é constitutivo de delito.

Segundo a Directiva, os Estados deberán establecer canles de denuncia externa, para o cal designarán as autoridades competentes, dotaranas dos recursos apropiados e formarán o seu persoal para tratar axeitadamente as denuncias. En canto a estas autoridades competentes, deberá garantirse o seguinte:

- que establezan canles de denuncia externa independentes e autónomas, de forma que garantan a integridade e confidencialidade da información e permitan o seu almacenamento duradeiro para que poidan efectuarse novas investigacións;
- que sigan as denuncias diligentemente;
- que dean resposta ao denunciante nun prazo razoable, non superior a tres meses, ou seis meses en casos debidamente xustificadas;

- que lle comuniquen ao denunciante o resultado final de toda investigación desencadeada pola denuncia, segundo os procedementos previstos no dereito nacional;
- que trasladen a información contida na denuncia aos organismos da Unión para que se siga investigando cando así estea previsto no dereito comunitario ou nacional.

### 7.- *A Autoridade Independente de Protección do Informante*

Os Estados membros poden designar como autoridades competentes organismos moi diversos, segundo explica a directiva nos seus considerandos: autoridades xudiciais, entidades de regulación ou de supervisión competentes nos ámbitos específicos de que se trate, autoridades cunha competencia máis xeral a escala central dentro dun Estado membro, autoridades encargadas do cumprimento do dereito, organismos de loita contra a corrupción ou defensores do pobo.

Entre as diferentes alternativas que ofrece o noso ordenamento interno, o lexislador considera idóneo acudir á figura da Autoridade Independente de Protección do Informante (en diante, Autoridade) como o núcleo gordiano do sistema institucional en materia de protección do informante, xa que entende que “o carácter específico da materia fai aconsellable que as funcións que a Directiva lles atribúe ás autoridades competentes sexan exercidas por unha Autoridade de nova creación sen posibilidade de acudir a outras xa existentes dentro do sector público”.

A Autoridade configurarase así como un ente de dereito público con personalidade xurídica propia dotado de autonomía e independencia orgánica e funcional respecto do Executivo e do sector público, e na súa configuración xurídica distínguese, por un lado, un réxime xurídico xeral e, por outro, certas singularidades, como a posibilidade de elaborar circulares e recomendacións que establezan os criterios e prácticas axeitadas para o cumprimento da lei, así como a atribución do exercicio da potestade sancionadora.

### 8.- *Posibilidade de que as CC. AA. regulen sobre as canles externas e de que a súa levanza se lle encomende a unha Autoridade autonómica independente*

Como non podía ser doutro xeito, polo respecto ao sistema de distribución de competencias entre o Estado e as CC. AA., como pauta o artigo 149.1.18 da CE, o proxecto do lei permite a posible implantación de canles externas de información por parte das comunidades autónomas. A levanza desas canles externas será asumida por autoridades independentes autonómicas análogas á Autoridade Independente de Protección do Informante Estatal, cuxa competencia poderá estenderse tanto ás informacións sobre infraccións que sexan cometidas no ámbito das entidades do sector público autonómico e local do territorio da correspondente comunidade autónoma como ás relativas a incumprimentos imputables a entidades do sector privado que produzan efectos unicamente no territorio desa comunidade autónoma.

### 9.- *Revelación pública das infraccións*

As persoas que poñan a información á disposición do público (por exemplo, mediante plataformas web ou redes sociais, ou acudindo a medios de comunicación, cargos electos ou organizacións da sociedade civil) poderán acollerse ás medidas de protección do proxecto de lei se cumpren algunha das condicións seguintes:

- que denunciase primeiro polas canles internas e externas, ou directamente por canles externas, sen que tomasen medidas apropiadas nos prazos fixados polo proxecto;
- que teñan motivos razoables para pensar que a infracción pode constituír un perigo inminente e manifesto para o interese público ou, en caso de denuncia externa, cando exista un risco de represalias ou haxa poucas probabilidades de que se dea un tratamento efectivo á información debido ás circunstancias particulares do caso.

## 4 Conclusións propositivas

1. No eido do dereito comparado europeo, a falta de homoxeneidade na regulación de protección do *whistleblower* requiriu a intervención legislativa a nivel comunitario para fixar un mínimo común nesta materia.

2. En España non existía antes do Proxecto de Lei de protección do informante unha disposición normativa que se ocupase de regular, desde un punto de vista integral, a figura do denunciante e o seu estatuto xurídico, polo menos non nos termos en que obrigaba a transposición da Directiva.

3. As axencias anticorrupción naceron en España vinculadas á Administración autonómica, ante a ausencia dun órgano estatal.

4. O proxecto de lei en tramitación regula as canles para formalizar dous tipos de denuncias, internas e externas, e, cando concorran determinadas condicións, outorga tamén protección á revelación pública das infraccións.

5. Todas as entidades do sector público, incluídas as que sexan propiedade ou estean suxeitas ao control desas entidades están obrigadas a crear canles de denuncias internas.

6. O proxecto de lei regula tamén as canles de denuncia externa, para o cal prevé a creación da Autoridade Independente de Protección do Informante, aínda que posibilita que as CC. AA. regulen sobre as súas propias canles externas e que a súa levanza se lle encomende a unha Autoridade autonómica independente. Tanto a Autoridade estatal como as autonómicas debe ser dotadas dos recursos apropiados e formarán o seu persoal para tratar axeitadamente as denuncias.

7. Tanto no caso de denuncias internas como externas, as canles de denuncia deben permitir denunciar por escrito (por correo, usando unha caixa de correo física destinada a recoller denuncias ou mediante unha plataforma en liña) ou verbalmente; neste segundo caso, poderá facerse por vía telefónica ou mediante sistemas

de mensaxaría de voz, ou, tras solicitalo o denunciante, por medio dunha reunión presencial nun prazo razoable.

8. As persoas que poñan a información á disposición do público poderán acollerse ás medidas de protección da Directiva se cumpren determinadas condicións previstas no proxecto de lei.

## Bibliografía

- BENÍTEZ PALMA, E., “El control externo y el *whistleblowing* (canales de denuncia)”, *Revista Española de Control Externo*, n. 20(59), 2018, pp. 11-42. Acceso web: [https://www.tcu.es/repositorio/2388e0c6-5eaf-4f9f-8b0b-b6a1a4b52c1b/R59\\_01\\_BenitezPalma\\_CEyWB.pdf](https://www.tcu.es/repositorio/2388e0c6-5eaf-4f9f-8b0b-b6a1a4b52c1b/R59_01_BenitezPalma_CEyWB.pdf).
- CAMPOS ACUÑA, M.C., “Modificación de la Ley de Transparencia en la Propuesta de Ley de Lucha Integral contra la corrupción y protección de los denunciantes”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 2, 2018.
- CAMPOS ACUÑA, M.C. (dir.), *Guía práctica de compliance en el sector público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- CASTILLO BLANCO, F.A. (coord.), *Compliance e integridad en el sector público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- DEL REY GUANTER, S., *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1994.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “Las reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública”, *V Seminario de contratación pública. Formigal*, setembro de 2014.
- GOZÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Los denunciantes como instrumento de lucha contra la corrupción: a propósito de la denuncia administrativa en las leyes «anticorrupción»”, *Actualidad Administrativa*, n. Extra 1, Sección Actualidad, 2019.
- IGLESIAS REY, P., “La regulación autonómica”, López Donaire, B. e Gimeno Beviá, J. (dirs.), *La directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- IGLESIAS REY, P., “La necesaria implantación de los sistemas sólidos de integridad institucional y de gestión de conflictos de intereses”, *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria = Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 22, 2022, pp. 70-87.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Los Códigos de conducta: nuevas formas de autorregulación como fundamento para la integridad y ejemplaridad institucional”, [www.rafaeljimenezasensio.com](http://www.rafaeljimenezasensio.com), 2020.
- LÓPEZ DONAIRE, M.<sup>ª</sup>B., “Marcos de integridad y los canales de denuncia. El derecho a la buena administración”, *La Protección de Denunciantes: Propuesta de Regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- LOZANO CUTANDA, B., “La directiva de protección del denunciante”, *Diario La Ley*, n. 950, Sección Tribuna, 10 de xaneiro de 2020.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, D., ABRIL MARTÍNEZ, J., RODRÍGUEZ CELADA, E. e REYES RICO, L.I., “La protección del *Whistleblower* tras la Directiva (UE) 2019/1937.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

- Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 53, 2019, pp. 24-68.
- MIRANZO DÍAZ J., “El proyecto de Ley de protección de protección del denunciante y su incidencia en la contratación pública”, *El Observatorio de Contratación Pública* ([www.obcp.es](http://www.obcp.es)), 13 de outubro de 2022.
- NIETO MARTÍN, A., “Las agencias anticorrupción”, Campos Acuña, M.C. (dir.), *Guía práctica de compliance en el sector público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- NIETO ROJAS, P., “Whistleblowers. Aspectos laborales de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones de Derecho de la UE”, *El Foro de Labos*, 17 de outubro de 2019.
- REGO VILAR, S., “De alertadores e infraestructuras éticas globais: aplicación práctica”, *ECO. Revista do Eixo Atlántico*, 28 de setembro de 2022. Acceso web: [www.ecodixital.com](http://www.ecodixital.com).
- SÁEZ HIDALGO, I., “Claves para la implantación en el sector público de los canales de denuncias internas”, *Actualidad Administrativa*, n. 5, Sección Actualidad, 2022 (Tamén en: *Diario La Ley*, n. 10084, Sección Tribuna, 22 de abril de 2022).
- VILLORIA MENDIETA, M., “El reto de la transparencia”, *Anuario de Transparencia Local*, n. 1, 2018, pp. 15-41.





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_xullo-decembro 2022 | pp. 191-213  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.5013>  
© Francisco de Cominges Cáceres  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 29/11/2022 | Aceptado: 29/11/2022

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence

64 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES  
Maxistrado (Galicia, España)

[f.cominges@poderjudicial.es](mailto:f.cominges@poderjudicial.es)

**SUMARIO:** 1 Administración local. 1.1 Ordenanza lingüística municipal. 1.2 Cuestión de confianza vinculada a unha modificación orzamentaria. Non permite eludir a fase de información pública preceptiva para a aprobación dos orzamentos municipais. 1.3 Competencia do presidente de deputación provincial para adquirir participacións de Tragsa como medio propio para o servizo de conservación de zonas verdes. 1.4 Policía local. O plus de nocturnidade e festividade debe integrarse no complemento específico do posto, remunerándose mensualmente mesmo en períodos de vacación e permisos ou ausencias xustificadas. 1.5 Encargos verbais de obras ou servizos con omisión absoluta do procedemento de contratación. Só se poderían aboar polo procedemento de revisión de oficio de contrato nulo. Responsabilidade penal da autoridade municipal contratante. 2 Etranxeiría. 2.1 Inmigrantes en situación irregular. Non procede a súa expulsión, nin a súa sanción con multa, se non concorren circunstancias agravantes. Incidencia de informes policiais desfavorables, antecedentes penais e indocumentación. 3 Medio ambiente e urbanismo. 3.1 Costas. Constitucionalidade da Lei de cambio climático no que afecta á extensión das concesións de ocupación do dominio público marítimo-terrestre e as súas prórrogas. 3.2 Edificacións en situación de

fóra de ordenación por caducidade da potestade de disciplina urbanística. O mantemento ou o cambio de uso require do cumprimento da normativa sobre seguridade, salubridade e ornato. 4 Procedemento administrativo. 4.1 Notificacións realizadas en papel polo servizo de correos. Se o destinatario se atopa ausente, debe deixarse un aviso na súa caixa de correo, con constancia fidedigna diso. 4.2 Procedemento de “comunicación previa” para a habilitación de actividades. Non cabe ampliar o prazo para resolver. 4.3 Incumprimento da obriga de realizar por vía electrónica, en lugar de en papel, as notificacións ás persoas xurídicas. Irregularidade formal non invalidante. 5 Proceso contencioso-administrativo. 5.1 Litixios entre administracións públicas. Prazo de interposición do recurso contencioso-administrativo. 5.2 Determinación da contía nos procesos dirixidos fronte a actos da Tesouraría Xeral da Seguridade Social. 5.3 Rehabilitación de prazos no trámite de emenda de deficiencias da fase inicial de interposición dun recurso contencioso-administrativo. 6 Sanidade. 6.1 Vulneración do réxime de incompatibilidades do persoal sanitario facultativo. Falta moi grave. 6.2 Responsabilidade patrimonial sanitaria. 6.3 Instrución sobre continuación do tratamento crónico do farmacéutico de Atención Primaria en situacións especiais. 7 Tributos. 7.1 Ordenanza fiscal municipal reguladora da taxa pola utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público local das instalacións de transporte e distribución de enerxía eléctrica. 7.2 Caducidade do expediente de comprobación de valores. Principio de boa administración. 7.3 Embargo de contas bancarias en réxime de cotitularidade. 7.4 Carácter non automático de recargas por pagamento atrasado da débeda tributaria antes do inicio da fase de constrinximento. 8 Universidades. 8.1 Avaliación virtual dos alumnos do curso académico 2019-2020 durante o estado de alarma da pandemia de coronavirus.

## 1 Administración local

### 1.1 Ordenanza lingüística municipal

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG), na súa Sentenza do 7 de novembro de 2022 (rec. 7649/2021, relator: Villares Naveira), desestima o recurso interposto pola asociación Hablamos Español contra a ordenanza municipal de uso da lingua galega, aprobada polo Concello da Coruña en xuño de 2021 (BOP 22/06/2021). A sentenza, de máis de 60 páxinas, analiza de xeito profuso e detallado o réxime xurídico aplicable a este tipo de regulamentacións, concluíndo finalmente a total conformidade a dereito da impugnada no proceso, tanto desde unha perspectiva formal como substantiva, coas seguintes consideracións:

*«(...) Empregar e promover o uso do galego por parte da administración coa cidadanía non nega a cada cidadán/á o seu dereito de escolla lingüística relational se así o desexa, simplemente establece un uso normal do galego por parte do Concello, o cal deriva directamente de mandatos de carácter estatutario e legal que apuntan a esta solución como política de normalización lingüística dunha lingua historicamente sometida a un proceso sociolingüístico de diglosia. (...) en ningún destes preceptos, como no texto da Ordenanza, se impide o uso do castelán polo Concello a instancias do cidadán (...). a Ordenanza ten por obxecto regular o uso do galego no Concello, e se ese é o seu cometido, é normal que, na súa técnica normativa, se poña o acento nos aspectos da vida municipal nos que se quere proxectar a súa presenza e a forma ou os medios cos que se quere concretar; primeiro porque é un mandato do propio EAG e o resto de normas legais*

*de desenvolvemento sectorial, e segundo, porque se a Ordenanza fose un simple corta e pega de normas de rango superior, sería superflua, dado que a súa achega ao ordenamento xurídico consiste precisamente en explicar e desenvolver en que consistirá a promoción e normalización do uso do galego no eido municipal, de xeito que o resto de aspectos relativos ao castelán logo dunha primeira cita de recoñecemento do seu status de oficialidade, poderán ser sobreentendidos pola vixencia do principio de xerarquía normativa (...). Debemos ter en conta especialmente unha clara e constante doutrina constitucional que indica que a omisión en normas desta natureza –é dicir, de regulación de uso e normalización de linguas oficiais do Estado diferentes do castelán– das referencias á outra lingua oficial non implica nin unha exclusión do seu estatuto constitucional nin un menosprezo ou unha pretensión de inseguridade á cidadanía (...)*».

## 1.2 Cuestión de confianza vinculada a unha modificación orzamentaria. Non permite eludir a fase de información pública preceptiva para a aprobación dos orzamentos municipais

O alcalde do Concello de Ourense formulou no pleno municipal unha cuestión de confianza vinculada á aprobación dunha modificación orzamentaria (créditos extraordinarios e suplementos de crédito) de máis de 62 millóns de euros, pola canle procedemental establecida no artigo 197.bis) da Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, do réxime electoral xeral (LOREX). Rexeitada a cuestión de confianza e transcorrido un mes sen que se presentase unha moción de censura con candidatura alternativa, o alcalde procedeu, mediante decreto, a aprobar definitivamente a modificación orzamentaria, amparándose no artigo 197.bis.5 LOREX.

Varios concelleiros impugnárono. O Xulgado do Contencioso-Administrativo número 2 de Ourense, na súa Sentenza do 13 de maio de 2022, estimou o recurso e anulouno. O TSXG, na posterior Sentenza do 4 de novembro de 2022 (rec. 7108/2022, relator: Paz Eiroa), rexeita a apelación do Concello.

A anulación motivouse, en esencia, no criterio establecido sobre este tipo de procedementos pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS) na súa Sentenza do 13 de febreiro de 2015 (rec. 6446/2008). Segundo considerou o Xulgado de Ourense na sentenza obxecto de apelación:

*«Con arreglo a dicha doctrina emanada del Tribunal Supremo, podemos llegar a la conclusión de que tras el transcurso del plazo sin presentación de moción de censura estaríamos ante una aprobación inicial de la modificación, tras lo cual restaría tan solo la exposición pública durante 15 días hábiles y el posterior examen de las reclamaciones presentadas por parte del pleno, admitiendo o rechazando las mismas.*

*Es cierto, como afirma la Administración, que ello podría derivar en una nueva situación de bloqueo, en cuanto que la modificación presupuestaria terminaría nuevamente en el pleno, que podría rechazar definitivamente la misma, por lo*

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*que nos situaríamos nuevamente en la casilla de salida y sin que se atisbe una solución futura a la situación de estancamiento.*

*Ahora bien, no puede ignorarse tampoco que la exposición al público y las posibles alegaciones que los ciudadanos puedan hacer no tienen un contenido ilimitado sino tasado, y el mismo aparece recogido en el artículo 170.2 de la Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (...). Entiendo que el hecho de que las reclamaciones aparezcan extraordinariamente limitadas impediría que, de haberse cumplido los requisitos necesarios para la modificación presupuestaria a que se refiere el citado artículo, en la posterior votación que se produzca en el pleno pueda acogerse alguna de ellas, aunque estando por el medio intereses políticos hipotéticamente podría darse tal situación, ya que podría admitirse cualquier reclamación por peregrina que fuese para que, en tanto en cuanto se tramite el correspondiente proceso judicial contra dicha decisión, se produzca una situación de paralización institucional.*

*Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo da prioridad a la participación ciudadana en los asuntos públicos sobre esa posible situación futura, con lo cual debe asumirse ese riesgo.*

*Por ello, si bien la posición del Concello de Ourense es razonable y está debidamente razonada, lo cierto es que la doctrina del Tribunal Supremo, al menos a día de hoy y aunque manifestada en una sola sentencia, es la que es, y no consta que tras esta conocida sentencia se haya producido algún tipo de modificación legislativa bien encaminada a excluir la participación ciudadana en la aprobación o modificación presupuestaria en casos como el que nos ocupa, tal y como se advertía en la sentencia, o bien dirigida a precisar que la aprobación no es inicial, sino definitiva sin necesidad de ningún trámite adicional (...).*»

### **1.3 Competencia do presidente de deputación provincial para adquirir participacións de Tragsa como medio propio para o servizo de conservación de zonas verdes**

A Sentenza do TSXG do 21 de outubro de 2022 (rec. 7102/2022, relator: Fernández López) desestima o recurso interposto fronte á decisión do presidente da Deputación Provincial de Lugo de adquirir unha participación da sociedade mercantil Empresa de Transformación Agraria, SA (Tragsa), como medio propio para atender o servizo de mantemento e conservación das zonas verdes, con esta motivación:

*«La resolución del presidente de la Diputación Provincial de Lugo de 13.12.19 que se impugnó (...) se limitó a aprobar la adquisición de una participación de una sociedad mercantil, en este caso pública. (...) En este caso, una de las competencias o potestades con que cuentan las entidades locales, es la de autoorganización a*

que se refiere el artículo 4.1.a) de la LRBRL, texto legal que, al referirse a la organización de las diputaciones, dispone en su artículo 33.2.a) que tal competencia le corresponderá a sus órganos plenarios, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 33.2.a), al igual que también les corresponde a estos las demás competencias que les atribuyan las leyes, como sucede con la conferida en la disposición adicional segunda de la LCSP, para el caso de que se quieran adjudicar contratos administrativos por encima de un determinado umbral económico, o con la recogida en el artículo 85.2.A.d) de la LRBRL, para el caso de que se quisiera prestar un servicio a través de una empresa pública de capital exclusivamente local, como fue el caso de la que mantenía y conservaba las zonas verdes antes de decidir que pasaran a prestarse por “Tragsa”.

Debe repararse en que el citado artículo 85, al igual que los artículos 85.bis, 85.ter y 86 de la misma ley, no están alojados dentro de un capítulo o sección referidos a la organización local, sino relacionados con el modo de prestar un servicio de competencia local (artículo 85) o de una actividad económica (artículo 86), en este caso la gestión de los propios intereses provinciales a que se refieren sus artículos 1.2 y 2.1, gestión que aquí se manifestaba en el mantenimiento y conservación de los espacios verdes, para lo que se hacía preciso adquirir una acción de la sociedad mercantil pública, en los términos estipulados en el apartado 3 de la disposición adicional décimo cuarta de la LCSP, referido a “Tragsa”, como medio propio de los contemplados en su artículo 32.2, pero sin que ello comportara que se estuviera en presencia de una sociedad mercantil de capital exclusivamente provincial (artículo 85.ter de la LRBRL), como sucedió al comienzo, ni menos aún que esa decisión de participar en la empresa pública tuviera algo que ver con el ejercicio de una potestad de autoorganización.

Así es, ya que las cuestiones de tipo organizativo o estructural que conciernen a las diputaciones se recogen en el artículo 32 de la LRBRL, que enumera sus órganos obligatorios, así como los complementarios que se pueden crear, dentro de la potestad de autoorganización a que se refieren los artículos 4.1.a) de esa ley y 5.2 de la LRJSP, precepto éste que dispone que “corresponde a cada Administración Pública delimitar, en su respectivo ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización”, a lo que añade su apartado 3 que la creación de cualquier órgano administrativo exigirá, al menos, que se determine su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica, que se delimiten sus funciones y competencias y que se les dote de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.

No era este el caso de la decisión de adquirir una participación societaria para utilizar, de forma legítima, a “Tragsa” como medio propio para prestar un servicio, gasto que en este caso tan sólo ascendió a 8.225,00 euros, que entraba dentro del límite de disposición que al presidente le reconoce el artículo 34.1.f) de

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

la LRBRL, en relación con el 185.2 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, de lo que resulta que se tenga que acoger la pretensión revocatoria de la sentencia apelada, lo que comporta que se desestime el recurso principal y que se confirme la adecuación a derecho de la resolución presidencial de 13.12.19, pero también del acuerdo de la Junta de Gobierno Provincial de 27.12.19 que trajo su causa de aquélla, que tampoco tenía contenido organizativo, ni se separó de lo permitido en la disposición adicional vigésimo cuarta de la LCSP».

#### **1.4 Policía local. O plus de nocturnidade e festividade debe integrarse no complemento específico do posto, remunerándose mensualmente mesmo en períodos de vacación e permisos ou ausencias xustificadas**

Os axentes da Policía Local do Concello de Vigo, que perciben pluses de nocturnidade e festividade polas xornadas concretas realizadas en franxa nocturna ou en día festivo, solicitaron recibir a parte proporcional dos ditos complementos retributivos en período vacacional, de desfrute de permisos, baixas laborais, etc. Fundaron a súa pretensión no precedente do persoal do Servizo de Extinción de Incendios do Concello de Ourense resolto polo Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo) na súa Sentenza do 1 de outubro de 2020 (rec. 7908/2018).

En fase de apelación, o TSXG admitiu as súas demandas, entre outras nas súas sentenzas do 18 de outubro e 14 de setembro de 2022 (recs. 187/2022 e 173/2022, relatores: Seoane Pesqueira e López González). Nelas a Sala recoñécelles aos policías recorrentes o dereito «Al percibo de los pluses de festividad y nocturnidad durante los períodos de vacaciones, situaciones de incapacidad temporal, días de libre disposición y demás permisos retribuidos». Cunha dobre motivación:

– «lo que el actor percibe por nocturnidad y festividad no remunera prestaciones fuera del turno ordinario, sino las realizadas dentro de la jornada ordinaria y con arreglo a los turnos asignados. (...) Los turnos y horas asignados al actor constituyen el trabajo ordinario y habitual del recurrente y no corresponden a ninguna actividad u organización extraordinaria o especial».

– Na relación de postos de traballo (RPT) do dito Concello, nos complementos específicos dos axentes de policía non se incluíu a penosidade derivada das quendas nocturnas e festivas. Ese concepto quíxose remunerar á parte, como gratificación ou produtividade. «El propio ente local demandado no solo no afirmaba tal inclusión, sino que, amparándose en la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1995 (hoy ya superada) señalaba la imposibilidad de aquella inclusión».

## 1.5 Encargos verbais de obras ou servizos con omisión absoluta do procedemento de contratación. Só se poderían aboar polo procedemento de revisión de oficio de contrato nulo. Responsabilidade penal da autoridade municipal contratante

A Sentenza do TSXG do 19 de xullo de 2022 (rec. 7016/2022, relator: Villares Naveira) avanza na clarificación do réxime xurídico aplicable a estes supostos de alegaldade contractual, frecuentes en determinadas administracións locais. En pronunciamientos anteriores, citados no número 62 da Regap, o dito tribunal estableceu que non existe a obriga de compensar por “enriquecemento inxusto” o empresario que realiza o encargo con “mala fe”, beneficiándose conscientemente da omisión do procedemento contractual exixible. Nesta sentenza alcanza outra conclusión novidosa (certamente polémica): Non procede realizar o aboamento deste tipo de obras ou servizos directamente mediante o mecanismo do “recoñecemento extraxudicial de créditos” (REC) a que aluden o artigo 60.2 do Real decreto 500/1990, do 20 de abril, e o artigo 23.1.e) do Real decreto legislativo 781/1986, do 18 de abril (TRRL). Antes debe tramitarse un procedemento de “revisión de oficio de contratos nulos”:

*«(...) non discutida polas partes a inexistencia absoluta de procedemento de contratación (...) é evidente que concorre unha nulidade de pleno dereito prevista no art. 32 do TRLCSP (análoga á actual do art. 39 LCSP no que agora interesa) e no art. 47.1.e. LPACAP. Ante unha nulidade de pleno dereito, a propia administración tiña como mecanismo de reacción autónomo a revisión de oficio de actos nulos de pleno dereito. Neste sentido, se ben o TRLCSP refire só os actos de preparación e adjudicación, isto faise para establecer determinadas especialidades, sen que impida acudir con carácter xeral ao art. 106.1. LPACAP. É por isto que cando en sede administrativa son consultados os órganos de asesoramento técnico do Concello, Secretaría e Intervención, incidan nesta opción, que é á que se agarra o apelante.*

*Só unha vez que se declara a nulidade de pleno dereito de todo o actuado, por inexistencia absoluta de procedemento de contratación, é cando hai que reparar as consecuencias que afecten negativamente a terceiros de boa fe, e cuxo contexto normativo pode ser o REC. Pero iso debe corresponder a unha fase ulterior do camiño administrativo.*

*Esta actuación para emendar o mal feito en casos de ausencia de procedemento de contratación, como presuposto do aboamento das obras ou servizos é o que late na recente STS n. 722/2022, de 13 de xuño, en cuxo FX 3º dá conta da previa revisión de oficio ante ausencia absoluta de procedemento, a partir da cal se fixa unha indemnización polas obras efectivamente realizadas, excluíndose determinadas cantidades coma determinados tipos de xuro ao non se tratar dunha situación contractual. (...).*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*No caso de autos, o Concello obviou non só o procedemento administrativo de contratación de forma groseira, senón o relativo á declaración de nulidade (...) Non pode haber recoñecemento de crédito a favor dun particular se non hai causa que o xustifique. E a causa neste caso non pode ser outra que a inexistencia de contratación administrativa válida, e tal feito tiña que ser declarado pola propia administración pola vía da revisión de oficio de actos nulos de pleno dereito. Esta declaración era necesaria porque daba a medida de cal tiña que ser o ámbito precisamente do recoñecemento extraxudicial de crédito».*

A sentenza engade outra consideración interesante. Conclúe que cando afloran estes supostos de omisión total e absoluta do procedemento de contratación, por contía relevante, deben comunicarse á fiscalía ou á xurisdición penal para que se exixan as correspondentes responsabilidades penais:

*«O art. 262 LACrim indica que “Os que por razón dos seus cargos, profesións ou oficios tiveren noticia dalgún delito público, estarán obrigados a denuncialo inmediatamente ao Ministerio fiscal, ao Tribunal competente, ao Xuíz de instrución e, na súa falta, ao municipal ou ao funcionario de policía máis próximo ao sitio se se tratar dun delito flagrante”. No presente litixio, entende a Sala que a omisión absoluta de procedemento de contratación administrativa dadas as súas dimensións (máis dun millón e medio de euros e en relación a varias materias diferentes o que implica que se eludiu o procedemento de contratación de forma recalcitrante) e prolongación no tempo (as prácticas abranguen varios anos), unido á multiplicidade de advertencias feitas polos órganos de Intervención e Secretaría do Concello que constan no expediente sobre a ilegalidade das actuacións, revelan a existencia de feitos que poden ser indiciarios de actividade delitativa no eido da prevaricación administrativa (...)».*

## 2 Estranxeiría

### 2.1 Inmigrantes en situación irregular. Non procede a súa expulsión, nin a súa sanción con multa, se non concorren circunstancias agravantes. Incidencia de informes policiais desfavorables, antecedentes penais e indocumentación

O TS, nas súas sentenzas do 5 e 20 de outubro de 2022 (recs. 270/2022 e 5793/2021, relatores: Herrero Pina e Olea Godoy) clarifica o réxime sancionador aplicable a día de hoxe en España aos residentes estranxeiros en situación irregular, tras as cuestións prexudiciais resoltas polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea nas súas sentenzas do 22 de abril de 2015 (C-38/14), 8 de outubro de 2020 (C-568/19) e 3 de marzo de 2022 (C-409/20).



Conclúe, en primeiro lugar, que aos ditos cidadáns non se lles pode expulsar, nin sancionar con multa pecuniaria, se á mera permanencia irregular non se lle engaden determinadas circunstancias agravantes, acreditadas e motivadas no expediente.

En segundo lugar, que «la mera cita genérica de la existencia de condena penal o de antecedentes policiales, cuyas circunstancias y resultado no se justifican por la Administración, no puede servir de fundamento o circunstancia agravante que permita cumplir con el presupuesto de proporcionalidad en la adopción de la decisión de expulsión».

E, en terceiro lugar, que «la falta de documentación como circunstancia agravante ha de ponerse en relación con las dificultades para la correcta identificación del interesado, que impidan conocer su identidad, origen y demás circunstancias personales, comprometiéndose la tramitación del procedimiento, lo que no puede predicarse de supuestos como el presente en el que el recurrente, aunque no aportara documentación en el momento de la detención, no carecía de la misma y de hecho en el propio acuerdo de incoación del procedimiento se refleja el número de su Cédula de Identidad, nombre, lugar y fecha de nacimiento y filiación, indicándose también un domicilio en Madrid. Y posteriormente se aportó el correspondiente pasaporte en la parte que a tales efectos resulta suficiente (...). En tal sentido y contrariamente a lo que se sostiene en la sentencia de apelación, como hemos razonado en la sentencia de 27 de abril de 2022 (rec. 2958/21), si bien la falta de una inicial presentación de documentación e identificación del interesado puede justificar la aplicación del procedimiento preferente, si con posterioridad se aporta y acredita la existencia de tal documentación desaparece como tal causa de agravación a efectos de la adopción de la decisión de expulsión».

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

### 3 Medio ambiente e urbanismo

#### 3.1 Costas. Constitucionalidade da Lei de cambio climático no que afecta á extensión das concesións de ocupación do dominio público marítimo-terrestre e as súas prórrogas

O Tribunal Constitucional (TC) na súa Sentenza 90/2022, do 30 de xuño (BOE de 29/07/2022, relator: Martínez-Vares García), desestima o recurso de inconstitucionalidade interposto pola Xunta de Galicia fronte ao artigo 20 e a disposición derogatoria única da Lei 7/2021, do 20 maio, de cambio climático e transición enerxética.

No artigo 20.4 da desa lei dispúxose que «Los plazos de duración de los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre se computarán desde su otorgamiento e incluirán todas sus prórrogas, de ser estas posibles, sin superar los plazos máximos establecidos en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos que se dicten tras la entrada en vigor de esta ley en incumplimiento de lo previsto en este artículo».

A Xunta de Galicia esgrimiu no seu recurso que esa norma vulnera o principio constitucional de seguridade xurídica, ao contradicir ou ignorar disposicións legais

anteriores sobre a vixencia e prórrogas destas concesións demaniais, sementándoas de dúbidas interpretativas. A sentenza rexeita os seus argumentos, coa seguinte consideración final:

*«(...) cabe concluir que su texto no resultaría contrario al principio de seguridad jurídica, entendido como claridad y certeza del Derecho, ya que su sentido es claro y su aplicabilidad puede determinarse acudiendo a los métodos de interpretación aceptados en Derecho. En efecto, las disposiciones impugnadas, ofrecen elementos suficientes para poder identificar, por una parte, la duración de los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre y sus prórrogas en vigor, por aplicación de la Ley de costas y, por otra parte, la forma de computar el plazo máximo de duración de la prórroga extraordinaria de la concesión, resultando nulas las prórrogas otorgadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2021.*

*(...) se deduce que el plazo máximo de duración de las concesiones de ocupación del dominio público marítimo-terrestre, o de cualquier prórroga del mismo, sería a partir de la entrada en vigor de la Ley 7/2021 de setenta y cinco años (desde su concesión o desde su prórroga –según su diverso régimen originario–); conservando los titulares de concesiones (o prórrogas) anteriores a la entrada en vigor de la Ley 7/2021, sus derechos adquiridos conforme a la Ley de costas (incluido el término de prórroga extraordinaria de setenta y cinco años del art. 2 de la Ley 2/2013); no pudiéndose –sin embargo– otorgar ni prorrogar –desde la entrada en vigor de la Ley 7/2021– ninguna ocupación del dominio público marítimo-terrestre por más de esos setenta y cinco años de límite, y resultando nulas las concesiones o prórrogas de más de setenta y cinco años otorgadas tras la entrada en vigor de la Ley 7/2021. Por otra parte, el dies a quo del cómputo del plazo de duración de la concesión y su prórroga es una cuestión casuística, que les corresponderá enjuiciar a los tribunales ordinarios según la heterogeneidad de regímenes. (...).*

*En definitiva, los preceptos impugnados por quebrantar el principio de seguridad jurídica (art 9.3 CE), no han dado lugar a una oscuridad o insuficiencia hermenéutica, sino que –al contrario– pueden ser objeto de interpretación meridiana por los operadores jurídicos, administraciones y tribunales, no obstante la heterogeneidad de situaciones y títulos de concesión, partiendo, primero, de que la prórroga extraordinaria introducida en el art. 2 de la Ley 2/2013 tenderá a extinguirse en el tiempo (a fin de evitar la perpetuación en la ocupación del dominio público marítimo-terrestre), pero respetando los derechos constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley 7/2021; segundo, de que el plazo máximo de ocupación del dominio público marítimo-terrestre se acota a setenta y cinco años, no extensibles (no caben ya las prórrogas sucesivas mencionadas en el art. 2.3 de la Ley 2/2013). Y tercero, que cualquier concesión posterior a la entrada en vigor de la Ley 7/2021 (el 22 de mayo de 2021) que no se ajuste a lo previsto en la misma es nula (incluidas las solicitadas y todavía no otorgadas) (...).*»

### 3.2 Edificacións en situación de fóra de ordenación por caducidade da potestade de disciplina urbanística. O mantemento ou o cambio de uso require do cumprimento da normativa sobre seguridade, salubridade e ornato

Así o considerou o TSXG na súa Sentenza do 18 de outubro de 2022 (rec. 4217/2022, relator: Díaz Casales), sobre a solicitude de cambio de uso (de local comercial a vivenda) nun edificio en situación de fóra de ordenación por caducidade da potestade municipal para ordenar a reposición da legalidade urbanística infrinxida:

*«(...) la recurrente prescinde de una obligación que a todos los propietarios impone la Ley del Suelo, que viene establecida en el Art. 135.1 de la misma en su apartado c) conforme a la cual los propietarios deben conservar las construcciones y edificios en condiciones legales de servir al soporte de los usos a los que estuvieren destinados, en todo caso en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato, disponiendo en su artículo siguiente que los Ayuntamientos, pueden de oficio o a instancia de cualquier interesado, dictar órdenes de ejecución que obliguen a los propietarios a realizar las actuaciones necesarias para dar el debido cumplimiento al mantenimiento de dichas condiciones, lo que otorga cobertura al requerimiento contenido en la resolución recurrida y ahora discutido, entendiéndose que la referencia al Decreto 29/2010 contenida en el requerimiento entraña una forma de objetivar el cumplimiento de tales requisitos, cabiendo la posibilidad de discutir, con ocasión de presentación del proyecto requerido, en qué medida el espacio generado ilícitamente en el bajo y la entreplanta del edificio resulta habitable.*

*(...) la caducidad de la acción de reposición otorga al titular del inmueble la facultad de resistir una orden de demolición, pero no determina que la administración haya de respetar su utilización en condiciones que puedan entrañar un riesgo para sus moradores y/o para terceros –recuérdese que como señala la sentencia de instancia no resultan indiferentes las condiciones de ventilación de las estancias, las salidas de humos, emisión e inmisión de ruidos, producción de humedades, servicios e instalaciones o las referentes al ornato público– cuando resulta evidente que las estancias vivideras exigen condiciones mucho más exigentes que las destinadas a trasteros o, como parece ser el caso, las dedicadas a almacenar bicicletas y que las condiciones de habitabilidad no pueden resultar indiferentes para la administración local, por las razones dichas en el anterior fundamento. Así lo advertimos en la St. de 1 de febrero de 2019 –que dictamos en el Recurso de apelación 4177/2017, en relación con la conversión de un trastero en vivienda– (...) podemos extraer la conclusión de que del mismo modo que la caducidad de la acción de reposición de la legalidad no excluye la solicitud de una licencia de primera ocupación (caso de la St. del T.S. de 3 de abril de 2000) y que con ocasión de ésta no cabe discutir los incumplimientos urbanísticos o la ilegalidad de la licencia otorgada (caso de la St. del TSJ de Madrid anteriormente transcrita) que el hecho de que la obra resulte, por el transcurso de 6 años desde su total terminación, incólume a las acciones*

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*de reposición no supone que puedan destinarse a cualquier finalidad sino que ha de tratarse de una finalidad permitida por las ordenanzas, por ello también ha de ajustarse a los requisitos mínimos exigibles, esto es a reunir las condiciones mínimas de seguridad, salubridad, ornato y funcionalidad cuyo cumplimiento entendemos es la finalidad perseguida por el requerimiento del Ayuntamiento que la apelante discute. El referido requerimiento no impone solicitar una licencia de primera ocupación, como denuncia la recurrente, sino acreditar, mediante un proyecto, que el local reúne condiciones de habitabilidad».*

## 4 Procedemento administrativo

### 4.1 Notificacións realizadas en papel polo servizo de correos. Se o destinatario se atopa ausente, debe deixarse un aviso na súa caixa de correo, con constancia fidedigna diso

A Sentenza do TS do 18 de outubro de 2022 (rec. 5517/2020, relator: Montero Fernández), referida a Galicia, estima a casación e ratifica a ineficacia da notificación, mediante publicación de edictos, dunha liquidación tributaria, tras concluír que: *«es requisito imprescindible conforme a la reglamentación postal, no ya solo que se expresen los dos intentos de notificación fallidos, sino además que el Servicio de Correos, deje constancia en el casillero del destinatario del aviso de llegada, de todo lo cual debe quedar constancia en la documentación extendida por el personal del operador del Servicio Postal Universal».*

Invoca o precedente recente da súa Sentenza do 27 de xullo de 2022 (rec. 5544/2021) e engade a seguinte fundamentación:

*«En reiteradas ocasiones este Tribunal, ..., ha proclamado que la notificación edictal debe representar el último remedio para hacer posible el principio básico de eficacia de las Administraciones Públicas, (...). la regularidad formal de la notificación no será suficiente para su validez si el notificado no tuvo conocimiento real del acto que había de comunicársele; y, paralelamente, que los incumplimientos de las formalidades establecidas no serán obstáculo para admitir la validez de la notificación si ha quedado debidamente acreditado que su destinatario tuvo un real conocimiento del acto comunicado. (...)*

*El artículo 42.2 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, que aprueba el Reglamento de prestación de los servicios postales, expresa, literalmente, que se consignará dicho extremo –con referencia a los intentos de notificación– en la oportuna documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación el apartado 3 del mismo precepto exige la constancia del aviso de llegada y que la notificación hasta tal momento fallida se deposite en lista de notificaciones.*

*Así pues, no solo es esencial la demostración del intento de entrega por dos veces de las cartas certificadas, sino también la prueba de la entrega del “aviso de llegada” mediante su introducción en el buzón o casillero correspondiente, o por otro medio, pues del cumplimiento de ese requisito depende que el destinatario tenga conocimiento del intento de notificación y pueda acudir en plazo a la Oficina de Correos correspondiente a recoger el envío, trámite indispensable para que, en caso de no efectuarse tal recogida, el Servicio de Correos pueda devolver el certificado al remitente como correspondencia caducada. (...) realizados los dos intentos de notificación sin éxito por el personal de Correos –no se ha hecho en este caso por agente notificador de la Administración Tributaria–, se debe proceder, en los términos del art. 4.2.3 del Real Decreto 1829/1999, a dejar al destinatario aviso de llegada en el correspondiente casillero domiciliario, acreditándose fehacientemente dicho extremo en la notificación».*

## 4.2 Procedemento de “comunicación previa” para a habilitación de actividades. Non cabe ampliar o prazo para resolver

A Sentenza do TS do 20 de setembro de 2022 (rec. 7031/2021, relator: Román García), tamén referida a Galicia, analiza o réxime xurídico do sistema de “comunicación previa”, substitutivo da antiga “autorización administrativa”, concluíndo que: «no cabe aplicar a las comunicaciones previas a que se refiere el artículo 69.2 de la Ley 39/2015 la causa de suspensión del plazo máximo para resolver prevista en el artículo 22.1.g) de la misma ley». Por estas razóns:

*«(...) tras la implantación normativa del nuevo régimen liberalizador del acceso y ejercicio de las actividades de servicios, concretado –a los efectos que ahora nos interesan– en el artículo 69 de la Ley 39/2015, el inicio de la actividad se condiciona a una manifestación del sujeto que desea ejercer aquélla, comunicando a la Administración que cumple los requisitos exigidos legalmente para ello; y la Administración efectúa un control a posteriori para verificar que, efectivamente, se cumplen aquellos requisitos.*

*La consecuencia del cambio de planteamiento normativo respecto de la situación anterior es clara: ahora no existe, propiamente, un procedimiento autorizatorio que, iniciado con una solicitud del sujeto, deba concluir con una resolución administrativa “otorgando permiso” a aquél para realizar la actividad pretendida. Al liberalizarse el ejercicio de la actividad, el sujeto puede dar comienzo a ésta, si cumple los requisitos legales, una vez comunique esta circunstancia a la Administración; y será entonces cuando la Administración lleve a cabo su actividad de control para verificar el ajuste de aquélla a la legalidad, de manera que si apreciara deficiencias en la comunicación presentada (o en la documentación correspondiente) podrá requerir del sujeto la oportuna subsanación e, incluso, en los supuestos previstos legalmente –véase el apartado 4 del artículo 69 de la Ley 39/2015– podrá llegar a declarar la ineficacia de la comunicación previa y*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado por la ley, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.*

*Quiere ello decir que si a estos efectos no existe ya, propiamente, un procedimiento sometido al régimen de autorización (esto es, un procedimiento que deba iniciarse con una solicitud del interesado y deba finalizar con una resolución favorable de la Administración), por haber sido sustituido normativamente por el régimen de la declaración responsable y la comunicación previa, lógico será concluir que existe una dificultad conceptual –más bien, imposibilidad– para aplicar directamente a la comunicación previa las causas de suspensión del plazo para resolver, que están previstas para aquellos procedimientos (...).*».

### **4.3 Incumplimento da obriga de realizar por vía electrónica, en lugar de en papel, as notificacións ás persoas xurídicas. Irregularidade formal non invalidante**

O TS, en reiteradas sentenzas a partir da do 20 de xullo de 2022 (rec. 3963/2021, relator: Calvo Rojas) analiza o conflito suscitado en Galicia sobre o vicio formal de procedemento consistente na notificación de resolucións a entidades mercantís en soporte papel por vía postal, en lugar de electrónica e telematicamente, concluíndo que é unha irregularidade formal non invalidante:

*«(...) Esta Sala no ignora los preceptos de los que resulta la procedencia de la notificación por medios electrónicos cuando se trata de personas jurídicas establecido (artículos 14.2.a/ y 41.1 de la Ley 39/2015). Sin embargo, siendo así que, como ya hemos señalado, en actuaciones anteriores del mismo procedimiento administrativo la entidad Volkswagen había admitido que se practicasen las notificaciones en papel, y no habiendo duda de que la recurrente tuvo pleno conocimiento de la resolución sancionadora notificada por esa vía, no cabe tachar de inválida tal notificación por haberse practicado de ese modo. A tal efecto es obligado tener presente que, según el citado artículo 41.1 de la Ley 39/2015, “(...) Con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente”.*

*En definitiva, no cabe afirmar se haya causado indefensión a la recurrente. Por ello entendemos que el hecho de haberse llevado a cabo la notificación en papel constituye una irregularidad que carece de relevancia invalidante (artículo 48.2 de la Ley 39/2015).*».

## 5 Proceso contencioso-administrativo

### 5.1 Litixios entre administracións públicas. Prazo de interposición do recurso contencioso-administrativo

A Sentenza do TSXG do 9 de setembro de 2022 (rec. 4043/2021, relator: Martínez Quintanar) analiza en detalle os requisitos procesuais e formais exixibles a un recurso contencioso-administrativo promovido por unha autoridade portuaria (Administración do Estado) fronte á desestimación presunta do requirimento previo formulado a un concello para que realizase determinadas obras de conservación nun paseo marítimo.

O tribunal inadmite finalmente o recurso, por se ter interposto extemporaneamente. Considera que, conforme o disposto nos artigos 44 e 46.6 da Lei xurisdiccional 29/1998, do 13 de xullo (LXCA), cando a Administración actora formula un requirimento previo que non se responde con acto expreso, o prazo para acudir á vía xudicial contencioso-administrativa conclúe aos tres meses desde a data de presentación do requirimento:

*«(...) no es de aplicación el plazo de 6 meses de que trata el 46.1 LJCA para la interposición del recurso contencioso administrativo contra los actos presuntos, pues dicha regulación se refiere a los recursos administrativos y cede ante la específicamente prevista para los supuestos en que medie el requerimiento interadministrativo del artículo 46.6 LJCA, sin que sea de aplicación la doctrina jurisprudencial sobre equiparación entre los actos presuntos y los notificados defectuosamente, a efectos del cómputo del plazo para recurrir, al ser aplicable en los supuestos de actos presuntos a que se refiere el artículo 46.1 LJCA».*

### 5.2 Determinación da contía nos procesos dirixidos fronte a actos da Tesouraría Xeral da Seguridade Social

O TSXG, na súa Sentenza do 25 de novembro de 2022 (rec. 4213/2022, relator: Martínez Quintanar), constata que no artigo 41 da Lei xurisdiccional 29/1998 (LXCA) se establecen dúas regras diferentes e complementarias para a determinación da contía do preito, distinguíndose a primeira instancia da fase de apelación ou casación. En primeira instancia a contía virá determinada pola “suma do valor económico das pretensións”. En cambio, na apelación e casación a contía considérase separadamente, respecto de cada unha das accións acumuladas. O efecto práctico desta conclusión é que o TSXG asume a partir de agora a súa competencia para coñecer en primeira e única instancia dos litixios fronte a resolucións da Tesouraría Xeral da Seguridade Social (TXSS) que lle requiran ao interesado o pagamento dunha contía global superior a 60.000 euros, con independencia de que esa cantidade resulte da suma de distintas débedas ou conceptos acumulados (artigo 8.3 p.º 2.º LXCA). Con

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

este cambio de criterio ábrese a porta do recurso de casación a numerosos asuntos que ata agora o tiñan vetado na práctica xudicial galega.

A dita sentenza complementábase coa do TS do 18 de xullo de 2022 (rec. 2389/2020, relator: Espín Templado), referida a Galicia, na cal se conclúe que as resolucións da TXSS sobre cambios de grupos de cotización son de contía indeterminada, resultando en consecuencia susceptibles de recurso de apelación.

### 5.3 Rehabilitación de prazos no trámite de emenda de deficiencias da fase inicial de interposición dun recurso contencioso-administrativo

A Sentenza do TS do 27 de xullo de 2022 (rec. 7727/2020, relator: Román García), tamén referida a Galicia, consolida o seu criterio interpretativo sobre o disposto no artigo 128.1 (rehabilitación de prazos procesuais), no sentido de que:

*«en el procedimiento abreviado, una vez expirado el plazo de subsanación de 10 días concedido por el Juzgado para presentar la demanda sin haberlo hecho, cuando hubiere sido iniciado el procedimiento por un escrito presentado en plazo y el órgano judicial hubiere dictado una resolución declarando la caducidad del plazo para formalizar la demanda, deberá admitir el escrito que la formule si se presenta dentro del día en que se notifica aquella resolución».*

## 6 Sanidade

### 6.1 Vulneración do réxime de incompatibilidades do persoal sanitario facultativo. Falta moi grave

A Sentenza do TSXG do 14 de setembro de 2022 (rec. 532/2021, relator: Seoane Pesqueira) confirma en apelación a sanción disciplinaria de dous anos de suspensión de emprego e soldo imposta pola Xunta de Galicia a un médico do Sergas (persoal estatutario fixo, delegado sindical liberado) por ter incumprido o seu réxime de incompatibilidades. Concretamente por traballar mediante contrato mercantil cunha clínica privada concertada que tamén atende pacientes do Sergas. Conclúe o Tribunal que:

*«queda demostrado que la clínica IVI ha de ser incluida en el concepto al que se refiere el artículo 2 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, Organismos y Empresas dependientes, cuando establece que “a los efectos exclusivos del régimen de incompatibilidades, se entenderán entidades colaboradoras y concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria, incluidas en el sector público que delimita el artículo primero de la Ley 53/1984, aquellas entidades de carácter hospitalario o que realicen actividades*



*propias de estos centros, que mantengan concierto o colaboración con alguna de las entidades gestoras de la Seguridad Social, siendo su objeto precisamente la asistencia sanitaria que estas están obligadas a prestar a los beneficiarios de cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social". En consecuencia, está plenamente justificada la calificación de la conducta por vía del artículo 72.2.l de la Ley 55/2003».*

## 6.2 Responsabilidade patrimonial sanitaria

Nos últimos anos incrementáronse exponencialmente as reclamacións indemnizatorias de pacientes fronte á Administración autonómica por supostos defectos na prestación do servizo público sanitario. No último semestre de 2022 o TSXG ditou numerosas sentenzas de condena por responsabilidade patrimonial. Poden así mencionarse, nun intervalo breve de tempo, as sentenzas do 14 de setembro (dous: recs. 6127/2022 –relator: López González– e 310/2021 –relator: Bolaño Piñeiro–), 13 de outubro (dous: recs. 553/2021 e 608/2021 –relator: López González–), 26 de outubro (rec. 523/2021 –relator: López González–) e 23 de novembro de 2022 (rec. 312/2022 –relator: Seoane Pesqueira–), entre outras. Nelas condénase a consellería a aboar indemnizacións de, respectivamente, 97.000 euros, 200.000 euros, 40.000 euros, 122.000 euros, 475.000 euros e 100.000 euros, por erros de diagnóstico-tratamento médico, ou perda de oportunidade, cometidos nos complexos hospitalarios públicos de Pontevedra, Vigo, Lugo, A Coruña e Santiago de Compostela. Na última das citadas realízase unha interesante análise do criterio de imputación por “perda de oportunidade”:

*«La Sala coincide con el juzgador de primera instancia en que concurre la incertidumbre causal propia de la pérdida de oportunidad, porque no puede afirmarse, con la necesaria seguridad y contundencia, que la causa del fallecimiento de la señora Gabriela fue la inadecuada actuación sanitaria al demorar injustificadamente la práctica de la cesárea. Con tal modo de actuar se privó a la paciente de determinadas expectativas de supervivencia, pues al verse abocada al parto vaginal, dada la fibrosis quística que le aquejaba y que había condicionado el seguimiento de todo el embarazo, se concretó el riesgo de que no podría superarlo, además de que fue necesario el alumbramiento manual determinante de una masiva hemorragia. (...).*

*cuando se aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera, es decir, en la pérdida de oportunidad hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable, para lo que hay que tomar en consideración el grado de probabilidad de que la actuación*

REGAP



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*médica omitida hubiera podido producir un resultado beneficioso y el alcance o entidad del mismo (STS de 3 de julio de 2012, recurso casación 6787/2010); en definitiva, ha de otorgarse una suma que tenga en cuenta el daño antijurídico derivado de la privación de expectativas, puesto que, como ha razonado la STS de 20/11/2012 (RC 4598/2011), aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar con la garantía de que van a ser tratados con diligencia aplicando los medios e instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones sanitarias, a que no se produzca una “falta de servicio” (STS de 7 de noviembre de 2008, RC 4776/2004) en sentido concordante de “defecto de pericia y pérdida de actividad” (STS 24/11/2009, RC 1592/2008)».*

### 6.3 Instrucción sobre continuación do tratamento crónico do farmacéutico de Atención Primaria en situacións especiais

A Sentenza do TSXG do 18 de novembro de 2022 (rec. 7812/2021, relator: Fernández López) estima o recurso promovido polo Consello Galego de Colexios Médicos de Galicia contra a “Instrucción sobre continuación del tratamiento crónico del farmacéutico de Atención Primaria en situaciones especiales” aprobada polo xerente do Servizo Galego de Saúde en outubro de 2021, “dirigida a los farmacéuticos de la Atención Primaria para decidir continuar el tratamiento crónico de los pacientes”.

Na citada sentenza analízase, en primeiro lugar, a natureza xurídica da instrucción, concluíndose que non se trata dunha disposición regulamentaria *stricto sensu*, polo que non se lle poden exixir os requisitos procedementais establecidos nos artigos 127 e ss. da Lei 39/2015, do 1 de outubro (LPAC). Pero tamén que é un acto que afecta a unha pluralidade de cidadáns (os pacientes con tratamentos farmacolóxicos), con vixencia indefinida cara ao futuro, acto para cuxa aprobación deben emitirse previamente os informes necesarios, que motiven e xustifiquen as súas determinacións:

*«(...) una cosa es que se relaje el procedimiento para aprobar la instrucción, y otra es que ésta esté huérfana de cualquier trámite precedente, pues no consta informe, estudio, memoria o propuesta alguna que avale la necesidad de su contenido, más aún cuando se ha aprobado en el ejercicio de una auténtica potestad discrecional, para cuya fiscalización no basta con examinar su motivación (artículo 35.1.i) de la LPACAP), sino también los hechos determinantes de tal decisión, que en este caso no constan por ningún lado. (...)».*

En segundo lugar, a sentenza considera que, en canto ao fondo, a instrucción vulnera a repartición de competencias profesionais entre médicos e farmacéuticos establecida na lexislación sectorial sanitaria:

*«(...) no debe ignorar las funciones que a cada profesional le asigna su artículo 6.1, que en el caso de los médicos es el diagnóstico, tratamiento, terapia y rehabilitación de los pacientes (apartado 2.a), lo que comprende la prescripción de los medicamentos, en tanto que a los farmacéuticos les corresponde su producción,*

*conservación y dispensación, sin que se diferencie según que los pacientes sean o no crónicos.*

*La claridad de esos preceptos no admite duda alguna a la hora de averiguar las funciones que les corresponde a cada sanitario, por lo que no procede jugar con la terminología para extenderlas a quien no las tiene, que es lo que la instrucción litigiosa ha hecho a la hora de habilitar a los farmacéuticos para comprobar la necesidad o no de dar continuidad, pero también la de revisar la prestación farmacéutica que sólo los médicos pueden prescribir, aún en el caso de pacientes que cuenten ya con una medicación indicada para su enfermedad*

*crónica, todo ello de conformidad con lo estipulado en el artículo 79 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, y en el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, que lo desarrolla (...)».*

## 7 Tributos

### 7.1 Ordenanza fiscal municipal reguladora da taxa pola utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público local das instalacións de transporte e distribución de enerxía eléctrica

A Sentenza do TSXG do 14 de outubro de 2022 (rec. 15216/2020, relator: Selles Ferreiro) resolve o recurso interposto por Red Eléctrica de España contra a Ordenanza fiscal do Concello de Ordes (A Coruña), reguladora da “Taxa pola utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público local das instalacións de transporte e distribución de enerxía eléctrica, gas, auga e hidrocarburos” (BOP do 11/03/2020). Anula o réxime de cuantificación da taxa e o anexo de tarifas «por fijar un tipo de gravamen anual único del 5 por 100 sin distinguir el tipo de aprovechamiento del demanio efectuado por el contribuyente».

Motívase, en esencia, no criterio establecido polo TS na súa Sentenza do 17 de decembro de 2020 (rec. 3637/2019), consistente en que:

*«a) En los supuestos de aprovechamiento especial de bienes del dominio público no cabe imponer un tipo de gravamen del 5 por 100 sobre la base de la tasa que tomará, a su vez, como referencia, la utilidad que reporte el aprovechamiento cuando nos hallemos irrefutablemente ante un caso de aprovechamiento especial, no de uso privativo y*

*b) La Ordenanza Fiscal –en los casos en que coincidan aprovechamiento especial y uso privativo– deberá justificar la intensidad o relevancia de cada uno de ellos a la hora de cuantificar la tasa conforme a la legislación vigente, especialmente*



*teniendo en cuenta el artículo 64 de Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público».*

## 7.2 Caducidade do expediente de comprobación de valores. Principio de boa administración

O TSXG, na súa Sentenza do 5 de outubro de 2022 (rec. 15641/2021, relator: Rivera Frade), anula unha liquidación do imposto de transmisións patrimoniais (Axencia Tributaria de Galicia) por ditarse nun expediente de comprobación de valores caducado, ao transcorreren máis de seis meses entre a data da súa incoación e a de notificación da resolución definitiva.

A Administración sostivo no litixio a tese de que o prazo de caducidade se suspendeu coa petición inicial do contribuínte de que se lle traducise ao castelán a resolución de incoación. O TSXG rexéitaa, ao constatar que a Axencia Tributaria demorou a partir de aí un ano en notificar a resolución traducida. A sentenza realiza unha interesante e proluxa análise do principio de “boa administración” conforme o que debía actuar a demandada, con estas conclusións:

*«(...) El procedimiento ya estaba iniciado formalmente. Y aunque, en efecto, el inicio del plazo de caducidad debe computarse desde la notificación de este acuerdo al contribuyente, hacerlo un año después amparándose la Administración en que con la segunda notificación se ha evitado indefensión al contribuyente, convierte el ejercicio de un derecho (el derecho del obligado tributario a utilizar a las lenguas oficiales en el territorio de su comunidad autónoma, previsto en el ámbito tributario, en el artículo 34.1 LGT, y en el artículo 15.1 de la Ley 39/2015 en el ámbito del procedimiento administrativo común) en una excusa para paralizar el procedimiento, contraviniendo la ATRIGA el principio de buena administración y el de buena fe que debe presidir las relaciones entra la Administración y los ciudadanos.*

*Ambos principios (principio de buena administración y el de buena fe que debe presidir las relaciones entra la Administración y los ciudadanos) como se ha encargado de señalar el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de octubre de 2020 abonan una interpretación que acentúe la diligencia en el actuar administrativo y también la deferencia y el respeto con los que las autoridades y empleados públicos deben tratar a los ciudadanos (artículo 13 de la actual Ley del Procedimiento Administrativo Común). Y desde luego no se puede calificar de actuación administrativa diligente y respetuosa del contribuyente, la que espera un año para hacer efectivo un derecho reconocido por la ley a favor del ciudadano, aprovechando la Administración a su favor el retraso que ella misma provocó (...).».*

### 7.3 Embargo de contas bancarias en réxime de cotitularidade

A Sentenza do TSXG do 10 de novembro de 2022 (rec. 14410/2021, relator: Rivera Frade) anula o embargo dunha conta bancaria, ao constatar que se acha en réxime de cotitularidade e que os seus únicos ingresos proceden dunha cotitular allea á débeda tributaria:

*«El artículo 171.2 LGT al regular el embargo de bienes o derechos en entidades de crédito o de depósito, establece que: “Cuando los fondos o valores se encuentren depositados en cuentas a nombre de varios titulares sólo se embargará la parte correspondiente al obligado tributario. A estos efectos, en el caso de cuentas de titularidad indistinta con solidaridad activa frente al depositario o de titularidad conjunta mancomunada, el saldo se presumirá dividido en partes iguales, salvo que se pruebe una titularidad material diferente”.*

*Esta última salvedad es la que impide trabar embargo del saldo, total o parcial, de una cuenta bancaria por deudas de uno de los titulares, si se demuestra, bien que la titularidad no es por parte iguales, bien que la titularidad material pertenece en exclusiva al otro cotitular.*

*Y esto es lo que sucede en el presente caso en el que, a la vista de los extractos bancarios aportados por la recurrente –ya en la vía administrativa–, y a la vista de los movimientos que tuvieron lugar desde el día 5 de diciembre de 2016 hasta la fecha en la que se practicó el embargo –en el mes de abril del año 2019–, resulta que el único ingreso que se hace en ella, y, por tanto, el único ingreso con el que se nutre el saldo de la cuenta bancaria es la pensión que la actora percibe mensualmente por importe de 637,70 € (...). Los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, por lo que habrá de estarse a las relaciones internas entre los titulares, y más concretamente a la originaria procedencia del dinero que nutre la cuenta para calificar el carácter dominical de los fondos».*

### 7.4 Carácter non automático de recargas por pagamento atrasado da débeda tributaria antes do inicio da fase de constrinximento

O TSXG, na súa Sentenza do 10 de novembro de 2022 (rec. 15005/2021, relator: Rivera Frade), incide en que non é de imposición automática a recarga executiva do 5 % establecido no artigo 28.2 da Lei xeral tributaria para supostos de aboamento da débeda fóra do prazo do período voluntario antes da notificación da providencia de constrinximento. Incide o tribunal en que:

*«cuando se impugna la exigencia de un recargo vinculado a un retraso, lo que corresponde analizar es si en el retraso existe un componente de voluntariedad del obligado tributario, si la realización tardía de la obligación debida obedece*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*a su voluntad, y si existe por su parte una disposición de cumplir la obligación tributaria que se le impone. En este análisis, las circunstancias en las que se ha producido el retraso juegan un papel decisivo.*

*(...) no se puede despreciar la voluntad del legislador expresada en el artículo 38.3 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de no aplicar los recargos cuando el cargo en cuenta no se realice o se realice fuera de plazo por causa no imputable al obligado al pago.*

*(...) las certificaciones bancarias son valoradas por esta Sala como documentos que justifican que el retraso en el ingreso de la liquidación ha sido ajeno a la voluntad de la parte recurrente, que su voluntad ha sido ingresar la autoliquidación dentro de plazo –aunque lo fuese el último día–, y que solo por circunstancias ajenas a su voluntad, por motivos técnicos que certifica la propia entidad bancaria, el ingreso se retrasó dos días».*

## 8 Universidades

### 8.1 Avaliación virtual dos alumnos do curso académico 2019-2020 durante o estado de alarma da pandemia de coronavirus

A Sentenza do TSXG do 26 de outubro de 2022 (rec. 570/2021, relator: Bolaño Piñeiro) resolve o recurso interposto por un profesor de dereito contra a resolución do 14 de abril de 2020 do reitor da Universidade de Vigo, na que se dispuxo que a avaliación continuada restante e as avaliacións finais do curso académico 2019-2020 se realizasen de forma virtual.

O actor esgrimiu no seu recurso, en esencia, que esa universidade carecía de medios electrónicos e telemáticos aptos para garantir a avaliación virtual dos alumnos cunha mínima calidade e evitación da fraude. Na fase de exames finais de maio-xuño de 2020 xa non existía a obriga de confinamento domiciliario, achándose en fase de “desescalada” das medidas máis restritivas do primeiro estado de alarma. Malia iso, prolongouse innecesariamente ese deficiente sistema de avaliación non presencial, incorrendo os alumnos, de xeito masivo, en prácticas fraudulentas (non se podía impedir que se valesen de axudas externas á marxe dos seus coñecementos, non se garantía a identidade do examinando, non activaban as cámaras dos ordenadores, desconectábase a aula virtual, copiábanse e pegábanse textos literais nas respostas dos exames, etc.).

O TSXG rexeita o recurso atendendo á situación excepcional, imprevista, sobrevida coa pandemia, que obrigou a improvisar a solución virtual, como mal menor, fronte á alternativa de perder o curso académico. Alcanza estas conclusións finais:

*«En cuanto a las incidencias que refiere la parte recurrente, debe señalarse, por una parte, que, los programas informáticos facilitados por las Administraciones públicas, presentaron numerosas incidencias en todos los ámbitos, no sólo en el educativo que, fueron solucionadas con mayor o menor dificultad.*

*En cuanto a los problemas relativos a la realización de los exámenes, debe señalarse que el recurrente, al ser profesor titular y como refiere la resolución recurrida, pudo establecer la mejor forma de celebrar el examen y de garantizar la identidad de los alumnos. No debe olvidarse que la resolución recurrida, como no podía ser de otra manera, respeta expresamente: “Cuarto: que el desarrollo de las pruebas de evaluación virtual se efectúe según lo dispuesto por cada centro, con respeto a la libertad de cátedra del profesorado y conforme al marco general que pueda proporcionar la Vicerrectoría de Ordenación Académica y profesorado a tal efecto”. Es decir, la resolución administrativa no exigía que tuviese que celebrarse con todos los alumnos a la vez, podía la parte recurrente no examinar a aquel alumno que manifestarse que la cámara no funcionaba precisamente porque uno de los requisitos de los exámenes on line es que la persona esté en todo momento identificada, previa exposición a cámara de su DNI, que es la mejor forma de identificación.*

*Por último, debe concluirse que no se ha acreditado que la resolución administrativa recurrida hubiese vulnerado la dignidad del recurrente ni ningún derecho fundamental. Lo que existió fue una situación de pandemia mundial que supuso una quiebra de la realidad conocida hasta ese momento».*

REGAP



COMENTARIOS E CRÓNICAS





# Regap

## Recensiones

### 3





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_xullo-decembro 2022 | pp. 217-221  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.4998>  
© José Manuel González Dona  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 14/11/2022 | Aceptado: 29/11/2022

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## El crédito tributario en el proceso concursal. Perspectivas ante un nuevo escenario económico y legislativo

64 Regap

Regap



RECENSIONES

JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ DONA  
Doutorando en Dereito Financeiro e Tributario  
Universidade de Santiago de Compostela  
[josemanuel.gonzalez.dona@rai.usc.es](mailto:josemanuel.gonzalez.dona@rai.usc.es)

PATÓN GARCÍA, G. e ULAS PATIÑO, G. (dirs.): *El crédito tributario en el proceso concursal. Perspectivas ante un nuevo escenario económico y legislativo*, Wolters Kluwer Legal, Las Rozas (Madrid), 2022, 342 pp. ISBN: 978-84-9090-585-2.

Este traballo ten por pretensión realizar unha recensión sobre a obra *El crédito tributario en el proceso concursal. Perspectivas ante un nuevo escenario económico y legislativo*, na elaboración da cal interviñeron destacadas figuras doutriniais baixo a dirección da profesora titular de Dereito Financeiro e Tributario da Universidade de Castela-A Mancha Gemma Patón García e da profesora de Dereito Mercantil da Universidade de Bos Aires Gabriela Ulas Patiño.

A monografía, integrada por un total de dez capítulos de distinta extensión, ten por finalidade estudar, desde múltiples perspectivas, a relevancia que cobran os créditos tributarios contra o debedor no procedemento concursal. Non obstante, non só se pretende efectuar un estudo doutrinal, senón que a análise sirva para os concursados que se atopan con este tipo de obrigas para co erario público na masa pasiva. Para iso, tal como expón a propia Patón García na presentación, perséguese ofrecer un conxunto de colaboracións de carácter xurídico que mostran unha especial preocupación polas empresas que atravesan dificultades económicas e que requiren dun asesoramento integral para solucionar as controversias xurdidas ao respecto (p. 7).

Entrando a valorar de xeito máis prolixo o corpo da obra, débese sinalar que o primeiro capítulo, elaborado polo catedrático de Dereito Financeiro e Tributario da Universidade de Santiago de Compostela César García Novoa, versa sobre a indispoñibilidade do crédito tributario en situacións concursais e preconcursais. Para o efecto, partindo da análise da dogmática tradicional do principio de indispoñibilidade do tributo e do concepto relativo a este termo no ámbito do dereito privado, procédese a unha exposición do carácter indispoñible do crédito a favor da facenda pública no proceso concursal, enmarcándoo na máis recente normativa da Unión Europea na materia e no seo da nova lexislación concursal. Esta análise efectúaa tomando en consideración o crédito tributario como privilexiado e os posibles convenios a que se pode chegar entre Administración tributaria e debedor, tratando nun momento final institucións á marxe do concurso como son os acordos de refinanciamento e acordos extraxudiciais de pagamento.

No segundo capítulo, elaborado pola codirectora Gabriela Ulas Patiño, trátase a relevancia dos créditos tributarios nos procesos concursais actuais. Así, a autora parte da suma importancia que teñen os tributos na organización política e social actual (en concreto, efectuando unha análise da súa relevancia configuradora en termos comparativos entre a Constitución española e a da nación arxentina, *vid.* pp. 63-65), para efectuar un estudo posterior dos principios que informan os procesos concursais e o dereito tributario. Nesta análise, dada conta de que as dúas disciplinas xurídicas se fundamentan nos principios xerais do dereito, aos que se lles unen as súas respectivas especialidades (p. 68), a autora aprecia distintas afinidades e diferentes puntos de colisión cuxa fricción resulta de interese no desenvolvemento do procedemento concursal, procedéndose finalmente a expor a relevancia que teñen os créditos tributarios nestes procesos.

Pola súa banda, o terceiro capítulo, escrito polo profesor titular en Dereito Financeiro e Tributario da Universidade de Alcalá de Henares Manuel Lucas Durán, versa sobre a natureza dos créditos tributarios como “créditos contra a masa” e as implicacións xurídicas que entraña esta cualificación legal. Para iso, tras realizar unha serie de consideracións preliminares, aténdese ao principio de universalidade do artigo 251 da Lei concursal para observar a cualificación que xera que o crédito tributario se integre na masa pasiva, coa conseguinte relevancia que iso presenta ao ter a Administración concursal que deducir da masa activa os bens e dereitos necesarios para a súa satisfacción (p. 93). Posteriormente, o autor procede a analizar cales son os distintos créditos tributarios, efectuando este exame á luz da doutrina

xurisprudencial e facendo distintas críticas segundo a ordenación legal vixente, ofrecendo finalmente unha serie de conclusións do estudo realizado.

O cuarto capítulo, confeccionado pola contadora pública e profesora da Universidade de Bos Aires Lourdes Turcumán, ten por obxecto o estudo do crédito tributario no concurso das pemes. Esta análise lévase a cabo partindo da celeberríma doutrina do conflito de límites entre intereses individuais e colectivos desde a perspectiva do dereito tributario (así, dado que os impostos xorden a partir da vida do home en comunidade para financiar a presenza dun Estado regulador e a busca do ben común, no caso de conflito entre concursado e o interese xeral manifestado no crédito tributario debe primar este último, cfr. pp. 140-142). Expostas estas consideracións, a autora leva a cabo un exame das particularidades dos privilexios nos créditos de orixe tributaria no ordenamento xurídico da República Arxentina, tanto desde a normativa civil como mediante o estudo da súa Lei de concursos e quebras. Nun momento posterior, indágase na dificultosa posibilidade de chegar a un acordo entre administracións tributarias e concursado.

Polo que respecta ao capítulo cinco, elaborado polo inspector de Facenda do Estado Domingo Carbajo Vasco, mediante el trátanse os privilexios dos créditos tributarios determinados pola normativa concursal. Para o efecto, tras expor o autor unha serie de consideracións xerais, efectúase un exame lexislativo, doutrinal e xurisprudencial da cualificación no concurso dos créditos a favor da Administración tributaria, coa consabida relevancia que no procedemento iso implica. Esta análise ten lugar tanto respecto aos créditos tributarios que merecen a cualificación de privilexiados como, nun momento posterior, con respecto a aqueles que teñen a clasificación de ordinarios.

No seguinte capítulo, cuxo autor é o contador público e profesor da Facultade de Ciencias Económicas da Universidade de Bos Aires, lévase a cabo un exame da participación da Administración tributaria no proceso concursal arxentino. Para iso, partindo dunha breve introdución, analízase a posición do erario público como acreedor durante a etapa do concurso preventivo en Arxentina, interesándose de xeito especial pola súa exclusión no cómputo das maiorías e as consecuencias que durante a súa tramitación iso lle supón. Estes aspectos son analizados de xeito crítico, invitando a unha interesante reflexión se se analiza de modo comparativo coa normativa española, especialmente no que respecta a normas internacionais comúns (*verbi gratia* os convenios da OIT dos que España tamén forma parte).

O capítulo 7, elaborado polo avogado e profesor de Dereito Comercial e Tributario da Universidade de Bos Aires Marcelo Castrogiovanni, realiza un interesante estudo da Directiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeo e do Consello, do 20 de xuño de 2019, e a súa perspectiva sobre os créditos tributarios no concurso. Así, partindo o autor da exposición do panorama xeral en que se enmarca a aprobación desta norma europea e da solución que supón fronte ás situacións de insolvencia a “segunda oportunidade”, efectúase unha análise máis exhaustiva da posición dos créditos públicos no procedemento, prestando o seu maior interese na obriga tributaria. Nun momento posterior, trátase, traendo a colación abundante xurisprudencia, a responsabilidade

regap



RECENSIONES

tributaria dos administradores societarios e, finalmente, criticase a exclusión dos consumidores do ámbito de aplicación da directiva (*vid.* p. 218).

No oitavo capítulo da obra, desenvolvido polo profesor contratado doutor da Universidade Nacional de Educación a Distancia Rafael Sanz Gómez, trátanse os distintos medios alternativos para a solución de conflitos pola Administración tributaria ante o concurso de acredores. Para iso, partindo dos datos ofrecidos pola AEAT e o INE relativos á débeda afectada por procesos concursais, así como das posibles actuacións que pode realizar a Administración no seu desenvolvemento, efectúase unha análise onde, *prima facie*, se examina de xeito transversal o concepto de acordo en materia tributaria e os principios e regras que deben cumprirse para poder ser adoptados. Nun momento posterior, o autor analiza os distintos mecanismos de solución de conflitos de que están dotadas estas administracións, tanto nas situacións preconcursais (mediante tramitación de aprazamentos e fraccionamentos e acordos de pagamento) como os que se poden dar unha vez que foi ditado o auto de declaración de concurso (facendo especial fincapé nos presupostos, contido e execución dos acordos a que se chegou).

No seguinte capítulo, o avogado e profesor da Universidade de Bos Aires Rubén Morcecian, trata o sobreendebadamento do consumidor e os créditos de dereito público. Para iso, efectuando unha serie de consideracións previas respecto ao fenómeno do consumo e o crédito no mercado, trátase a problemática e as consecuencias que leva consigo o sobreendebadamento, distinguíndoo da situación de insolvencia, así como a garantía que implica o principio de responsabilidade patrimonial universal. Tras iso, o autor trata o desenvolvemento do proceso concursal do consumidor e a problemática que presentan os créditos de dereito público, efectuando para iso un interesante estudo comparado entre a regulación arxentina e a española.

Finalmente, o décimo capítulo, elaborado polo profesor da Universidade de Valencia e avogado Domingo García Núñez, ten por obxecto o estudo da responsabilidade tributaria no concurso de acredores das persoas xurídicas, para o cal, tras partir do principio de responsabilidade patrimonial que teñen estas entidades, se efectúa un exame máis prolixo da posición xurídica que no concurso teñen os seus administradores, apoderados, terceiros e socios. Nun momento posterior, realízase unha interesante análise onde se examina o paralelismo existente entre a Lei xeral tributaria e as normas da Lei concursal no relativo ao cobramento dos créditos desta natureza, examinando finalmente a derivación da responsabilidade por estas débedas aos administradores da sociedade concursada (entre outros) aos que se lles poida imputar o cumprimento.

Un exame global da obra permite extraer unha serie de aseveracións. Así, en primeiro lugar, os autores pretenden examinar os distintos campos en que se proxectan as dificultades de realización dos créditos tributarios nunha situación de por si complexa, dadas as súas múltiples variantes, como é o estado de insolvencia do debedor e a súa declaración posterior en concurso, sen centrarse para iso os autores (salvo certas excepcións) en figuras impositivas concretas, e tratando tanto créditos derivados do non pagamento anterior das cotas correspondentes aos tributos de natureza directa ou indirecta que correspondan como aquelas derivadas doutras

fontes (por exemplo, o cumprimento de obrigas materiais ou as derivadas de procedementos sancionadores).

Esta estrutura permite, acertadamente, que o lector poida obter unha serie de coñecementos multidisciplinares sobre a materia e as súas diferentes problemáticas prácticas, así como que os concursados ou administradores poidan acudir a aqueles aspectos que máis lles interesen para resolver as súas dúbidas, pretensión que, como xa se apreciou, resulta primordial para os autores.

Iso xera que, tanto pola súa estrutura formal como pola súa calidade técnica e claridade en expresión, deba ser plenamente recomendada para a súa lectura e estudo polos interesados na materia, non só do dereito tributario, senón tamén do dereito civil e mercantil, sen prexuízo de todas aquelas disciplinas en que o seu contido puidese resultar de relevancia, práctica ou científica.

Regap



RECENSIONES





Revista Galega de Administración Pública

ISSN-L: 1132-8371

Núm. 64, julio-diciembre 2022 \ Number 64, July-December 2022

## Sumario/Summary

### 1 ESTUDIOS / STUDIES

- Francisco Velasco Caballero**  
 Financiación de los municipios pequeños y despoblación ..... 227  
*Financing of small municipalities and depopulation*
- José Ángel Oreiro Romar**  
 Responsabilidad patrimonial por el impacto de la normativa COVID-19  
 en el ejercicio de las actividades económicas ..... 269  
*Patrimonial liability due to the impact of the COVID-19 regulation when  
 exercising economic activities*
- Santiago González-Varas Ibáñez**  
 Responsabilidad patrimonial y COVID ..... 297  
*Patrimonial liability and COVID*
- Omar Bouazza Ariño**  
 La respuesta de la Administración contra la homofobia y su control  
 jurisdiccional en el orden interno y europeo ..... 331  
*Response of the Administration against homophobia and its jurisdictional  
 control in the domestic and European order*

### 2 COMENTARIOS Y CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

- Francisco José Santandreu Capón**  
 La dudosa ubicación en el sistema de fuentes del acuerdo de funcionarios . . 367  
*Dubious location of civil servant agreements in the system of sources*

<b>Ángela María Viqueira Allo</b> Reclamación de las retribuciones complementarias de un puesto de categoría superior . . . . .	389
<i>Claiming supplementary remuneration for a higher-ranking post</i>	
<b>Patricia Iglesias Rey</b> El desafío del sector público ante la aplicación de la Directiva de protección del informante. Los canales de denuncia. . . . .	403
<i>The challenge of the public sector before the application of the whistleblower protection Directive. Complaint channels</i>	
<b>Francisco de Cominges Cáceres</b> Jurisprudencia contencioso-administrativa. . . . .	419
<i>Contentious-administrative jurisprudence</i>	

### 3 RECENSIONES / REVIEWS

<b>José Manuel González Dona</b> El crédito tributario en el proceso concursal. Perspectivas ante un nuevo escenario económico y legislativo . . . . .	445
---	-----

# Regap

## Estudios

# 1





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_julio-diciembre 2022 | pp. 227-268  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.4969>  
© Francisco Velasco Caballero  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 08/08/2022 | Aceptado: 29/11/2022

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

64 Regap

Financiamento dos municipios pequenos e despoboación

## Financiación de los municipios pequeños y despoblación

Financing of small municipalities and depopulation

Regap



ESTUDIOS

FRANCISCO VELASCO CABALLERO  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Madrid

<https://orcid.org/0000-0003-1055-3939>

[francisco.velasco@uam.es](mailto:francisco.velasco@uam.es)

**Resumo:** Os estudos sobre despoboación municipal non inclúen de forma relevante o sistema de financiamento local. Este estudo explora precisamente esa posible conexión. Para iso, analízanse os orzamentos para 2021 de todos os concellos de oito provincias españolas. A análise céntrase na relevancia dos ingresos tributarios propios (fronte ás transferencias) e no esforzo fiscal *per capita* de cada concello. Compróbase a través da análise que os maiores ingresos orzados corresponden a municipios moi pequenos (menores de 500 h.) e moi grandes (sobre todo, Barcelona e Madrid), aínda que os dous grupos difiren nos custos de provisión de servizos (que tendencialmente son máis altos nos municipios moi pequenos). En todos os municipios (incluídos os máis pequenos) o esforzo fiscal *per capita* é moi similar.

<sup>1</sup> Siglas utilizadas: IAE: impuesto de actividades económicas; IBI: impuesto de bienes inmuebles; IRPF: impuesto sobre la renta de las personas físicas; LBRL: Ley reguladora de las bases del régimen local; LHL: Ley de haciendas locales; PICAS: participación en los ingresos de las comunidades autónomas; PIE: participación en los ingresos del Estado.

As transferencias supramunicipais son moi relevantes para todos os municipios, sobre todo para os moi pequenos e os máis grandes. Os municipios medianos (de entre 5.000 e 20.000 h.), moi relevantes para as políticas de despoboación pola súa función vertebradora de áreas comarcais, son en xeral os que orzan menos ingresos *per capita*.

**Palabras clave:** Financiamento local, transferencias de nivelación, impostos locais, despoboación.

**Resumen:** Los estudios sobre despoblación municipal no incluyen de forma relevante el sistema de financiación local. Este estudio explora precisamente esa posible conexión. Para ello, se analizan los presupuestos para 2021 de todos los ayuntamientos de ocho provincias españolas. El análisis se centra en la relevancia de los ingresos tributarios propios (frente a las transferencias) y en el esfuerzo fiscal per cápita de cada ayuntamiento. Se comprueba a través del análisis que los mayores ingresos presupuestados corresponden a municipios muy pequeños (menores de 500 h.) y muy grandes (sobre todo, Barcelona y Madrid), aunque ambos grupos difieren en los costes de provisión de servicios (que tendencialmente son más altos en los municipios muy pequeños). En todos los municipios (incluidos los más pequeños) el esfuerzo fiscal per cápita es muy similar. Las transferencias supramunicipales son muy relevantes para todos los municipios, sobre todo para los muy pequeños y los más grandes. Los municipios medianos (de entre 5.000 y 20.000 h.), muy relevantes para las políticas de despoblación por su función vertebradora de áreas comarcales, son en general los que presupuestan menos ingresos per cápita.

**Palabras clave:** Financiación local, transferencias de nivelación, impuestos locales, despoblación.

**Abstract:** Current research on depopulation does not include the local financing scheme as a relevant item. This study explores precisely that possible connection. For this purpose, the budgets for 2021 of all the municipalities of eight Spanish provinces are analyzed. The research focuses on the relevance of own tax revenues (as opposed to transfers) and on the per capita tax effort of each municipality. The analysis shows that the highest budgeted revenues correspond to very small (less than 500 inhabitants) and very large municipalities (especially Barcelona and Madrid), although both groups differ in the costs of service provision (which tend to be higher in very small municipalities). In all municipalities (including the smallest) the fiscal effort per capita is very similar. Transfers are very relevant for all municipalities, especially for the very small and the largest ones. Medium-sized municipalities (between 5,000 and 20,000 inhabitants), which are very relevant for depopulation policies due to their role as the backbone of regional areas, are generally the ones that budget the least revenue per capita.

**Key words:** Local financing, equalisation grants, local taxes, depopulation.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 Ingresos totales por habitante. 3 Relación entre ingresos, gastos y costes. 4 Estructura de los ingresos. 5 Ingresos impositivos. 5.1 Peso relativo de los ingresos impositivos. 5.2 Ingresos impositivos por habitante. 5.3 Ingresos impositivos y capacidad económica. 6 Ingresos por transferencias. 7 Resultados. 8 Anexo metodológico.

## 1 Introducción

1. En los últimos años, la despoblación de una buena parte de España, sobre todo del interior, ha cobrado gran relevancia política y social. En general, hay un alto consenso social y político sobre la conveniencia de frenar el proceso de despoblación y, en la medida de lo posible, revertirlo. Hay consenso académico en que, al menos en el seno de la Unión Europea, las migraciones ya no resultan de la necesidad. Son opciones personales libres fundadas en los mejores *incentivos* de las grandes ciudades<sup>2</sup>. En especial, las mejores condiciones laborales y los mejores servicios públicos

<sup>2</sup> MILBERT, A., "Einführung. Landflucht? Gesellschaft in Bewegung", *Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR)*, n. 2, 2016, p. 107.

y semipúblicos<sup>3</sup>. Este consenso académico ha influido directamente en el documento de estrategia política “España 2050”<sup>4</sup>. Sentadas estas premisas, en el presente estudio se va a prestar atención a la *financiación municipal*. Se trata de averiguar si los municipios pequeños y medianos (que son los que con mayor frecuencia pierden población) cuentan con menos ingresos que los grandes, en qué medida esos ingresos provienen de impuestos propios o de transferencias supramunicipales, y qué posible relación hay entre esos ingresos y los gastos municipales. Solo comprobado un hipotético déficit financiero en los municipios pequeños y medianos tiene sentido analizar si –como se ha propuesto ya en algunos estudios<sup>5</sup> y ha sugerido el Consejo de Europa en relación con España<sup>6</sup>– hay relación causal entre la financiación municipal y la despoblación; y si una mejora en la financiación de los municipios pequeños y medianos (especialmente, mediante transferencias supramunicipales) podría dar lugar a servicios e iniciativas económicas municipales relevantes para retener y atraer población.

2. Hasta ahora la literatura académica (económica, geográfica, política y jurídica) no ha prestado atención directa a la posible correlación entre financiación municipal y despoblamiento. Más aún, los estudios sobre financiación local suelen ser *generales*, para el conjunto de los municipios españoles. Solo para algunas grandes ciudades o áreas metropolitanas hay estudios financieros específicos<sup>7</sup>. Este análisis general de la financiación local se corresponde con el tratamiento de la información presupuestaria local por el Ministerio de Hacienda, donde se *agregan* datos sobre financiación municipal por comunidades autónomas, provincias y grandes grupos de municipios en función de la población<sup>8</sup>. Por lo demás, en los estudios generales sobre financiación local, la perspectiva predominante es de autonomía y suficiencia financiera<sup>9</sup> o de equidad fiscal<sup>10</sup>, pero no hay estudios específicos sobre la conexión entre financiación local y despoblación.

<sup>3</sup> COLLANTES, F. y PINILLA, V., *¿Lugares que no importan? La despoblación de la España rural desde 1990 hasta el presente*, Prentas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2019, pp. 76 y 230; ESPARCIA, J., “La despoblación: emergencia y despliegue de políticas públicas en Europa y en España”, AA. VV., *Espacios rurales y retos demográficos, una mirada desde los territorios de la despoblación*, Asociación Española de Geografía, Valladolid, 2021, p. 94.

<sup>4</sup> OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA (coord.), *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2021, pp. 249 y 267.

<sup>5</sup> Por ejemplo, RUNTIC, D., “The fiscal equalization fund”, Runtic, D., *Local Government in Croatia. Responses to Urban-Rural Challenge*, LoGov-project EU y Eurac, 2021, p. 16. Acceso web: [www.zenodo.eu](http://www.zenodo.eu) y [www.logov-rise.eu](http://www.logov-rise.eu).

<sup>6</sup> Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 465 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Spain*, CG(2021)41-07final, 22 September 2021, § 25.

<sup>7</sup> UTRILLA DE LA HOZ, A., “Un análisis del comportamiento presupuestario de la ciudad de Madrid en términos comparados”, *Economistas*, n. 110, 2006, p. 105.

<sup>8</sup> MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, *La Hacienda local en cifras*, noviembre de 2019. Acceso web: [www.hacienda.gob.es](http://www.hacienda.gob.es).

<sup>9</sup> MEDINA GUERRERO, M., “Los recursos financieros de las diputaciones provinciales y la relación con su régimen competencial”, Caamaño Domínguez, F. (coord.), *La autonomía de los entes locales en positivo: la carta europea de la autonomía local como fundamento de la suficiencia financiera*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2003; MUÑOZ MERINO, A. y SUÁREZ PANDIELLO, J., “Reformando la financiación local: ¿un viaje o una excursión?”, *Presupuesto y Gasto Público*, n. 92, 2018.

<sup>10</sup> Por ejemplo: VILALTA, M., “La hisenda local a Catalunya: Evolució recent, situació actual i principals reptes”, *Revista catalana de dret públic*, n. 57, 2018, p. 109; CORDERO, J.M., PEDRAJA, F. y GALINDO, F., “La necesaria reforma del sistema de transferencias a los municipios: elementos clave y simulación de resultados”, *Hacienda Pública Española / Review of Public Economics*, n. 240-1, 2022, p. 125.

3. En los estudios generales sobre financiación local, la atención a los municipios pequeños se dificulta por *limitaciones metodológicas* estructurales. En primer lugar, la información financiera sobre los municipios pequeños es normalmente limitada, fragmentaria y poco concluyente, lo que motiva que los análisis sean inseguros e incompletos<sup>11</sup>. En segundo lugar, para el análisis de los municipios calificados como pequeños, normalmente se distinguen dos grupos, ambos *demasiado amplios*: los municipios de menos de 5.000 habitantes<sup>12</sup> y los municipios de entre 5.000 y 20.000 habitantes. Estos dos grupos no están definidos tanto por factores geográficos, demográficos o económicos como por una *vetusta escala normativa* que distingue, para regular los servicios municipales obligatorios (art. 26.1 LBRL), las competencias de asistencia y cooperación de las provincias (art. 36.1 LBRL) y las transferencias corrientes del Estado (art. 95.3.b.1 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2021) entre cuatro segmentos demográficos: hasta 5.000, hasta 20.000, hasta 50.000 y más de 50.000 habitantes. Estos segmentos de población, aunque tienen aún cierta relevancia normativa, ocultan diferencias importantes entre los municipios muy pequeños, pequeños y medianos.

4. Partiendo de estas inconveniencias metodológicas, las limitadas referencias académicas a los municipios pequeños se centran en las *transferencias* estatales (PIE) y autonómicas (PICA) y tienden a concluir que se dan inequidades, insuficiencias o incoherencias en las transferencias supramunicipales<sup>13</sup>, normalmente en perjuicio de los pequeños municipios rurales y en beneficio de los grandes municipios urbanos<sup>14</sup>. En este contexto, el informe ministerial para la reforma de la financiación local (2017) sugiere de modo expreso una modificación del sistema de transferencias corrientes del Estado, precisamente para corregir el peor trato de los municipios menores de 75.000 habitantes (que no sean al tiempo capitales de provincia o de comunidad autónoma) en relación con los municipios mayores<sup>15</sup>. Como en seguida se verá (gráficos 1.1 a 1.8), la importante diversidad de ingresos entre los municipios de las ocho provincias analizadas, incluso dentro de los municipios de un mismo grupo demográfico, sugiere que la unificación del régimen de transferencias corrientes estatales (suprimiendo la diferencia entre los municipios de más y de menos de

<sup>11</sup> SOLÉ-OLLÉ, A. y BOSCH, N., "On the relationship between authority size and the costs of providing local services: lessons for the design of intergovernmental transfers in Spain", *Public Finance Review*, n. 33-3, 2005, p. 352.

<sup>12</sup> Así: VALLÉS-GIMÉNEZ, J. y ZÁRATE-MARCO, A., "Tax Effort of Local Governments and its Determinants: The Spanish Case", *Annals of Economic and Finance*, n. 18-2, 2017, p. 330; y PORTILLO NAVARRO, M.J., "Los ingresos tributarios de las haciendas locales y la crisis económica", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n. 92, 2018, p. 260.

<sup>13</sup> ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., "La participación en los tributos del Estado", Marín-Barnuevo Fabo, D. (coord.), *Los tributos locales*, 2.ª ed., Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2010, p. 990.

<sup>14</sup> SUÁREZ PANDIELLO, J., "Financiación local y corresponsabilidad fiscal local: ¿ganamos con el nuevo modelo?", *Revista de Estudios Regionales*, n. 66, 2003, p. 123; MUÑOZ MERINO, A. y SUÁREZ PANDIELLO, J., "Reformando la financiación local: ¿un viaje o una excursión?", cit., p. 22; SOLÉ-OLLÉ, A. y BOSCH, N., "On the relationship between authority size and the costs of providing local services: lessons for the design of intergovernmental transfers in Spain", cit., p. 347; VILALTA, M., "La hisenda local a Catalunya: Evolución recent, situació actual i principals reptes", cit., p. 109; CORDERO, J.M., PEDRAJA, F. y GALINDO, F., "La necesaria reforma del sistema de transferencias a los municipios: elementos clave y simulación de resultados", cit., p. 126.

<sup>15</sup> MINISTERIO DE HACIENDA, *Informe de la comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación local*, 26 de julio de 2017, p. 256 (§ 256).



75.000 habitantes) por sí misma no tiene por qué generar ni mayor nivelación en los ingresos ni mayor equidad fiscal.

5. El presente estudio presta atención directa a la financiación de los *municipios pequeños*, si bien con un doble propósito instrumental: para valorar, en un segundo estadio de investigación, si el actual sistema financiero puede estar actuando negativamente sobre la *sostenibilidad demográfica* de los municipios rurales. Esta singular perspectiva analítica requiere muchas cautelas conceptuales. De entrada, hay que distinguir, como conceptos analíticos diferenciables, entre municipio pequeño y municipio rural. Tradicionalmente, la *ruralidad* es un concepto analítico no ligado sólo al tamaño demográfico, sino también a otros factores económicos (economía agraria) y culturales<sup>16</sup>. Es cierto que, desde una perspectiva estadística y normativa, la ruralidad cada vez se asocia más con la densidad demográfica, y por tanto con el tamaño demográfico del municipio (art. 3 de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural). Sin embargo, la realidad de las áreas metropolitanas muestra (sobre todo en sus segundas o terceras coronas) la existencia de municipios pequeños difícilmente calificables como rurales, tanto por su economía (propia de la urbana) como por sus indicadores culturales (también propios de los municipios urbanos). Centrar el análisis en los municipios pequeños –sin calificarlos necesariamente como rurales– permite eludir algunos prejuicios analíticos inmanentes a la idea de ruralidad. Facilita la comprensión de que hay municipios pequeños y medianos que ganan y que pierden población; que hay municipios pequeños y medianos con más y menos ingresos; y que las fuentes de ingresos de los municipios pequeños y medianos no tienen por qué ser coincidentes. Así, los municipios pequeños y medianos en el entorno de las grandes ciudades no solo no pierden población<sup>17</sup>, sino que además con frecuencia tienen una estructura de ingresos singular, basada en elevadas bases imponibles para la liquidación del IBI.

6. Para los fines de este estudio, se ha elaborado una base de datos con información detallada sobre los ingresos presupuestados para el año 2021 en todos los municipios de las provincias (o comunidades autónomas uniprovinciales) de *Madrid, Barcelona, Asturias, Cantabria, Valladolid, Jaén, Lugo y Soria*. Las especificaciones metodológicas detalladas sobre esta base de datos se describen al final de este estudio (*infra* § 57). Se toma como referencia la provincia (NUTS-3, conforme a la Nomenclatura de las Unidades Territoriales Estadísticas de la UE) por su idoneidad para analizar los fenómenos de despoblación<sup>18 19</sup>. De acuerdo con la investigación geográfica, la escala provincial permite identificar tres tipos de municipios pequeños o medianos: los que

<sup>16</sup> COLLANTES, F. y PINILLA, V., *¿Lugares que no importan? La despoblación de la España rural desde 1990 hasta el presente*, cit., p. 28.

<sup>17</sup> COLLANTES, F. y PINILLA, V., *¿Lugares que no importan? La despoblación de la España rural desde 1990 hasta el presente*, cit., p. 218.

<sup>18</sup> FOSS, O. y JUVKAM, D., *Depopulation in Europe. Some preliminary results*, Norwegian Institute for Urban and Regional Research (NIBR), Oslo, 2003, p. 29.

<sup>19</sup> Commission Staff Working Document accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee ante the Committee of the Regions "A long-term Vision for the EU's Rural Areas-Towards stronger, connected, resilient and prosperous rural areas by 2040" [COM (2021) 345 final].

se encuentran en provincias con grandes ciudades; los que tienen como referencia territorial a una ciudad intermedia; y los que están conectados a ciudades más pequeñas (como son normalmente las capitales de provincia)<sup>20</sup>. La selección de ocho provincias para este estudio pretende ser representativa de las distintas realidades locales de España, con una especial atención a los territorios con despoblación. Esto explica que, junto a la Comunidad de Madrid y la provincia de Barcelona, en las que se encuentran las dos mayores ciudades de España, así como las dos mayores áreas metropolitanas, se hayan analizado los municipios de provincias con índices de despoblación moderados (como Valladolid y Jaén) y de provincias con estadísticas de despoblación más agudas: dos del norte montañoso (Asturias y Cantabria), otra de Galicia (Lugo) y otra de la meseta castellana (Soria)<sup>21</sup>.

7. Para la formación de la base de datos de este estudio, se han consultado los documentos de información presupuestaria remitidos por cada municipio al Ministerio de Hacienda, en cumplimiento del artículo 169.4 de la Ley de haciendas locales (Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo: LHL). Para los fines de la comparación, esa base de datos presupuestaria se ha combinado con los datos oficiales de población para 2020 (año en el que se elaboran los presupuestos para 2021). De esta manera, los datos que se mencionan a continuación se refieren a ingresos presupuestados *per cápita*. Con estos datos, se han formado hasta ocho grupos de municipios, aunque no todos los grupos están presentes en las ocho provincias. En todas las provincias se ha singularizado la capital de provincia, en la medida en que normalmente es el municipio más poblado de cada provincia (excepto en Asturias) y suele cumplir una función territorial específica, como centro económico tradicional y de servicios para el conjunto de la provincia. Por otro lado, los grupos no son homogéneos. Se han formado para los objetivos específicos de este estudio y a partir de dos escalas normativas: la del artículo 26.1 LBRL (sobre servicios obligatorios); y la distinción, a efectos de transferencias estatales, entre municipios de más y menos de 75.000 habitantes (art. 111 LHL). La relación completa de los grupos de municipios por población que se utiliza en este estudio se muestra en la tabla 1.

---

<sup>20</sup> COLLANTES, F. y PINILLA, V., *¿Lugares que no importan? La despoblación de la España rural desde 1990 hasta el presente*, cit., p. 28.

<sup>21</sup> Los datos actualizados y detallados de despoblación, municipio a municipio, en el GeoPortal del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. Acceso web: <https://sig.mapama.gob.es/geoportal/>.

Tabla 1. Grupos de municipios por población.

Grupo	Población
1	Hasta 500 h.
2	Entre 501 y 5.000 h.
3	Entre 5.001 y 20.000 h.
4	Entre 20.001 y 50.000 h.
5	Entre 50.001 y 75.000 h.
6	Entre 75.001 y 100.000 h.
7	Más de 100.001 h.
8	Capital de la provincia

Fuente: Elaboración propia.

8. A partir de los presupuestos remitidos al Ministerio de Hacienda por todos los municipios de las cuatro provincias consideradas, en este estudio se han aplicado seis criterios de ordenación y análisis: (1) los ingresos totales por municipio y habitante, por todos los capítulos presupuestarios; (2) la proporción de los ingresos de origen impositivo (por los cinco impuestos municipales regulados en el artículo 59 LBRL, tanto los obligatorios como los discrecionales) respecto del total de ingresos presupuestados de cada municipio; (3) la diversidad comparada de ingresos impositivos presupuestados entre todos los municipios de cada provincia; (4) la cuantía de los ingresos impositivos per cápita para cada grupo de población; y (5) las transferencias per cápita presupuestadas por los municipios de cada grupo de población. Finalmente, los datos sobre ingresos derivados de impuestos municipales se han puesto en relación con dos indicadores de *capacidad económica* (y fiscal) en los municipios de cada provincia. Sin perjuicio de las mayores especificaciones técnicas en torno a estos indicadores, que se explican en el anexo metodológico (*infra* § 57), los dos indicadores utilizados son: la cuantía de la base imponible del IBI por habitante en cada municipio (lo que muestra el valor económico de la propiedad inmueble en cada municipio); y la renta bruta media (por habitante) gravada por el impuesto sobre la renta de las personas físicas en cada municipio. Mediante estos dos indicadores se pretende comprobar en qué medida el esfuerzo fiscal medio en cada municipio se corresponde con la mayor o menor capacidad económica (y contributiva) de los vecinos de cada municipio. En otros términos, se pretende averiguar si hay municipios que tienen baja capacidad económica y presión fiscal media o alta; y si hay municipios con mayor capacidad económica en los que el esfuerzo fiscal medio es comparativamente bajo

Regap



ESTUDIOS

## 2 Ingresos totales por habitante

9. Tal y como se muestra en los gráficos 1.1 a 1.8, para los ingresos municipales por habitante hay un alto grado de *dispersión o diversidad* entre los ayuntamientos de un mismo grupo demográfico, sobre todo en los municipios muy pequeños (menos de 500 habitantes). Dado su pequeño tamaño y población, en estos municipios la posible previsión presupuestaria de un solo ingreso impositivo inusualmente alto (por ejemplo, porque en ese municipio tiene su sede una gran empresa que tributa en el impuesto de actividades económicas), o la previsión de un ingreso por precios de una pequeña empresa municipal de transformación agraria<sup>22</sup>, o una sola transferencia de capital cuantiosa (para una infraestructura esencial, por ejemplo), puede ofrecer una cifra de financiación muy abultada<sup>23</sup>. Esas posibles cuantías extraordinarias tanto afectan al grado de dispersión estadística como a los valores medios de ingresos en los distintos grupos de población. En general, y dejando ahora al margen a los municipios muy pequeños, la diversidad en los ingresos municipales se reduce en proporción inversa a la población. Aun así, incluso en los municipios medianos (de entre 5.001 y 20.000 habitantes) se observan algunas diferencias importantes, sólo explicables por factores singulares de cada municipio. Según esto, incluso dentro de un mismo grupo demográfico hay *diferencias ostensibles* de ingresos, no explicables a través del régimen legal de financiación local, sino por factores específicos de algunos municipios, entre los que se pueden incluir no sólo condicionantes socioeconómicos, sino también el nivel de responsabilidad fiscal y las políticas públicas –más o menos activas para el aseguramiento de ingresos– de cada ayuntamiento. De las ocho provincias consideradas, Jaén es la que presenta menor diversidad de ingresos municipales per cápita, aunque hay que tener en cuenta que en esta provincia apenas si hay 5 municipios menores de 500 habitantes, y es precisamente este grupo de municipios el que en otras provincias presenta un mayor grado de diversidad en los ingresos municipales por habitante.

10. Un dato significativo es que, aunque en todas las provincias hay notables diferencias de ingresos entre los distintos municipios, el *rango en el que se mueven esas diferencias* varía de provincia a provincia. Así, aunque la mayoría de los municipios de las ocho provincias presupuestan ingresos entre 1.000 y 2.000 €/h., en el caso de Madrid, Barcelona y Valladolid hay un número considerable de municipios muy pequeños, pequeños y medianos que presupuestan en torno a los 3.000 €/h. (gráficos 1.1, 1.2 y 1.3). Estos casos son más excepcionales en Asturias, Cantabria y Lugo y por completo inexistentes en el caso de Jaén, donde ningún municipio cuantifica ingresos

<sup>22</sup> Así, por ejemplo, el municipio cántabro de San Miguel del Aguayo (145 h.) cuenta con una sociedad municipal (un vivero) cuya cifra neta de negocio (cuentas 70 del apartado D.2 del Cuestionario de información contable normalizada para pymes) es de 59.669,09 €. Esta cantidad no es en sí misma muy elevada, pero, si se contabiliza como ingreso municipal empresarial (criterio que se ha seguido en este estudio: *infra* § 63) y se suma a los ingresos municipales públicos, ofrece una alta ratio de ingresos por habitante.

<sup>23</sup> VALLÉS-GIMÉNEZ, J. y ZÁRATE-MARCO, A., "Tax Effort of Local Governments and its Determinants: The Spanish Case", cit., p. 344.

por habitante superiores a los 2.000 €. Muy llamativo es el caso de Soria<sup>24</sup>, donde las diferencias de ingresos presupuestados, incluso dentro de un mismo segmento demográfico, son muy elevadas. Esto puede explicarse por que el artículo 124.2 LHL garantiza a todos los municipios que la participación en los ingresos estatales no será en ningún caso inferior a la de 2003. Esta regla, en el caso de los municipios que pierden población de forma acelerada (los muy pequeños), les asegura un nivel relativamente alto de transferencias.

11. Sin perjuicio de la dispersión en la cifra de ingresos, se comprueba en las ocho provincias que, en valores medios, los municipios *muy pequeños* (< 500 h.) disponen de más ingresos per cápita que los demás municipios (gráficos 2.1 a 2.8). Los municipios más grandes de cada provincia –que excepto en Asturias son además capitales provinciales– presupuestan más ingresos por habitante que los demás municipios, excepto los muy pequeños, si bien en el caso de Asturias, Cantabria y Lugo los mayores ingresos de sus capitales son muy reducidos. Según esto, en las ocho provincias analizadas el gráfico de los ingresos por habitante tiene forma de “U”, más o menos marcada: en todas las provincias los municipios mejor financiados son los *muy pequeños* y el más grande (o la capital provincial, en el caso de Oviedo). A partir de ahí, la pauta general es que los municipios pequeños (de entre 501 y 5.000 h.) y medianos (de hasta 20.000 h.) presupuestan ingresos sensiblemente inferiores a los muy pequeños (< 500 h.), si bien aquí se observan más diferencias entre los municipios de las ocho provincias (en especial, en Asturias y Lugo los municipios de hasta 5.000 habitantes presupuestan más ingresos que sus capitales provinciales). Un dato destacable es que los municipios *medianos* (de entre 5.001 y 20.000 h.) casi siempre (excepto en Madrid) están en los dos segmentos más bajos de ingresos. El dato es relevante si se tiene en cuenta que estos municipios son los que muestran un mayor nivel relativo de gasto, por los mayores servicios municipales que les impone el artículo 26.1 a) LBRL<sup>25</sup>, y que la política de reto demográfico debería prestar especial atención a los municipios que vertebran la correspondiente comarca o área rural, pues incluso la subsistencia de los municipios más pequeños depende, en gran medida, de los servicios públicos y privados y de estos municipios medianos<sup>26</sup>. Por lo demás, comparadas las distintas provincias, se observa que en casi todas ellas los ingresos de los municipios medianos (de entre 5.001 y 20.000 habitantes) son homologables. La excepción es Soria, aunque aquí hay que tener en cuenta que esta provincia sólo cuenta con dos municipios en ese segmento demográfico (Burgo de Osma y Almazán) y ambos apenas sobrepasan la cifra de 5.000 habitantes. En contraste con la homogeneidad presupuestaria de los municipios medianos en las

<sup>24</sup> En el gráfico 1.8 se han suprimido los datos de dos municipios, porque al ser muy elevados distorsionan el conjunto del gráfico. Se trata, en primer lugar, del Municipio de Valdelagua del Cerro (Soria), que en el presupuesto incluye un ingreso de 424.000 € en concepto de inversiones de capital. También se ha omitido del gráfico 1.8 el Municipio de Suellacabras, que presupuesta 145.900 € de ingresos patrimoniales, lo que dividido entre sus 25 vecinos arroja una cifra de ingresos presupuestados por habitante no encuadrable en el gráfico.

<sup>25</sup> SOLÉ-OLLÉ, A. y BOSCH, N., “On the relationship between authority size and the costs of providing local services: lessons for the design of intergovernmental transfers in Spain”, cit., p. 363.

<sup>26</sup> COLLANTES, F. y PINILLA, V., *¿Lugares que no importan? La despoblación de la España rural desde 1990 hasta el presente*, cit., p. 230; ESPARCIA, J., “La despoblación: emergencia y despliegue de políticas públicas en Europa y en España”, cit., p. 137.

ocho provincias, las diferencias de ingresos presupuestados son muy acusadas *entre Barcelona y Madrid* y el resto de las capitales provinciales. En este sentido, se puede considerar que, si bien todas las capitales provinciales presentan rasgos comunes, porque presupuestan más ingresos per cápita que los demás municipios (excepto los muy pequeños), hay un patrón presupuestario específico para Barcelona y Madrid, pues sus presupuestos de ingresos son muy superiores a los de los demás municipios de sus provincias (excepto los muy pequeños).

12. La Comunidad (uniprovincial) de *Madrid*, aunque cuenta con más municipios grandes o muy grandes que todas las demás provincias, muestra el patrón común ya mencionado más arriba, representado gráficamente con la forma de “U” característica (gráfico 2.1). En este caso, además, la media de ingresos presupuestados por los municipios más pequeños (< 500 h.) incluso dobla con holgura a los ingresos por habitante presupuestados por la ciudad de Madrid. A su vez, el Ayuntamiento de Madrid casi dobla en ingresos por habitante a la media de las grandes ciudades de la Comunidad, todas ellas metropolitanas. Una singularidad llamativa de la Comunidad de Madrid es la sustancial simetría entre los municipios medianos, intermedios, grandes e incluso muy grandes (excepto Madrid). Dos aspectos son destacables de este dato. En primer lugar, que el mayor número de servicios obligatorios que afecta a los municipios de más de 50.000 habitantes (conforme al art. 26.1 LBRL) no va acompañado de una mayor previsión de ingresos presupuestarios per cápita. Esto podría explicarse porque con frecuencia los municipios medianos e intermedios (todos ellos inferiores a 50.000 habitantes) prestan muchos más servicios públicos que los legalmente obligatorios<sup>27</sup> y eso aproxima los presupuestos de todos estos municipios. De otro lado, los datos de la Comunidad de Madrid muestran que el régimen especial de transferencias corrientes estatales, fijado por el artículo 111 LHL para los municipios de más de 75.000 habitantes, no da lugar a una previsión de ingresos sustancialmente más elevada. Con ello, si bien es común considerar que este régimen especial de transferencias estatales beneficia a los grandes municipios<sup>28</sup>, tal beneficio no se aprecia *prima facie* en los presupuestos municipales. Como posible explicación, podría pensarse en que en estos municipios grandes las mayores transferencias estatales se compensan con un menor esfuerzo fiscal per cápita, pero luego se verá que esta conclusión no cuenta con soporte empírico (gráfico 6).

13. La provincia de *Barcelona* de nuevo repite el gráfico en forma de “U” que se observa en las otras provincias analizadas (gráfico 2.2). Y de nuevo los municipios más pequeños (< 500 h.) son los que presupuestan más ingresos por habitante. En concreto, la media de ingresos de este grupo duplica a la del siguiente segmento (municipios de entre 501 y 5.000 habitantes). También, al igual que ocurre con la ciudad de Madrid, la ciudad de Barcelona presupuesta muchos más ingresos per cápita que los demás municipios de la provincia, excepto los muy pequeños. Y de nuevo las diferencias son muy notables. Entre los municipios medianos (de entre 5.001 y 20.000 h.) y Barcelona hay una diferencia presupuestada de 900 € por habitante.

<sup>27</sup> VILALTA, M., “La hisenda local a Catalunya: Evolució recent, situació actual i principals reptes”, cit., p. 102.

<sup>28</sup> ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “La participación en los tributos del Estado”, cit., p. 990.

Por último, también aquí se observa, al igual que en la Comunidad de Madrid, que la referencia de los 75.000 habitantes, determinante del régimen especial de transferencias estatales conforme al artículo 111 LHL, no depara una mayor previsión bruta de ingresos. Al contrario, el grupo de municipios de más 100.001 habitantes es el que presupuesta menos ingresos per cápita en toda la provincia.

14. En el *Principado de Asturias*, comunidad uniprovincial, los municipios muy pequeños (< 500 h.) y los pequeños (< 5.000 h.) presentan los presupuestos de ingresos más elevados (gráfico 2.3). Los demás municipios presentan datos muy similares. Con muy poca diferencia respecto de los demás, Avilés (77.791 h.) es el municipio que prevé mayores ingresos por habitante, por encima de la ciudad más poblada (Gijón) y de la capital provincial (Oviedo). En todo caso, los ingresos presupuestados por estos municipios no se diferencian sustancialmente de los del grupo más numeroso (de entre 5.001 y 20.000 h.). Esto sugiere que el régimen financiero especial de los grandes municipios (art. 111 LHL) no depara por sí mayores ingresos.

15. La Comunidad uniprovincial de *Cantabria*, al igual que Asturias, muestra una *alta homogeneidad* de ingresos presupuestados entre los diversos grupos de municipios, con la única excepción de los municipios muy pequeños (< 500 h.), que prevén ingresos mucho más elevados (gráfico 2.4). Les sigue la capital provincial, Santander (173.375 h.), aunque ya con cifras muy similares a las de los demás municipios. Dada la similitud en los datos, se puede considerar que el régimen especial de grandes ciudades (art. 111 LHL) no genera por sí grandes diferencias presupuestarias.

16. En el caso de la provincia de *Valladolid*, la ya mencionada curva con forma de “U” está muy achatada (gráfico 2.5). Esto es, los municipios con más ingresos presupuestados por habitante son *los más pequeños y el más grande*. Los municipios pequeños (de hasta 5.000 h.) y medianos (de hasta 20.000 h.) presupuestan menos ingresos (téngase en cuenta, además, que en la provincia de Valladolid ningún municipio excepto la capital supera los 25.000 habitantes). Las diferencias son, además, conspicuas entre los municipios del centro y de los extremos de la “U”: la media de ingresos presupuestados de los municipios muy pequeños casi dobla a la de los municipios medianos (de entre 5.001 y 20.000 habitantes); y la ciudad de Valladolid presupuesta 1.237 € per cápita, cantidad muy superior a los 828 € per cápita que de media presupuestan los municipios medianos (de entre 5.001 y 20.000 habitantes).

17. La provincia de *Jaén* reproduce, con alguna singularidad, el gráfico en forma de “U” de las otras tres provincias (gráfico 2.6). Los municipios con mayor previsión de ingresos son tanto los más pequeños (de hasta 500 habitantes) como el más grande (Jaén). Aunque en este caso la capital provincial presupuesta incluso más ingresos que la media de los municipios más pequeños<sup>29</sup>. Con todo, hay que tener en cuenta

<sup>29</sup> Los datos de ingresos sobre la ciudad de Jaén deben leerse con una advertencia: en el presupuesto para 2021 (que es la quinta prórroga del presupuesto de 2017) se incluye como previsión de ingresos patrimoniales por concesión demanial una cantidad inusitadamente alta: 81.049.325 € (esto es, una cantidad que dobla el presupuesto de ingresos por impuestos municipales). No sólo está cantidad es inusitadamente alta, sino que, además, en la liquidación del idéntico presupuesto para 2020 (que también era prórroga del de 2017) consta que hubo un defecto de ingreso efectivo (respecto de lo presupuestado) de 80.565.508 €. Por lo demás, esta previsión presupuestaria, aunque no haya sido efectiva, no se puede considerar un error, pues también en el presupuesto de 2016 (el anterior al de 2017 prorrogado hasta 2021) figura una cantidad aproximada de 60 millones de euros por ingresos patrimoniales (concesiones demaniales y derechos de superficie). La elevada previsión de ingresos patrimoniales tiene como consecuencia que más adelante, cuando se pongan en relación sólo los ingresos imposi-

que en la provincia de Jaén sólo son cinco los municipios de menos de 500 habitantes y ninguno de ellos prevé ingresos extravagantes, alejados de la media. Por otro lado, aunque el patrón presupuestario es simétrico al de las otras provincias, en este caso las diferencias relativas son mucho menores. La mayor diferencia se da entre los municipios pequeños (de entre 501 y 5.000 habitantes) y la ciudad de Jaén en una cuantía de 559 €/h. Aquí no se puede apreciar el hipotético efecto del régimen especial de transferencias estatales propio de los municipios grandes (art. 111 LHL), al no haber ningún municipio de más de 75.000 habitantes (además de la capital).

18. Algo singular es el caso de *Lugo*, aunque no tanto como para cuestionar la curva de “U” que caracteriza la previsión de impuestos de las ocho provincias analizadas. Lugo no tiene municipios de más de 20.000 h. (excepto la capital). Con lo cual, la curva de “U” es más difícil de trazar. Con todo, se sigue observando que los municipios muy pequeños (que sólo son dos) y los municipios pequeños (de entre 501 h. y 5.000 h.), que es el grupo más numeroso, presentan los datos medios de ingresos más altos. Les sigue la capital provincial (1093 €/h.) y, ya por último, los municipios medianos (de entre 5.001 y 20.000 h.) con la cifra de 902 €/h. En este sentido, y en lo que importa para este estudio, los municipios que presupuestan menos ingresos son los medianos, que son los llamados a vertebrar sus comarcas.

19. Los datos de la provincia de *Soria* también se pueden representar gráficamente –aunque con menos nitidez– por medio de una curva en forma de “U”, donde los municipios que presupuestan más ingresos son los muy pequeños (< 500 h.) y la capital provincial. Lo singular de Soria es que tienen muchos municipios muy pequeños (164), lo que mejora la fiabilidad de la media estadística para este segmento. En cambio, tiene sólo dos municipios medianos (< 20.000 h.), Burgo de Osma (5.034 h.) y Almazán (5.411 h.). La reducida población de estos dos municipios puede explicar la similitud entre los ingresos de este grupo y los del grupo de los municipios pequeños (< 5.000 h.). Soria capital presupuesta más ingresos (1.458 €/h.) que los municipios pequeños (1.182 €/h.) y medianos (1.298 €/h.), aunque la diferencia no es tan ostensible como en Madrid, Barcelona o Valladolid.

### 3 Relación entre ingresos, gastos y costes

20. La diferencia de ingresos presupuestados per cápita entre los distintos grupos de municipios ha de ponerse en relación con el *estado de gastos* de cada presupuesto y con la estructura de *costes* de cada servicio o actividad municipal. Partimos de la premisa de que, por economías de escala y de densidad, una buena parte de los servicios municipales (aunque no todos) son considerablemente más costosos en los municipios muy pequeños y en parte de los pequeños o medianos<sup>30</sup>. Hay evidencia empírica de que los costes de servicios municipales per cápita es muy alta en los ayuntamientos

tivos y las transferencias, se observará que la suma de esos dos conceptos (que en la mayoría de los municipios alcanza al 80% de los ingresos), en el caso de Jaén arroja una cifra muy inferior.

<sup>30</sup> BEL, G., “Un análisis de los gastos municipales por el servicio de servicios sólidos urbanos”, *Revista de Economía Aplicada*, n. 38, 2005, pp. 1-28.



de 1.000 habitantes, siendo luego descendente hasta la cifra de 5.000 habitantes y volviendo a ascender luego suavemente hasta los 50.000 habitantes, a partir de donde los costes de los servicios por habitante ya se mantienen estables. La diferencia de costes entre un municipio de 1.000 habitantes y otro de 5.000 habitantes puede oscilar entre el 17 % y el 25 %<sup>31</sup> aunque las diferencias pueden ser muy ostensibles en función de qué servicios municipales se consideren, pues los servicios sociales alcanzan economías de escala a los 1.000 habitantes, mientras que la escala óptima para los servicios generales o la limpieza es de 20.000 habitantes<sup>32</sup>.

21. Teniendo a la vista el coste per cápita de los servicios municipales, en función de la escala de población, se puede considerar el mayor o menor margen financiero para que un municipio despliegue actividades y servicios atractivos para la actividad económica. Los ingresos per cápita de los municipios muy pequeños (< 500 h.), aunque son más elevados que en los municipios mayores, han de financiar costes mucho más elevados. Ello lleva a pensar que la actividad municipal necesariamente se concentra en los *servicios esenciales* u obligatorios ex artículo 26.1 LBRL, aquellos que simplemente aseguran una vida digna a todos los vecinos. Por otro lado, aunque ya se ha dicho que en el grupo de municipios *pequeños* (de entre 501 y 5.000 h.) decrecen los costes municipales per cápita, también decrecen considerablemente los ingresos (gráficos 1.1 a 1.8), lo que sumado a la falta de capacidad técnica en la mayoría de los casos puede explicar un menor despliegue de servicios y actividades locales adicionales y atractivas para la economía y la población.

22. El *mayor incremento del gasto* por los servicios municipales obligatorios (conforme al art. 26.1 LBRL) se produce en el grupo de municipios que va de los 5.001 a los 20.000 habitantes (un 6,5 % de incremento del gasto en 2005<sup>33</sup>). Justamente estos son los municipios que presupuestan menos ingresos per cápita (gráficos 1.1 a 1.8) y también los que reciben menos transferencias corrientes (gráficos 3.1 a 3.8). De ahí que, a falta de evidencia empírica de que en esos municipios se den economías de escala muy cualificadas, se pueda plantear que los municipios de entre 5.001 y 20.000 habitantes pueden adolecer de una infrafinanciación relevante en términos de despoblación, al menos en las provincias de Cantabria, Valladolid, Jaén y Lugo. Hay que insistir en que normalmente estos municipios actúan como cabeceras de comarca, y de ellos depende en buena medida la sostenibilidad de los municipios más pequeños de su entorno. La situación es similar, en términos generales, para los municipios que aquí llamamos intermedios (de más de 20.001 habitantes), donde también crecen ligeramente los costes de funcionamiento municipal sin que en paralelo aumenten significativamente los ingresos presupuestados. Y de nuevo hay que insistir en la función vertebradora de estos municipios respecto de sus correspondientes comarcas.

<sup>31</sup> SOLÉ-OLLÉ, A. y BOSCH, N., "On the relationship between authority size and the costs of providing local services: lessons for the design of intergovernmental transfers in Spain", cit., pp. 363 y 372.

<sup>32</sup> HORTAS RICO, M. y SALINAS PEÑA, P., "Determinación de la escala mínima eficiente en la provisión de bienes públicos locales", *Revista de Economía Aplicada*, n. 66, 2014, p. 39.

<sup>33</sup> SOLÉ-OLLÉ, A. y BOSCH, N., "On the relationship between authority size and the costs of providing local services: lessons for the design of intergovernmental transfers in Spain", cit., p. 363.

23. Finalmente, sólo en relación con los municipios *muy grandes* (en especial, Madrid y Barcelona) se puede hablar de una estabilización de los costes de provisión de los servicios municipales (comprobada a partir de la línea de los 50.001 habitantes) y un crecimiento notorio de los ingresos<sup>34</sup>, lo que permite actividades y servicios municipales de más calidad o complementarios, y en esa medida atractivos de la actividad económica y la población<sup>35</sup>. Téngase en cuenta que, a partir de 50.001 habitantes, los municipios grandes ya no soportan más servicios municipales obligatorios que los demás (art. 26.1 LBRL), por lo que la obtención de mayores ingresos (en especial mediante transferencias corrientes, como ocurre claramente en las ciudades de Madrid y Barcelona, aunque no de forma notoria en los demás municipios grandes: *infra* § 41 y gráficos 3.1 a 3.8) ya no se destina a financiar un estándar mínimo de servicios obligatorios, sino a incrementar su calidad o a financiar otras actividades discrecionales y servicios complementarios.

## 4 Estructura de los ingresos

24. Un concepto relevante para el análisis de la financiación municipal es el peso relativo de cada *tipo de ingresos*. Aquí solo se han considerado las tasas y precios, los impuestos municipales y las transferencias (corrientes y de capital). En su conjunto, suponen más del 90 % de los ingresos municipales. Se han dejado al margen de este estudio, por dificultades de contabilización, o por su poca relevancia cuantitativa o analítica, los ingresos patrimoniales y los ingresos financieros. El objetivo analítico ahora es la comparación entre los ingresos provenientes del esfuerzo fiscal municipal, en forma de impuestos y tasas o precios por servicios públicos, y los que proceden de transferencias (y por tanto sin esfuerzo fiscal). Las teorías generales sobre federalismo fiscal parten de la premisa de que cada nivel de gobierno debe financiarse básicamente mediante sus propios tributos, cumpliendo las transferencias una función sólo *complementaria*, por insuficiente capacidad tributaria, por la existencia de externalidades territoriales o por la gestión de servicios ajenos<sup>36</sup>. En el caso de España, las transferencias supramunicipales no cumplen tal función complementaria, sino que son un elemento central del sistema financiero, lo que explica que municipios con alta capacidad fiscal (real o potencial) reciban cuantiosas transferencias estatales (incluso por encima de la media de los demás municipios). Esta comparación entre ingresos propios e ingresos por transferencias es fundamental en la Carta Europea de Autonomía Local (1985) y determinante para entender por qué el Consejo de Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa ha declarado recientemente

<sup>34</sup> SOLÉ-OLLÉ, A. y BOSCH, N., "On the relationship between authority size and the costs of providing local services: lessons for the design of intergovernmental transfers in Spain", *cit.*, p. 347.

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ-POSE, A. y GRIFFITHS, J., "Developing intermediate cities", *Regional Science Policy and Practice*, n. 13, 2021, p. 446.

<sup>36</sup> Por todos, BIRD, R.M. y SLACK, E., *Provincial-Local Equalization in Canada: Time for a Change?*, IMFG Papers on Municipal Finance and Governance, University of Toronto, Toronto, 2021, p. 7.

que España incumple el artículo 9.5 de la Carta<sup>37</sup>, relativo a la nivelación financiera de los municipios con menos ingresos propios.

25. Como se explicó ya más arriba (*supra* § 11) y se observa más adelante en los gráficos 3.1 a 3.8, con carácter general los municipios que presupuestan más ingresos per cápita son los muy pequeños (< 500 h.) y las capitales de provincia. Es sobre todo significativo el grupo de los municipios pequeños y muy pequeños, que simultáneamente prevén altos ingresos por impuestos propios, por transferencias corrientes y por transferencias de capital. En este sentido, si bien es cierto que los municipios pequeños y muy pequeños son los que presupuestan más ingresos, no lo hacen sólo con cargo a transferencias, sino también mediante un esfuerzo fiscal similar o incluso a veces superior al de los demás segmentos de municipios<sup>38</sup>. Este alto esfuerzo fiscal permite cuestionar, al menos en términos generales, la hipótesis de la sobrefinanciación rural o de la “ilusión fiscal” en los municipios pequeños y muy pequeños. De la misma manera, si bien las ciudades más grandes suelen contar con más ingresos, esto no se debe en la misma medida a un mayor esfuerzo impositivo, sino en buena medida a cuantiosas transferencias corrientes.

## 5 Ingresos impositivos

26. Desde la perspectiva de los impuestos municipales, es conveniente utilizar dos parámetros de análisis. El primero se refiere al *porcentaje* de ingresos municipales –respecto del total de ingresos presupuestados por cada ayuntamiento– derivado del esfuerzo fiscal propio; esto es, de los impuestos recaudados por cada municipio. El segundo parámetro es el de la *carga fiscal por habitante*: cuánto paga cada vecino a su ayuntamiento. Como en seguida se verá, estos dos parámetros ofrecen resultados diferentes. Normalmente, en los *municipios pequeños y muy pequeños* el porcentaje de ingresos impositivos es bajo, en comparación con lo que presupuestan por transferencias (gráfico 5). A la inversa, en los municipios más grandes los ingresos impositivos son mayores que las transferencias. Este dato, expuesto sin mayores consideraciones en la propuesta de reforma financiera local de 2017<sup>39</sup>, indirectamente sugiere la idea de bajo esfuerzo fiscal en los municipios pequeños y muy pequeños. Sin embargo, si atendemos al esfuerzo fiscal per cápita, se comprueba que éste es elevado, o incluso muy elevado, en los municipios pequeños y muy pequeños en comparación con los más grandes. Esto significa que el mayor porcentaje de transferencias a los ayuntamientos pequeños y muy pequeños no sustituye a la financiación propia, sino que *sólo la complementa*. Que en estos municipios los ingresos impositivos sean porcentualmente inferiores a las transferencias no significa que el esfuerzo fiscal propio sea bajo, sino, probablemente, que son muy insuficientes

<sup>37</sup> Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 465 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Spain*, CG(2021)41-07final, 22 September 2021, § 225, p. 37.

<sup>38</sup> VALLÉS-GIMÉNEZ, J. y ZÁRATE-MARCO, A., “Tax Effort of Local Governments and its Determinants: The Spanish Case”, cit., p. 343; otra valoración, en relación solo con el IBI, PORTILLO NAVARRO, M.J., “Los ingresos tributarios de las haciendas locales y la crisis económica”, cit., p. 267.

<sup>39</sup> MINISTERIO DE HACIENDA, *Informe de la comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación local*, cit., p. 4 (§ 13).

para cubrir las necesidades de gasto (y es esto precisamente lo que motiva el elevado porcentaje de transferencias).

## 5.1 Peso relativo de los ingresos impositivos

27. En lo que sigue se ha prestado atención solo a los dos grupos de ingresos más relevantes cuantitativamente, los ingresos impositivos propios y las transferencias de otras administraciones públicas, que suman de media el 82 por 100 de los ingresos municipales<sup>40</sup>. Se han dejado fuera las tasas y los precios, por su moderada relevancia cuantitativa<sup>41</sup> y por su difícil identificación contable, ligada a la forma de gestión de cada servicio municipal. En general, se observa una gran *diversidad en el porcentaje de ingresos impositivos*, fundamentalmente en los municipios muy pequeños. Así se observa de forma ejemplar en el gráfico 4, referido a los ingresos impositivos presupuestados en los municipios de Valladolid. En los municipios muy pequeños, que son la abrumadora mayoría en la provincia, la diversidad de fuentes de ingresos es elevadísima, yendo desde el 75 % al 10 % de ingresos presupuestados por ingresos municipales. Entre los municipios pequeños y medianos las diferencias se reducen, oscilando entre el 30 % y el 40 %. En este punto de nuevo hay que insistir en que para los municipios muy pequeños un solo concepto de ingreso muy relevante (como una transferencia de capital elevada) afecta decisivamente a la composición de todo el presupuesto (*supra* § 9).

28. Agrupados por segmentos de población, en los municipios de las ocho provincias hay un patrón claro sobre la proporción de ingresos impositivos (directos e indirectos) respecto del total de ingresos presupuestados (gráfico 5). En todas las provincias –menos en Soria– *los municipios más pequeños (< 500 h.)* son los que presupuestan menos ingresos impositivos. En estos ayuntamientos son muy cuantiosas las transferencias; esto probablemente se deba más al mayor coste de la actividad municipal que a un menor esfuerzo fiscal (*supra* § 20). Conforme aumenta la población, crece también el porcentaje de financiación impositiva, pero no de una forma lineal: en las dos ciudades más grandes (Madrid y Barcelona), así como en Valladolid, el porcentaje de financiación impositiva es inferior al de todos los demás municipios de sus provincias (excepto los muy pequeños). Aquí se observa una diferencia importante entre *las tres ciudades más grandes* y las demás capitales de provincia, donde el porcentaje de financiación impositiva es siempre superior al de los demás segmentos demográficos. Con todo, como luego se verá, Madrid, Barcelona y Valladolid presentan un alto nivel de esfuerzo fiscal (*infra* § 30), con lo cual la baja proporción de financiación impositiva no se debe a un bajo esfuerzo fiscal, sino a una elevada cantidad de transferencias, claramente creciente en los últimos años<sup>42</sup> y, en menor medida, a los mayores ingresos por tasas y precios.

<sup>40</sup> MARÍN-BARNUEVO FABO, D., "Ingresos locales", Velasco Caballero, F. (dir.), *Tratado de Derecho Local*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 362.

<sup>41</sup> MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, *La Hacienda local en cifras*, cit., p. 137.

<sup>42</sup> MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, *La Hacienda local en cifras*, cit., p. 141.

29. También se observa que en la mayoría de las provincias (las excepciones son Asturias, Lugo y Soria) los municipios de entre 5.001 y 20.000 habitantes son los que presupuestan más ingresos impositivos. Y, correlativamente, son los que menos transferencias per cápita reciben (gráficos 3.1 a 3.8). Como muestran los gráficos 3.1 a 3.8, la mayor proporción de ingresos impositivos en los municipios de entre 5.001 y 20.000 habitantes no indica un mayor esfuerzo fiscal en estos municipios, sino menores ingresos por transferencias. Aquí podría existir un déficit relativo de financiación y, en términos de despoblación, falta de capacidad financiera para actividades municipales atractivas de la actividad económica y de la población.

## 5.2 Ingresos impositivos por habitante

30. El primer dato relevante es la alta diversidad en esfuerzo fiscal per cápita en cada provincia, e incluso dentro de cada grupo de municipios. Este es un indicio claro de que la autonomía tributaria municipal es real y de que hay diferencias ostensibles de capacidad tributaria en los distintos municipios, incluso cercanos<sup>43</sup>. En el caso de los municipios muy pequeños, la alta cifra de ingresos impositivo per cápita puede estar afectada por la existencia de “supercontribuyentes” en el IBI o en el IAE (*supra* § 9).

31. Simplificando la diversidad mediante segmentos de población, ya no siempre aparece el gráfico en forma de “U” al que ya se hecho referencia en relación con los ingresos totales por habitante (gráficos 1.1 a 1.8). Madrid, Valladolid, Lugo y Soria siguen mostrando más ingresos impositivos por habitante para los municipios muy pequeños y para las respectivas capitales, pero este dato ya no está claramente presente en Barcelona, Asturias, Cantabria y Jaén. Por otro lado, también se comprueba que entre las ocho provincias hay diferencias basales muy acusadas. En casi todos sus segmentos demográficos, los municipios de Madrid y Barcelona presupuestan un tercio más de ingresos impositivos que los correspondientes municipios de las demás provincias (gráfico 6), con lo cual, si bien hay diferencias de ingresos impositivos entre los segmentos demográficos de cada provincia, más evidente es la diferencia entre los municipios de Madrid y Barcelona y los de las demás provincias. Y aún más clara es la diferencia entre los municipios de Madrid y Barcelona y todos los demás municipios considerados (excepto los muy pequeños de Valladolid y los dos de Lugo).

32. En general, los municipios pequeños y muy pequeños muestran un *esfuerzo impositivo per cápita comparativamente alto*. En las provincias de Madrid, Valladolid, Lugo y Soria, los municipios más pequeños son también los que muestran un mayor esfuerzo impositivo per cápita (gráficos 3.1, 3.5, 3.7, 3.8 y 6), si bien ya se ha dicho que este dato es frágil, porque cualquier variación aleatoria tiene efectos muy contundentes (*supra* § 9). De hecho, este dato se suaviza mucho si se calcula la mediana estadística (que reduce la influencia de los casos extremos).

33. Más en general, en todas las provincias se observa que hay una relativa *proximidad* de esfuerzo fiscal en todos los tramos demográficos. En otros términos, por

<sup>43</sup> VALLÉS-GIMÉNEZ, J. y ZÁRATE-MARCO, A., “Tax Effort of Local Governments and its Determinants: The Spanish Case”, cit., p. 336.

regla general *los vecinos de los municipios más grandes no siempre pagan más impuestos*; y los vecinos de los municipios más pequeños contribuyen decisivamente a la financiación de sus ayuntamientos, sobre todo si se tiene en cuenta la menor capacidad contributiva de esos vecinos<sup>44</sup>, a lo que se hará referencia detallada más adelante (*infra* § 37), la escasa actividad municipal y el mayor coste per cápita de los servicios públicos en los municipios pequeños y muy pequeños (*supra* § 21). Los municipios medianos (de entre 5.001 y 20.000 habitantes) muestran en general un esfuerzo fiscal algo menor, aunque no muy alejado de los demás municipios.

34. Es llamativo que en todas las provincias consideradas haya una gran *proximidad de esfuerzo fiscal* entre los municipios más pequeños (< 500 h.) y las respectivas capitales de provincia. Una primera razón puede deberse a un *mayor coste* de los servicios municipales en los municipios muy pequeños, de lo que ya hay evidencia empírica (*supra* § 21) y que no necesariamente resulta compensado por las mayores transferencias corrientes. Una segunda razón, también desde la perspectiva del gasto, puede ser la *mayor actividad* municipal en las capitales provinciales (más allá incluso de los servicios municipales obligatorios). Del lado de los ingresos hay dos posibles razones complementarias. Es posible, en primer lugar, que en algunos municipios haya una fuerte divergencia entre el número de vecinos y el número de contribuyentes: en especial, por la existencia de propietarios de inmuebles no empadronados que tributan en el IBI<sup>45</sup>. Hay que tener en cuenta que, tratándose de municipios con muy pocos vecinos, un pequeño número de contribuyentes adicionales (no empadronados) puede afectar mucho a los ingresos impositivos per cápita. Por último, una mayor cuantía de las *bases imponibles* en las capitales municipales (en especial, las del IBI) lleva naturalmente a una mayor recaudación per cápita con los mismos tipos impositivos de los demás municipios.

35. En las provincias de Madrid y Barcelona no hay grandes diferencias en ingresos impositivos per cápita entre los municipios cuyas transferencias estatales se rigen por la PIE común y los que se rigen por el régimen especial de los municipios de más de 75.000 habitantes (art. 111 LHL). Las diferencias sólo son muy notorias para las ciudades de Madrid y Barcelona, probablemente por la cláusula de “*status quo*” mínimo que han beneficiado a ambas ciudades en las distintas reformas de la legislación financiera local<sup>46</sup>. Según esto, en el conjunto de los municipios grandes (excepto Madrid y Barcelona) no hay indicios de *ilusión fiscal*. Esto es, de que un mayor número de transferencias vaya acompañado de un menor esfuerzo tributario<sup>47</sup>. Varias pueden ser las explicaciones complementarias para este resultado. Primero, que el régimen especial de transferencias del artículo 111 LHL en realidad no genera muchos más ingresos que el sistema común, con lo que las necesidades de

<sup>44</sup> VALLÉS-GIMÉNEZ, J. y ZÁRATE-MARCO, A., “Tax Effort of Local Governments and its Determinants: The Spanish Case”, cit., p. 343.

<sup>45</sup> SOLÉ-OLLÉ, A. y BOSCH, N., “On the relationship between authority size and the costs of providing local services: lessons for the design of intergovernmental transfers in Spain”, cit., p. 364.

<sup>46</sup> ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “La participación en los tributos del Estado”, cit., p. 993.

<sup>47</sup> SOLÉ-OLLÉ, A. y BOSCH, N., “On the relationship between authority size and the costs of providing local services: lessons for the design of intergovernmental transfers in Spain”, cit., p. 366.

gasto han de cubrirse mediante impuestos municipales. Segundo, que en términos generales el esfuerzo tributario del conjunto de los municipios no es muy elevado, lo que determina que una mayor cantidad de transferencias corrientes incondicionadas (para los municipios de más de 75.000 h.) dé lugar a más gasto (en más calidad en los servicios obligatorios o en servicios o actividades adicionales, no obligatorios) y no a una reducción de los gravámenes impositivos, para lo que no hay una demanda social generalizada y relevante.

### 5.3 Ingresos impositivos y capacidad económica

36. A fin de valorar el significado del esfuerzo fiscal en cada municipio, conviene poner en relación la *carga impositiva* municipal per cápita con la *capacidad económica o contributiva*, también por habitante y en cada municipio. Esta relación se expresa en los gráficos 7.1 a 7.8. La conexión mencionada se ha hecho mediante dos indicadores de capacidad económica: las bases imponibles medias del IBI urbano por habitante en cada municipio (conforme a los valores catastrales vigentes en 2020); y la renta bruta media sujeta al IRPF en cada municipio, según las bases de datos de la Agencia Tributaria para 2019. Las tres magnitudes relacionadas (esfuerzo fiscal por habitante, base imponible media del IBI/h. y renta bruta media) son difícilmente comparables y representables de forma directa. Por ello, aquí se ha optado por una comparación sólo relativa (para cada segmento de población). De esta forma, al segmento de municipios con la magnitud más elevada en cada indicador (esfuerzo fiscal, base imponible del IBI y renta bruta media) se le ha dado el valor 100, calculándose las magnitudes de los demás segmentos demográficos por referencia a la más alta. Así, por ejemplo, si en la provincia de Soria la renta bruta media más elevada se da en el segmento de municipios más pequeños (< 500 h.), a esta magnitud se le asigna el valor 100 y, respecto de ella, el segundo segmento de municipios con renta bruta media más alta presentará una magnitud más baja (94,7, para el caso de Soria capital), y así sucesivamente. De esta manera, homogeneizando todos los valores sobre la base de 100, se pueden comparar los datos de esfuerzo fiscal y de capacidad económica en cada grupo de municipios. En la representación gráfica que sigue, cuanto más alta se encuentre la línea de los ingresos impositivos por habitante (línea azul), mayor será la correlación entre esfuerzo fiscal y capacidad contributiva. Por el contrario, cuanto más baja se encuentre la línea de los ingresos impositivos por habitante, y más alejada de las dos líneas que indican la capacidad contributiva, menor será la correlación entre esfuerzo fiscal y capacidad contributiva.

37. El análisis de los datos de las tres magnitudes reseñadas no arroja datos concluyentes, aunque sí algunas tendencias. En varias provincias (Madrid, Cantabria, Lugo y Soria) los municipios muy pequeños (< 500 h.) presentan la mayor proximidad entre los ingresos impositivos presupuestados y los valores de capacidad contributiva (en el IBI y en el IRPF). Esto significa que, en términos relativos, los vecinos de estos municipios dedican una mayor parte de su capacidad económica al pago de impuestos municipales. Por supuesto que, dado el pequeño tamaño de estos municipios (y que en el caso de Lugo este segmento sólo comprende dos municipios), esta

Regap



ESTUDIOS

conclusión general puede encontrar múltiples excepciones: porque haya propietarios que pagan IBI sin ser residentes, lo que acrece el esfuerzo impositivo per cápita de los demás vecinos, o porque en un concreto municipio residan unos pocos vecinos con mucha renta. Con todo, asumiendo las desviaciones, aquí se puede apreciar una cierta tendencia.

38. Por el otro extremo, en las *capitales de cada provincia* se observa una menor correlación relativa entre esfuerzo impositivo y capacidad económica. Así ocurre en Barcelona, Asturias, Cantabria, Valladolid y Jaén. El caso más llamativo es el de Barcelona, donde simultáneamente se da un esfuerzo fiscal comparativamente bajo y la capacidad económica más alta. En ocasiones, las capitales de provincia presupuestan importantes ingresos impositivos por habitante (lo que en principio indica un alto esfuerzo fiscal), pero esta mayor carga tributaria va pareja a una capacidad contributiva por habitante notablemente superior, con lo que a la postre el esfuerzo impositivo real, una vez puesto en relación con la capacidad económica media, es igual o menor que el de los demás municipios. Dos son las excepciones a la baja correlación entre esfuerzo impositivo y capacidad económica en las capitales provinciales. Por un lado, la ciudad de Madrid muestra mucha proximidad entre el esfuerzo impositivo por habitante y las magnitudes de capacidad económica, con lo cual, si bien es cierto que en esta ciudad la capacidad económica es sustancialmente más alta (sobre todo en renta, más que en valores inmobiliarios medios) esa mayor capacidad contributiva corre simétrica a una mayor carga impositiva per cápita. La notoria diferencia comparativa entre Madrid y Barcelona puede deberse a la propia composición demográfica de las dos ciudades: en el caso de Barcelona, los barrios periféricos con rentas más bajas no forman parte de la ciudad, sino de otros municipios metropolitanos; en cambio, Madrid sí incorpora esos barrios metropolitanos con menor capacidad económica al propio municipio. La otra excepción mencionada está en las dos capitales más pequeñas, Lugo y Soria, donde el mayor esfuerzo tributario de los vecinos no se compensa con una mayor capacidad económica media.

## 6 Ingresos por transferencias

39. Las transferencias supramunicipales (estatales, autonómicas o provinciales) constituyen el segundo gran grupo de ingresos municipales. Aunque en términos jurídicos el artículo 2.1 c) y d) LHL distingue entre las participaciones (estables e incondicionadas) y las subvenciones, más o menos discrecionales y más o menos condicionadas<sup>48</sup>, ahora se va a atender a la distinción más propiamente presupuestaria entre transferencias *corrientes* y transferencias de *capital* (aunque sin obviar que la mayor parte de las transferencias corrientes son incondicionadas y que, también, la mayor parte de las transferencias de capital están vinculadas a concretas inversiones).

40. En general, son los municipios muy pequeños (< 500 h.) y pequeños (< 5.000 h.) los que presupuestan más transferencias por habitante. A ellos les siguen las capitales

<sup>48</sup> ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., "La participación en los tributos del Estado", cit., p. 983.



de cada provincia (gráficos 3.1 a 3.8). El índice de *dispersión* dentro de cada grupo de población es muy diferente para las transferencias corrientes y las transferencias de capital. Las transferencias corrientes son relativamente homogéneas incluso para los municipios muy pequeños (donde se daba la mayor dispersión en ingresos impositivos). Esto es lógico si se tiene en cuenta que las transferencias de la PIE –que cuantitativamente son las más importantes– son muy previsibles, no dependen de la iniciativa municipal y descansan básicamente (en un 75 %) sobre la cifra de habitantes (art. 124.1 a) LHL). Muy distinto es el caso de las *transferencias de capital*. Aquí hay, de entrada, un grave déficit de datos. Son numerosos los municipios –de todos los segmentos– que en sus presupuestos no prevén ninguna transferencia de capital. Esto guarda correspondencia con el carácter más aleatorio de estas transferencias, que dependen tanto de la iniciativa municipal como de la política de gasto de cada entidad subvencionadora supramunicipal. Con todo, esta falta de previsión presupuestaria, aunque real, tiene una trascendencia limitada para explicar los ingresos municipales, pues con carácter general (salvo en los municipios muy pequeños) las transferencias de capital no son una parte determinante del presupuesto municipal.

41. Según se ha dicho, en términos generales, *cuanta menos población* tienen los municipios, mayores son las transferencias per cápita. Este patrón general parece robusto en relación con los municipios pequeños (de entre 501 y 5.000 habitantes) y los medianos (de entre 5.001 y 20.000 h.), donde los datos cuantitativos dentro de cada grupo de población son muy próximos. Más frágil es esa misma conclusión en relación con los municipios muy pequeños (< 500 h.), que muestran muy graves diferencias entre sí.

42. Tal y como se aprecia en los gráficos 3.1 a 3.8, los municipios muy pequeños (< 500 h.) y pequeños (< 5.000 h.) son los que presupuestan más transferencias de *capital* per cápita. Este dato es fácilmente explicable si se tiene en cuenta que algunos servicios municipales obligatorios (como los referidos a residuos, ciclo del agua y acceso a población) precisan de infraestructuras muy costosas. Estas costosas infraestructuras son frecuentemente financiadas por el Estado, la comunidad autónoma o la provincia, de tal manera que, al dividir el total de la correspondiente subvención entre un número exiguo de vecinos, resulta una cifra muy abultada de transferencias por habitante.

43. Más dificultades hay para explicar por qué los municipios pequeños y muy pequeños presupuestan también más transferencias *corrientes* que los demás municipios. En principio, dado que el régimen de transferencias de la PIE descansa fundamentalmente sobre la población de cada municipio (art. 124.1 a) LHL), los municipios pequeños y muy pequeños deberían contar con menores transferencias de la PIE. Ello no obstante, varias razones complementarias podrían explicar los mayores ingresos por transferencias corrientes de estos municipios.

a) En primer lugar, en el cálculo de las transferencias corrientes del Estado (PIE), que cuantitativamente son las más importantes, se incluye una variable que potencialmente puede beneficiar a los municipios más pequeños: el 12,5 % del total de la PIE ordinaria (para los municipios de menos de 75.000 h.) se reparte en función del *inverso de la capacidad tributaria*, conforme a los criterios fijados anualmente en la

Regap



ESTUDIOS

Ley de presupuestos generales del Estado. El criterio presupuestario anual descansa sobre las bases imponibles medias del IBI urbano (para 2021: art. 95.3. b) 3 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2021), lo que tendencialmente puede favorecer a los municipios muy pequeños. Con todo, este posible beneficio es limitado, porque también las leyes anuales de presupuestos introducen un coeficiente de ponderación por grupos de población que penaliza a los municipios pequeños (el coeficiente de los municipios inferiores a 5.000 h. es igual a la unidad, mientras que el coeficiente de los municipios de más de 50.000 habitantes es 1,40).

b) En segundo lugar, el artículo 124.2 LHL garantiza a todos los municipios el nivel de participación bruta en la PIE que ya tenían en 2003 (antes de la entrada en vigor de la vigente LHL de 2004). Esto significa que algunos municipios pequeños, aunque han perdido población en los dos últimos decenios, no han perdido transferencias estatales. Por eso, no reduciéndose las transferencias totales por municipio, la pérdida de población lleva aparejado un aumento de la PIE municipal per cápita.

c) En tercer lugar, los municipios pequeños y muy pequeños reciben proporcionalmente más *transferencias provinciales y autonómicas*<sup>49</sup>. Si bien en cifras globales estas transferencias son mucho menos importantes que las de la PIE, en su distribución atienden muy favorablemente a los municipios pequeños y muy pequeños. Además, cualquier transferencia corriente, cuando se divide entre un número pequeño de vecinos, arroja un resultado per cápita comparativamente alto.

4.4. A la vista de los datos sobre transferencias de la PIE, se ha hablado de *sobrefinanciación* de los municipios pequeños<sup>50</sup>. Esta calificación puede ser certera en ocasiones, aunque no siempre. La conclusión de sobrefinanciación tendría que ponerse en relación con el esfuerzo fiscal en estos municipios, expresado en ingresos impositivos per cápita (*supra* § 32), pues la lógica tributaria dificulta la coexistencia prolongada de cargas impositivas altas –comparables a las de una ciudad intermedia o grande– y la sobrefinanciación por medio de transferencias corrientes. En otros términos, allí donde hay abundantes transferencias supramunicipales resulta ilógico mantener un esfuerzo impositivo elevado. Según esto, sólo cabría hablar claramente de sobrefinanciación allí donde simultáneamente existiera una baja presupuestación con impuestos propios y una alta ratio de transferencias corrientes por habitante. Este fenómeno puede existir en algunos casos concretos, pero no se puede considerar una nota característica de los municipios muy pequeños (y menos aún de los municipios simplemente pequeños). Ya hemos visto antes cómo la carga impositiva media en los municipios muy pequeños es comparable a la de los demás municipios (*supra* § 33): en Madrid hablamos de 871 €/h. frente a los 783 €/h. de la capital; para Barcelona, la referencia es de 660 €/h. frente a los 700 €/h. de la capital; en Asturias los municipios más pequeños presupuestan 379 €/h. frente a los 440 €/h. de Oviedo; en Cantabria el contraste es entre 424 €/h. frente a los 526 €/h. de Santander; en los municipios muy pequeños de Valladolid hablamos de 605 €/h. frente a los 417 de la

<sup>49</sup> Para 2019: MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, *La Hacienda local en cifras*, cit., p. 63.

<sup>50</sup> MUÑOZ MERINO, A. y SUÁREZ PANDIELLO, J., "Reformando la financiación local: ¿un viaje o una excursión?", cit., p. 23.

capital; el dato para Jaén es de 324 €/h. frente a los 401 €/h. de la capital; en Lugo los municipios más pequeños (sólo 2) presupuestan 638 €/h. frente a los 439 de la capital; y finalmente en Soria el contraste está entre 917 €/h. de los municipios más pequeños y los 439 €/h. de la capital. A la vista de estos datos, más bien se puede sostener que probablemente las mayores transferencias a los municipios pequeños y muy pequeños no sean un indicador de sobrefinanciación, sino de mayores costes per cápita de los servicios y actividades municipales.

## 7 Resultados

45. El objeto de este estudio es comprobar si los municipios pequeños y/o rurales se encuentran peor financiados que los municipios grandes y/o urbanos, y en qué medida esta posible correlación pudiera coadyuvar al fenómeno contemporáneo de la despoblación rural. Para este fin, se han analizado los presupuestos aprobados para 2021 por todos los ayuntamientos de ocho provincias (o comunidades autónomas uniprovinciales): Madrid, Barcelona, Asturias, Cantabria, Valladolid, Jaén, Lugo y Soria. En estas provincias se han formado hasta ocho grupos de municipios para el tratamiento de los datos presupuestarios: hasta 500 h.; hasta 5.000 h.; hasta 20.000 h.; hasta 50.000 h.; hasta 75.000 h.; hasta 100.000 h.; más de 100.000 h.; y la capital de cada provincia. En el estudio se ha prestado especial atención a la relación en cada presupuesto municipal entre ingresos propios (por impuestos municipales) y por transferencias (europeas, estatales, autonómicas o provinciales).

46. El primer resultado relevante es la alta *diversidad* en la previsión de ingresos en los presupuestos municipales, incluso entre los municipios de un mismo segmento demográfico y en la misma provincia. Por ello, cualquier posible conclusión general tiene un valor sólo relativo y aproximativo. La diversidad es muy acusada sobre todo en los municipios muy pequeños (menores de 500 h.) y disminuye en proporción a la población. Hay municipios muy pequeños, en las ocho provincias consideradas, donde el esfuerzo fiscal (los impuestos que los vecinos pagan al ayuntamiento) es relativamente bajo, por comparación con la previsión de ingresos por transferencias. Pero también hay presupuestos de municipios muy pequeños que muestran un gran esfuerzo fiscal propio, comparable o superior al de las grandes ciudades.

47. Los datos presupuestarios per cápita de los municipios muy pequeños han de tomarse con cautela, porque un solo factor cuantitativo muy alto puede afectar mucho a los cocientes finales y porque en algunos de estos municipios hay una proporción importante de sujetos pasivos del IBI que no están empadronados (con lo cual, el dinero recaudado acrece ficticiamente la contribución per cápita de los vecinos sí empadronados).

48. A la vista de la diversidad en los presupuestos municipales, no se puede hablar en general ni de *inequidad fiscal* (por bajo esfuerzo impositivo) ni de *sobrefinanciación* (por transferencias) de los municipios pequeños y muy pequeños. En todos estos grupos de municipios puede haber ejemplos de los dos fenómenos, pero no hay un único patrón generalizable.

Regap



ESTUDIOS

49. En general, los municipios muy pequeños (< 500 h.) y la capital de cada provincia son los municipios que *presupuestan más ingresos*, tanto por impuestos propios como por transferencias. Los ingresos presupuestados se reducen considerablemente en el segundo segmento demográfico (de entre 501 y 5.000 h.). Los municipios medianos (de entre 5.001 y 20.000 h.) son los que presupuestan menos ingresos, tanto impositivos como por transferencias. En consecuencia, los gráficos referidos a los ingresos municipales por segmentos de población (gráficos 1.1 a 1.8) muestran como patrón general (aunque con muchos matices) una característica forma de “U”, de tal manera que son los *municipios muy pequeños y la capital* de cada provincia quienes presupuestan más ingresos. Los municipios pequeños, medianos, intermedios y grandes están normalmente por debajo de los anteriores, en el valle de la “U”.

50. De todos los segmentos de población considerados, el de los municipios medianos (de entre 5.001 y 20.000 h.) es el que normalmente presupuesta menos ingresos, tanto impositivos como por transferencias. Este dato es relevante si se tiene en cuenta la centralidad de estos municipios para la dinamización demográfica y para la vertebración económica de sus correspondientes comarcas.

51. Las mayores previsiones de ingresos de los *municipios muy pequeños y grandes* pueden tener diferentes significados si se ponen en relación con las necesidades de gastos y los costes de los servicios municipales en cada grupo poblacional. A partir de los escasos estudios económicos existentes, se puede afirmar que la *mayor financiación media de los municipios muy pequeños* (< 500 h.) guarda relación directa con el mayor coste de provisión de los servicios obligatorios municipales. En los municipios muy grandes, con menores costes de provisión de servicios municipales, las mayores previsiones de ingresos pueden estar relacionadas con una mayor calidad de los servicios obligatorios y con más servicios y actividades municipales discrecionales.

52. Los menores ingresos presupuestados en los *municipios pequeños* (de entre 501 y 5.000 h.) puede guardar relación con las economías de escala adecuadas para una parte de los servicios municipales obligatorios, que se dan en torno a los 5.000 h. En el caso de los municipios medianos (de entre 5.001 y 20.000 h.), puede existir una correlación deficiente entre una baja presupuestación de ingresos y el mayor gasto (por mayores servicios obligatorios y por el mayor coste per cápita de algunos de los servicios municipales obligatorios).

53. La financiación mediante *impuestos propios* es relativamente homogénea en todos los municipios. En los municipios pequeños y muy pequeños el esfuerzo fiscal per cápita es alto, homólogo o incluso superior al de las grandes ciudades. Para valorar el significado del esfuerzo fiscal en cada municipio, es necesario poner en relación la carga impositiva per cápita con indicadores de capacidad económica y tributaria (como las bases imponibles del IBI y la renta bruta media en cada municipio). De esta conexión no derivan resultados claros, aunque sí se puede hablar de que en los municipios muy pequeños, pequeños y medianos hay mayor proximidad entre el esfuerzo fiscal per cápita y la capacidad económica. Dada la homogeneidad en la carga impositiva per cápita en la mayoría de los municipios, y dado que normalmente en estos municipios la propiedad inmueble tiene menos valor y las rentas son más

bajas, el *esfuerzo fiscal real* de los vecinos de estos municipios puede ser comparativamente más elevado.

54. Las mayores previsiones de *transferencias* –fundamentalmente estatales– se dan en los municipios muy pequeños y en las capitales provinciales. Las *transferencias de capital* sólo son relevantes en los municipios pequeños y muy pequeños. Las *transferencias corrientes* son importantes en todos los municipios. Los municipios muy pequeños presupuestan altos ingresos por transferencias corrientes. Le siguen las capitales provinciales. Los municipios medianos e intermedios presupuestan menos transferencias corrientes.

55. En general, se puede hablar de una mejor condición financiera –gracias a las transferencias corrientes– de *Madrid y Barcelona*. Las demás capitales provinciales, si bien cuentan con importantes transferencias corrientes, no se alejan en exceso de la media de los demás municipios de su provincia. Es muy singular el caso de Barcelona, que muestra un esfuerzo fiscal moderado, pero presupuesta importantes transferencias corrientes.

56. A la vista del peso relativo de las transferencias para cada segmento de municipios, en general se puede afirmar que el sistema financiero local muestra *escasa nivelación vertical*, por medio de transferencias<sup>51</sup>. Favorece a dos grupos de municipios: los muy pequeños y los muy grandes (sobre todo, por este orden, a Barcelona y Madrid). El significado práctico de estas mayores transferencias pudiera ser diverso. En el caso de los municipios más pequeños, las mayores transferencias per cápita pudieran guardar relación directa con los mayores costes de los servicios municipales (lo que explicaría que en estos municipios con elevadas transferencias también haya un alto esfuerzo fiscal medio). En el caso de los municipios muy grandes, donde normalmente se dan mayores economías de escala y de densidad, las mayores transferencias corrientes pueden dar lugar a mejores servicios obligatorios y a un mayor gasto no obligatorio, factores estos que pueden ser relevantes para la atracción de población y de actividad económica.

## 8 Anexo metodológico

57. Para la realización de este estudio, se han tomado varias opciones metodológicas que, lógicamente, condicionan los resultados. De todas ellas se da cuenta en los párrafos que siguen.

58. Este estudio descansa fundamentalmente sobre tres grupos de datos: los presupuestos municipales para 2021 (normalmente aprobados en 2020); las declaraciones de las personas físicas ante la Agencia Tributaria, para la liquidación del IRPF de 2019; y las bases imponibles del IBI (conforme a las valoraciones de la Dirección General del Catastro) vigentes en 2020. Esto es, si bien los presupuestos municipales considerados son los que han regido en el año 2021, las previsiones de

<sup>51</sup> En el mismo sentido: VILALTA, M., “La hisenda local a Catalunya: Evolució recent, situació actual i principals reptes”, cit., p. 109.

ingresos en esos presupuestos se han realizado conforme a los datos económicos existentes en 2020 o 2019.

59. A fin de identificar patrones o tendencias, los municipios analizados en este estudio se han agrupado por *grupos de población*, según los datos demográficos oficiales publicados por el Instituto Nacional de Estadística referidos a 2020 (Real decreto 1147/2020, de 15 de diciembre, por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del padrón municipal referidas a 1 de enero de 2020). Se ha partido de los grupos de población utilizados para fines estadísticos por el Ministerio de Hacienda, pero a esos grupos se han añadido otros. A efectos estadísticos, y siguiendo la escala que marca el artículo 26.1 LBRL para la fijación de servicios obligatorios, el Ministerio de Hacienda distingue entre municipios de hasta 5.000, 20.000 y 50.000 habitantes. A estas agrupaciones el Ministerio añade, como propia, la de hasta 100.000 habitantes. A los efectos de este estudio, centrado en los problemas de la despoblación rural, se ha desagregado el grupo de municipios menores de 500 habitantes, que es muy numeroso en algunas provincias de la meseta y que muestra singularidades financieras notorias. También, a fin de valorar el efecto de centralidad comarcal o regional de las capitales provinciales, no necesariamente correlativo a su población, estas ciudades se han considerado como un segmento singular. Por último, también se han distinguido los municipios con más de 75.000 habitantes –que se encuentran sólo en la mitad de las provincias analizadas– a fin de rastrear los posibles efectos financieros del régimen especial de grandes municipios que establece el artículo 111 LHL.

60. Los datos sobre ingresos municipales se han tomado de la *web del Ministerio de Hacienda*. En esta web, en la sección correspondiente a la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local, se publican las fichas-resumen de los presupuestos aprobados por cada ayuntamiento, remitidas al Ministerio en cumplimiento de la obligación establecida por el artículo 169.4 LHL y desarrollada por la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre. Lo que publica el Ministerio son fichas planas, con datos no tratables mediante aplicaciones informáticas, por lo que ha sido necesaria la extracción y tratamiento manual de los datos, a fin de constituir varias bases de datos tratables en formato Excel, una por cada una de las ocho provincias. Dado que el presente estudio se ha realizado con el apoyo de un proyecto de investigación de la Unión Europea (LoGOV), y siguiendo las prescripciones ligadas a esta financiación, las bases de datos son de libre acceso mediante el portal de divulgación de la Unión Europea (*Zenodo*).

61. En el estudio se han analizado los datos presupuestarios de ingresos de todos los municipios correspondientes a ocho provincias. En total, el número de municipios analizados es de 1.019, aunque una parte pequeña de ellos (no necesariamente los más pequeños) no han cumplido con la obligación legal de información al Ministerio de Hacienda. A fin de evitar distorsiones en las medias aritméticas, estos municipios han sido excluidos de las correspondientes bases de datos. Dado el alto número de ayuntamientos existentes en España, en esta fase de investigación el análisis no podía incluir a las 50 provincias españolas. Por ello, se ha hecho una selección

representativa de la diversidad territorial, demográfica y política de España. Cada una de las ocho provincias pertenece a una comunidad autónoma distinta (o es en sí misma una comunidad autónoma, como ocurre con Madrid, el Principado de Asturias y Cantabria). Entre las ocho provincias están las que incluyen las dos mayores ciudades de España (Madrid y Barcelona), dos provincias con pérdidas moderadas de población (Valladolid y Jaén) y otras cuatro provincias con problemas de despoblación más agudos (Asturias, Cantabria, Lugo y Soria). Los índices de despoblación se han tomado del Sistema Integrado de Datos Municipales (SIDAMUN) de la Secretaría General para el Reto Demográfico.

62. Los datos de ingresos analizados son sólo los correspondientes a los presupuestos municipales de 2021. La magnitud de los datos tratados (los correspondientes a 1.019 ayuntamientos) dificulta, al menos en esta fase de la investigación, la adición de más ejercicios presupuestarios. En todo caso, a fin de comprobar la fiabilidad y la estabilidad de los datos analizados, los datos de 2021 se han cotejado con los analizados en los informes “Haciendas locales en cifras” del Ministerio de Hacienda correspondientes a 2018 y 2019. En este cotejo, y pese al menor nivel de desglose en los informes del Ministerio, se ha podido comprobar una alta estabilidad de los datos de ingresos.

63. Se han analizado los *presupuestos municipales consolidados* (lo que incluye el presupuesto municipal y los de sus organismos autónomos), pero no los de las posibles entidades locales menores, de los consorcios y de las mancomunidades (que en todo caso son muy secundarios, por comparación con los presupuestos municipales). Dada la diversidad de formas de gestión de los servicios municipales, y en especial la posibilidad de gestión mediante sociedades mercantiles y fundaciones municipales, a las tasas y precios municipales (recaudados por el ayuntamiento cuando gestiona directamente sus servicios) se han sumado los precios recaudados por las sociedades y fundaciones municipales. Estos ingresos se rigen por el derecho privado y no constan en el presupuesto municipal, pero sí en el “cuestionario de información contable normalizada para Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES)” que cada ayuntamiento remite al Ministerio de Hacienda, y que este publica también en su web oficial. Como referencia para localizar estos ingresos dentro del cuestionario de información contable, se han tomado los datos de las cuentas 70 (venta de mercaderías, de producción propia, de servicios, etc.) de la tabla “cuenta de pérdidas y ganancias” (modelo ordinario). Por inaccesibilidad de los datos, no ha sido posible acceder a los ingresos recaudados por empresas contratistas de servicios a los ayuntamientos.

64. En el estudio se han analizado sólo los *presupuestos aprobados o prorrogados* (tal y como se remiten por los ayuntamientos al Ministerio de Hacienda) y no los presupuestos liquidados. Esto significa que los presupuestos efectivamente ejecutados pueden mostrar algunas desviaciones en los ingresos respecto de los considerados en este estudio. La opción de analizar directamente los presupuestos aprobados, y no los liquidados, se ha tomado por tres razones: para conseguir la mayor actualidad posible de los datos; porque el número de ayuntamientos que no envían los presupuestos

Regap



ESTUDIOS

liquidados al Ministerio de Hacienda es elevado (12,42 %)⁵²; y porque la información del Ministerio de Hacienda sobre presupuestos municipales liquidados presenta un menor nivel de desglose que la referida a los presupuestos aprobados. Además, se ha partido de la premisa de que el vigente régimen de equilibrio presupuestario establecido por el artículo 11.4 de la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, ha reducido los riesgos de desviación en la ejecución presupuestaria. A fin de validar la corrección de esta premisa, se han analizado los datos sobre liquidación presupuestaria municipal del ejercicio presupuestario anterior (2020), agrupados por comunidades autónomas y actualizados a fecha de 22 de junio de 2022 (estos datos están publicados en la web oficial del Ministerio de Hacienda). Aquí se ha comprobado que son escasas las desviaciones globales entre los ingresos inicialmente presupuestados y los derechos reconocidos netos⁵³. En concreto, respecto de los presupuestos de 2020, las desviaciones medias que muestran las tablas 1.1 de las hojas Excel de cada comunidad son: en Andalucía, un exceso de derechos reconocidos del 0,77 %; en Cantabria, un exceso de derechos reconocidos, respecto de los ingresos presupuestados, del 1,5 %; en Castilla y León existe un defecto de derechos reconocidos del 3,2 %; en Galicia existe un exceso del +1,1 %; en Cataluña se da un defecto de derechos reconocidos del 1,1 %; y finalmente Madrid ofrece la diferencia más amplia: un 5 % de defecto en los derechos reconocidos. En el caso de Asturias, la web del Ministerio no ofrece datos sobre el presupuesto inicialmente aprobado. Como se ve, las diferencias entre ingresos presupuestados y derechos reconocidos netos es muy pequeña en todos los casos, lo que avala la opción de trabajar con los presupuestos aprobados, y no con los liquidados. Por supuesto que la diferencia es sensiblemente mayor si los ingresos presupuestados se comparan con los datos de recaudación líquida, pero esta última referencia presenta la dificultad de que los ingresos presupuestados aún se pueden recaudar en varios ejercicios posteriores al de referencia, lo que hace que la información sobre la recaudación líquida en cada ejercicio presupuestario sea incompleta.

65. A fin de comparar el esfuerzo fiscal propio en cada municipio con la capacidad económica y contributiva de sus vecinos, se han analizado también dos grupos de datos referidos a cada uno de los municipios de las ocho provincias: el valor medio de las bases imponibles del IBI (sobre la propiedad urbana) en 2020; y las rentas brutas medias en cada municipio, a los efectos del IRPF correspondiente a 2019, que es el último año actualizado por la Agencia Tributaria. Los valores del IBI se han extraído de la sección estadística de la Dirección General del Catastro. Los datos de rentas brutas medias se han extraído de la base de datos de la Agencia Tributaria. Esta base de datos sólo incluye información referente a los municipios de más de 1.000 habitantes, lo que lógicamente afecta a la fiabilidad de la media correspondiente al segmento de ayuntamientos de menos de 500 habitantes.

⁵² Para 2019: MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, cit., p. 13.

⁵³ Esta es la magnitud corrientemente utilizada en los estudios presupuestarios y de economía aplicada: por ejemplo, PORTILLO NAVARRO, M.J., "Los ingresos tributarios de las haciendas locales y la crisis económica", cit., p. 261.



## Bibliografía

- ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “La participación en los tributos del Estado”, Marín-Barnuevo Fabo, D. (coord.), *Los tributos locales*, 2.ª ed., Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 977-1009.
- BEL, G., “Un análisis de los gastos municipales por el servicio de servicios sólidos urbanos”, *Revista de Economía Aplicada*, n. 38, 2005, pp. 1-28.
- BEL, G., “Servicios locales: tamaño, escala y gobernanza”, *Informe IEB sobre federalismo fiscal*, Institut d’Economia de Barcelona, Barcelona, 2011, pp. 12 y ss. (p. 13).
- BEL, G. y ESTRUCH, A., “La gestión de los servicios públicos locales: ¿por qué se privatizan los servicios públicos y que efectos tiene la privatización”, *Anuario de Derecho Municipal*, n. 5, Marcial Pons e Instituto de Derecho Local, Madrid, 2012, pp. 193-206.
- BIRD, R.M. y SLACK, E., *Provincial-Local Equalization in Canada: Time for a Change?*, IMFG Papers on Municipal Finance and Governance, University of Toronto, Toronto, 2021.
- COLLANTES, F. y PINILLA, V., *¿Lugares que no importan? La despoblación de la España rural desde 1990 hasta el presente*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2019.
- CORDERO, J.M., PEDRAJA, F. y GALINDO, F., “La necesaria reforma del sistema de transferencias a los municipios: elementos clave y simulación de resultados”, *Hacienda Pública Española / Review of Public Economics*, n. 240-1, 2022, pp. 125-149.
- ESPARCIA, J., “La despoblación: emergencia y despliegue de políticas públicas en Europa y en España”, AA. VV., *Espacios rurales y retos demográficos, una mirada desde los territorios de la despoblación*, Asociación Española de Geografía, Valladolid, 2021, pp. 77-150.
- FOSS, O. y JUVKAM, D., *Depopulation in Europe. Some preliminary results*, Norwegian Institute for Urban and Regional Research (NIBR), Oslo, 2003.
- HORTAS RICO, M. y SALINAS PEÑA, P., “Determinación de la escala mínima eficiente en la provisión de bienes públicos locales”, *Revista de Economía Aplicada*, n. 66, 2014, pp. 35-65.
- MARÍN-BARNUEVO FABO, D., “Ingresos locales”, Velasco Caballero, F. (dir.), *Tratado de Derecho Local*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 357-387.
- MEDINA GUERRERO, M., “Los recursos financieros de las diputaciones provinciales y la relación con su régimen competencial”, Caamaño Domínguez, F. (coord.), *La autonomía de los entes locales en positivo: la carta europea de la autonomía local como fundamento de la suficiencia financiera*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2003, pp. 53-92.
- MILBERT, A., “Einführung. Landflucht? Gesellschaft in Bewegung”, *Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR)*, n. 2, 2016, pp. 105-109.

Regap

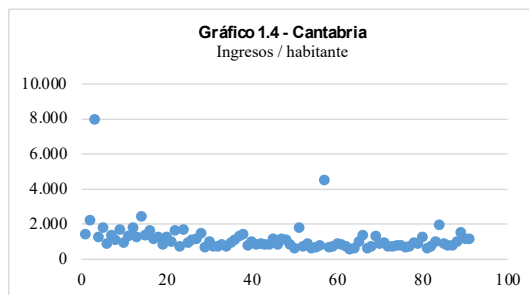
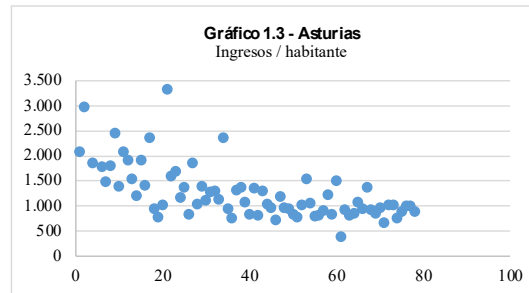
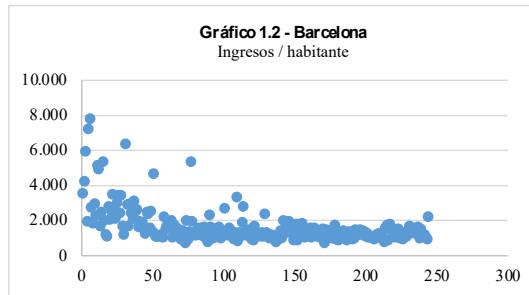
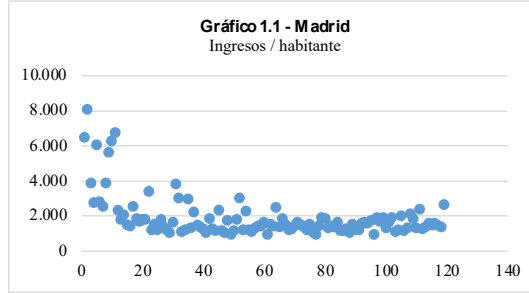


ESTUDIOS

- MINISTERIO DE HACIENDA, *Informe de la comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación local*, 26 de julio de 2017.
- MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, *La Hacienda local en cifras*, noviembre de 2019. Acceso web: [www.hacienda.gob.es](http://www.hacienda.gob.es).
- MUÑOZ MERINO, A. y SUÁREZ PANDIELLO, J., “Reformando la financiación local: ¿un viaje o una excursión?”, *Presupuesto y Gasto Público*, n. 92, 2018, pp. 19-37.
- OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA (coord.), *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2021.
- PORTILLO NAVARRO, M.J., “Los ingresos tributarios de las haciendas locales y la crisis económica”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n. 92, 2018, pp. 253-276.
- RODRÍGUEZ-POSE, A. y GRIFFITHS, J., “Developing intermediate cities”, *Regional Science Policy and Practice*, n. 13, 2021, pp. 441-456.
- RUNTIC, D., “The fiscal equalization fund”, Runtic, D., *Local Government in Croatia. Responses to Urban-Rural Challenge*, LoGov-project EU y Eurac, 2021, pp. 16-23. Acceso web: [www.zenodo.eu](http://www.zenodo.eu) y [www.logov-rise.eu](http://www.logov-rise.eu).
- SUÁREZ PANDIELLO, J., “Financiación local y corresponsabilidad fiscal local: ¿ganamos con el nuevo modelo?”, *Revista de Estudios Regionales*, n. 66, 2003.
- SOLÉ-OLLÉ, A. y BOSCH, N., “On the relationship between authority size and the costs of providing local services: lessons for the design of intergovernmental transfers in Spain”, *Public Finance Review*, n. 33-3, 2005, pp. 343-384.
- UTRILLA DE LA HOZ, A., “Un análisis del comportamiento presupuestario de la ciudad de Madrid en términos comparados”, *Economistas*, n. 110, 2006, pp. 105-121.
- VALLÉS-GIMÉNEZ, J. y ZÁRATE-MARCO, A., “Tax Effort of Local Governments and its Determinants: The Spanish Case”, *Annals of Economic and Finance*, n. 18-2, 2017, pp. 323-348.
- VILALTA, M., “La hisenda local a Catalunya: Evolució recent, situació actual i principals reptes”, *Revista catalana de dret públic*, n. 57, 2018, pp. 97-112.

# ANEXO

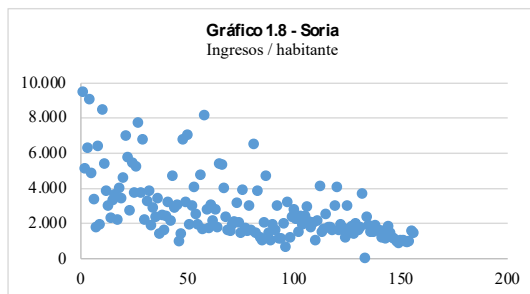
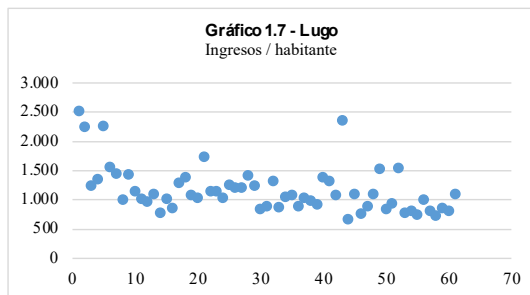
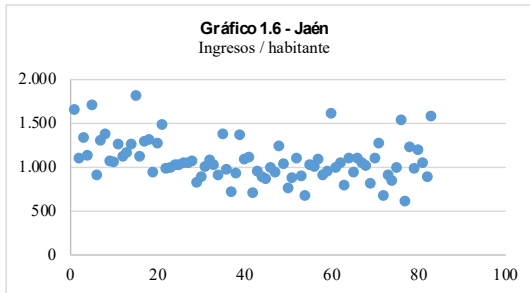
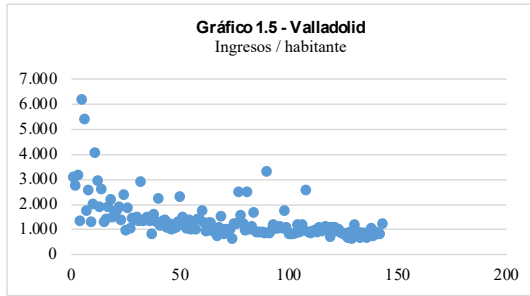
## Gráficos 1.1 a 1.8



Regap

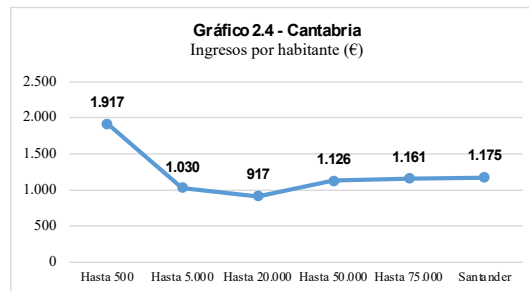
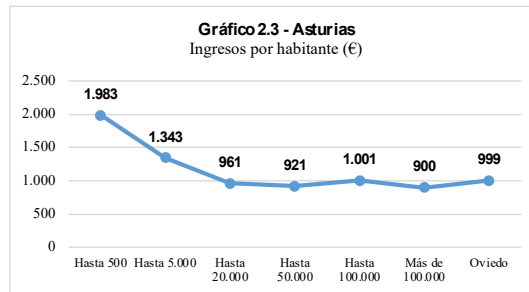
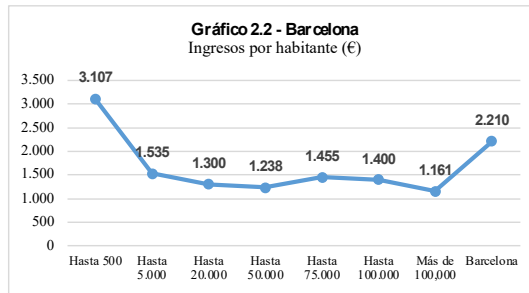
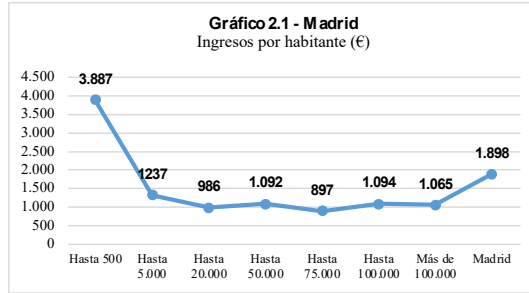


ESTUDIOS



Fuente: Elaboración propia.

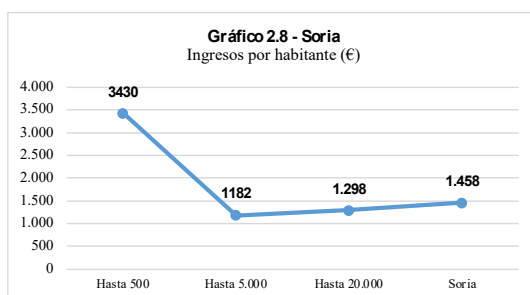
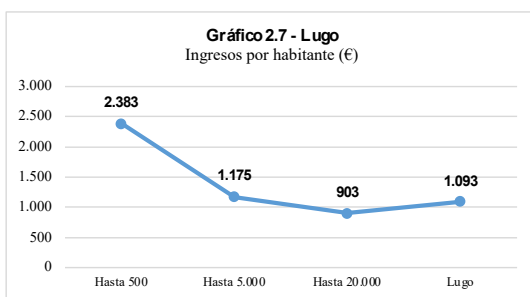
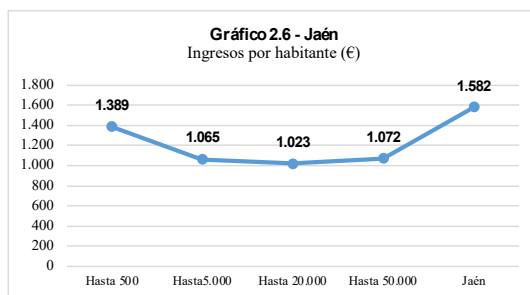
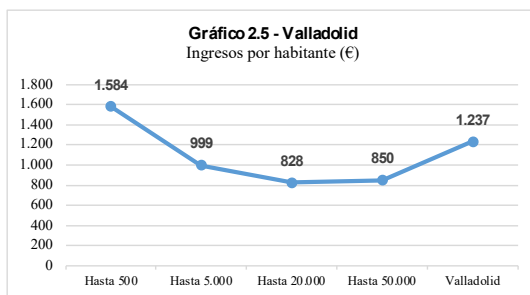
## Gráficos 2.1 a 2.8



Regap

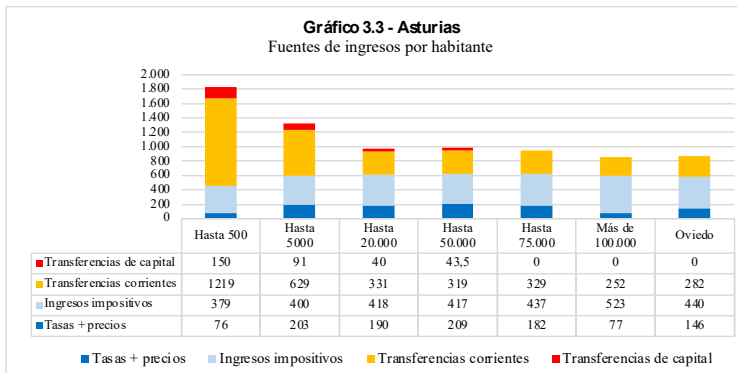
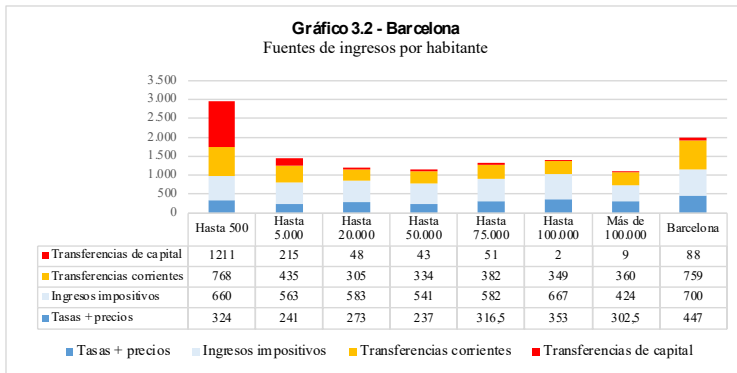
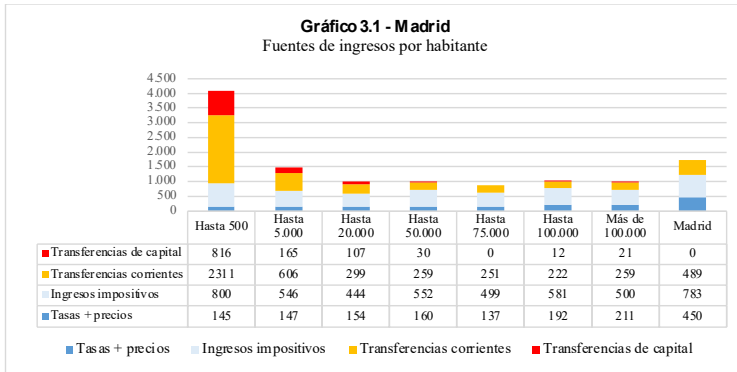


ESTUDIOS



Fuente: Elaboración propia

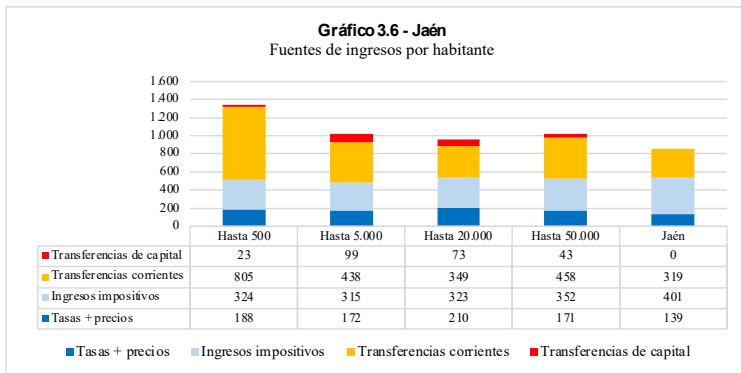
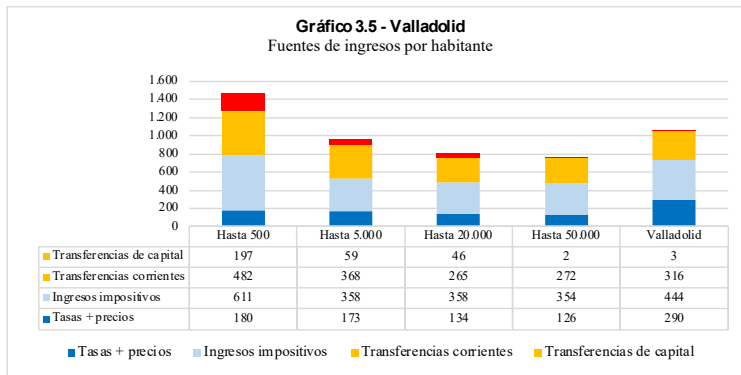
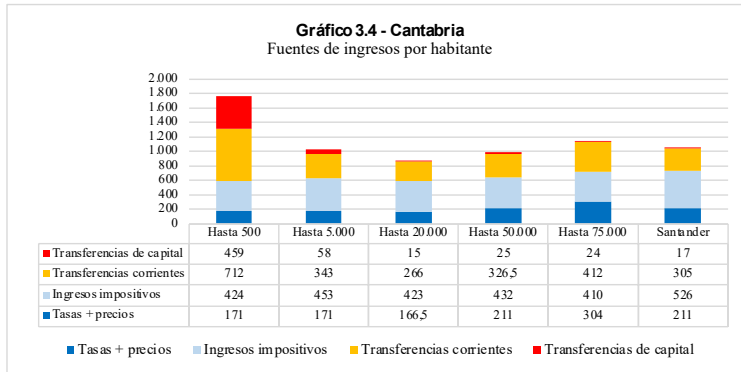
## Gráficos 3.1 a 3.8



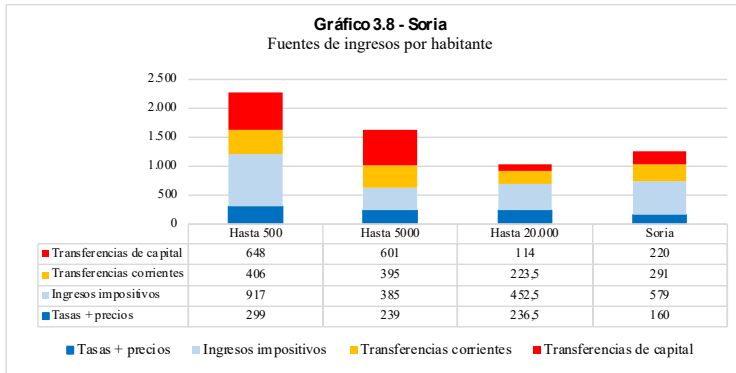
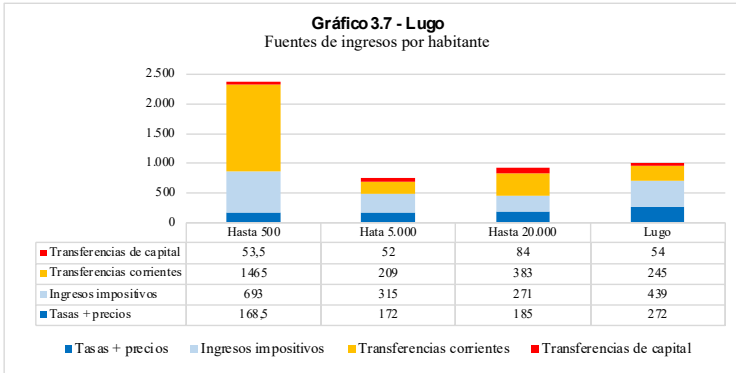
Regap



ESTUDIOS

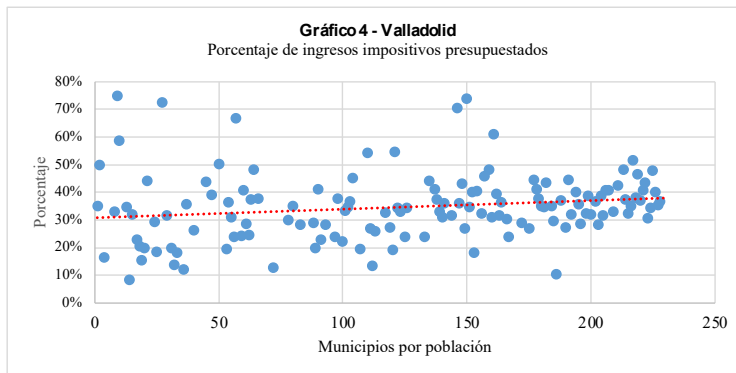






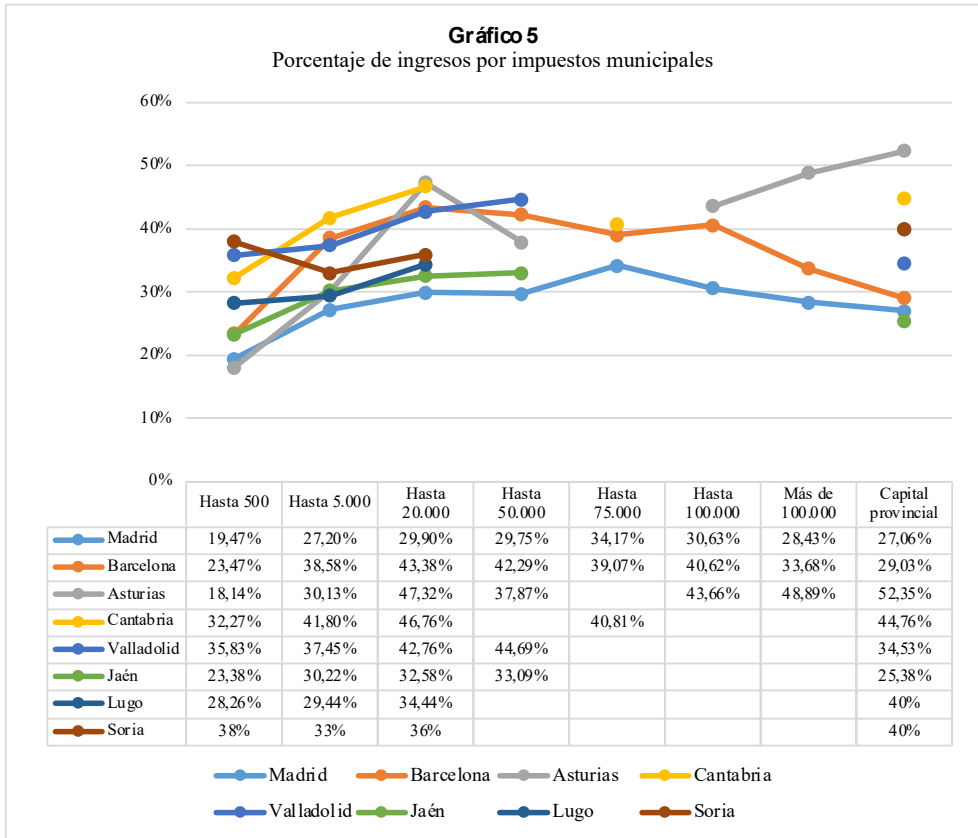
Fuente: Elaboración propia.

Gráfico 4



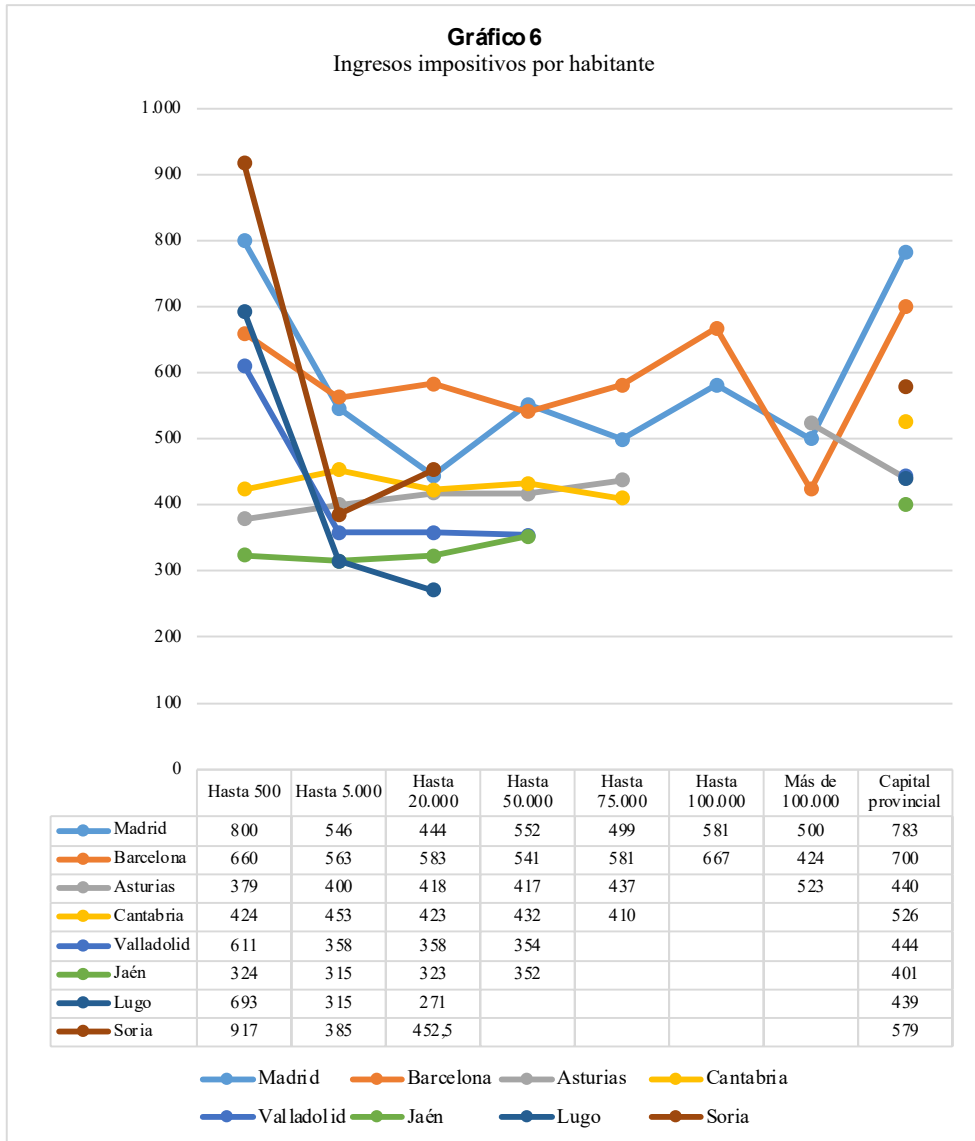
Fuente: Elaboración propia.

Gráfico 5



Fuente: Elaboración propia.

Gráfico 6



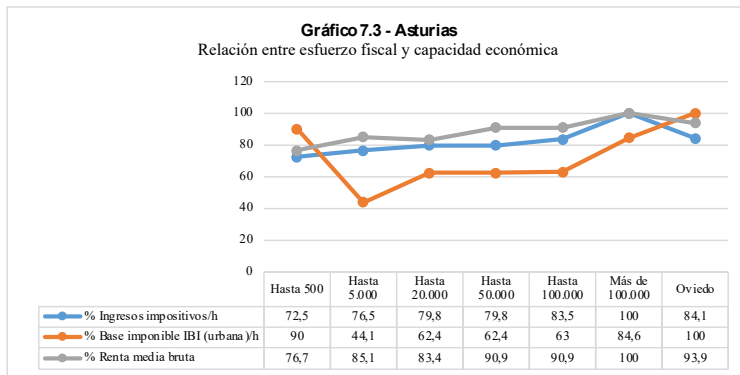
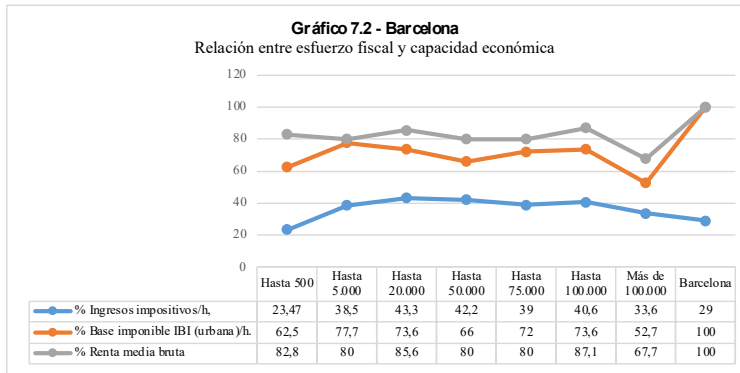
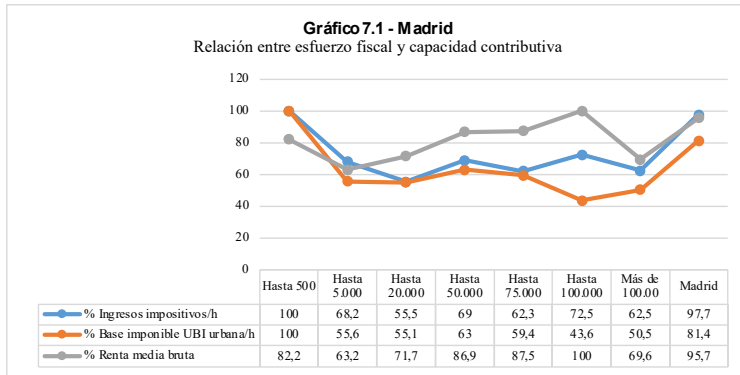
Fuente: Elaboración propia.

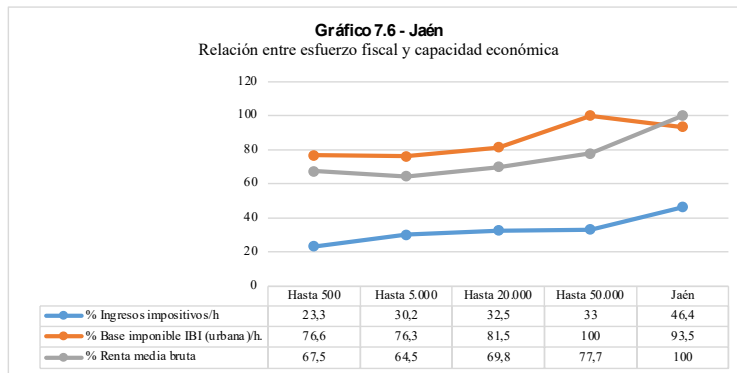
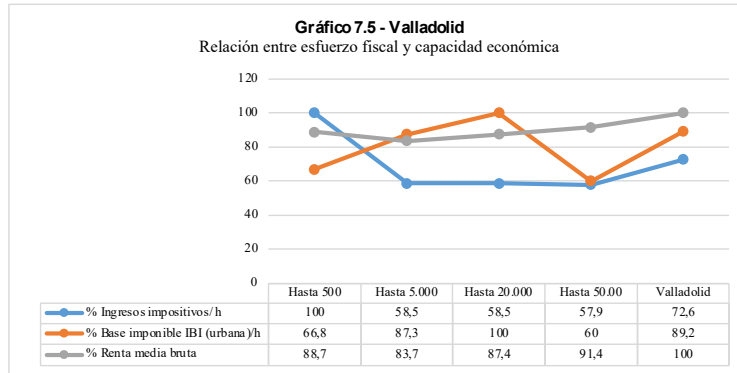
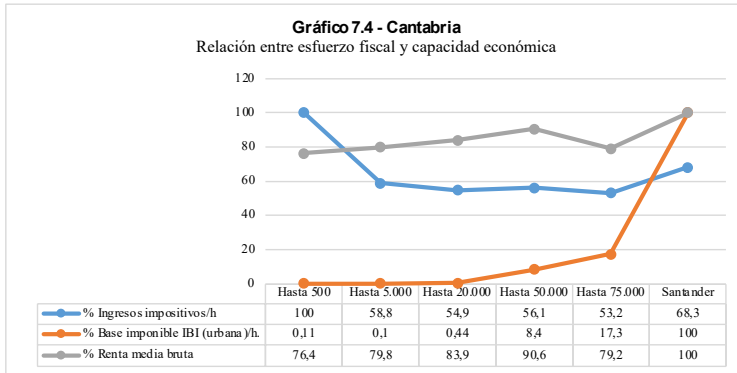
Regap



ESTUDIOS

Gráficos 7.1 a 7.8

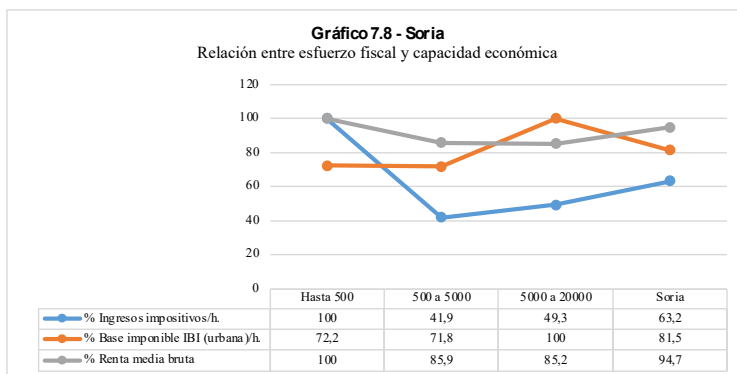
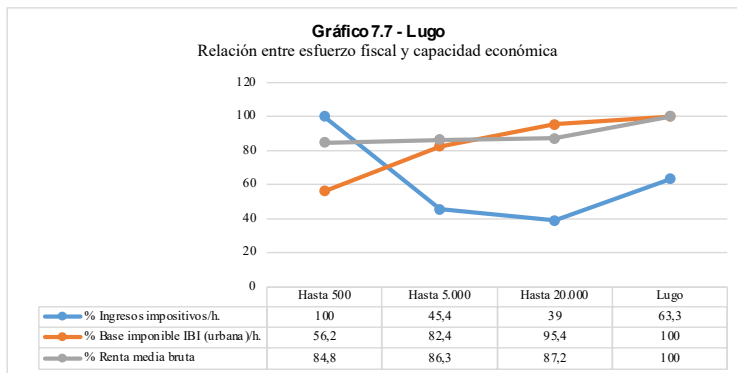




Regap



ESTUDIOS



Fuente: Elaboración propia.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_ julio-diciembre 2022 | pp. 269-295  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.4983>  
© José Ángel Oreiro Romar  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 24/10/2022 | Aceptado: 29/11/2022  
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Responsabilidade patrimonial  
polo impacto da normativa  
COVID-19 no exercicio das  
actividades económicas

## Responsabilidad patrimonial por el impacto de la normativa COVID-19 en el ejercicio de las actividades económicas

64 Regap

Patrimonial liability due to  
the impact of the COVID-19  
regulation when exercising  
economic activities

Regap



ESTUDIOS

JOSÉ ÁNGEL OREIRO ROMAR  
Secretario general del Consello Consultivo de Galicia  
Letrado de la Xunta de Galicia (exc.)  
[pepeoreiro@gmail.com](mailto:pepeoreiro@gmail.com)

**Resumo:** Como consecuencia da pandemia producida polo virus COVID-19, as administracións públicas adoptaron toda unha serie de medidas lexislativas para combater as consecuencias do virus sobre a saúde dos cidadáns e sobre o funcionamento do sistema sanitario público. Este traballo analiza a viabilidade das reclamacións de responsabilidade patrimonial encamiñadas a resarcir os prexuízos derivados do impacto destas medidas sobre o exercicio de actividades económicas e mercantís.

**Palabras clave:** Responsabilidade patrimonial, estado de alarma, COVID-19, nexo causal, antixuridicidade, responsabilidade contractual, responsabilidade concorrente, lexitimación, forza maior.

**Resumen:** Como consecuencia de la pandemia producida por el virus COVID-19, las administraciones públicas han adoptado toda una serie de medidas legislativas para combatir las consecuencias del virus sobre la salud de los ciudadanos y sobre el funcionamiento del sistema sanitario público. Este trabajo analiza la viabilidad de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial encaminadas a resarcir los perjuicios derivados del impacto de estas medidas sobre el ejercicio de actividades económicas y mercantiles.

**Palabras clave:** Responsabilidad patrimonial, estado de alarma, COVID-19, nexo causal, antijuridicidad, responsabilidad contractual, responsabilidad concurrente, legitimación, fuerza mayor.

**Abstract:** As a consequence of the pandemic caused by the COVID-19 virus, Public Administrations adopted legislative measures to avoid the devastating consequences of the virus on the citizens health and on the healthcare system. This essay analyze the viability of damage compensation claims, produced by these measures in business and economic activities.

**Key words:** Damage compensation, state of alarm, COVID-19, causal link, illegality, contractual liability, concurrent liability, legitimization, force majeure.

**SUMARIO:** 1 Marco normativo COVID-19. 2 Distribución competencial. 3 Responsabilidad patrimonial extracontractual por la afectación de la normativa COVID en el ejercicio de actividades económicas. 3.1 Consideraciones generales. 3.2 Fuerza mayor. 3.3 Legitimación pasiva y responsabilidad concurrente en las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia. 3.4 Daño efectivo, evaluable económicamente, e individualizable en relación con una persona o grupo de personas. 3.5 Nexo causal. 3.6 Antijuridicidad. 3.7 La anulación judicial de determinadas normas COVID. 4 Conclusión final.

## 1 Marco normativo COVID-19

La crisis sanitaria producida por la irrupción del virus SARS-CoV-2, comúnmente denominado COVID-19, ha producido un impacto normativo sin parangón en nuestra historia legislativa reciente. No es una exageración afirmar que no ha habido un evento sanitario o de otra índole que haya generado tantas normas en tan poco tiempo, y, de hecho, es probable que en el futuro sigan dictándose nuevas normas que de un modo u otro aborden esta problemática.

Todas las administraciones con competencias legislativas –europea, estatal y autonómica– han dictado disposiciones de diferente rango que han abordado diferentes aspectos de esta materia<sup>1</sup>.

La piedra angular de este proceso puede situarse en el artículo 116.2 de la Constitución española, y en su desarrollo legislativo a través de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de julio, que habilita al Gobierno para declarar el Estado de alarma, excepción o sitio.

De todas estas normas, es importante destacar, por haber sido la primera, el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y sus sucesivas modificaciones (Real decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; reales decretos 476/2020, de 27 de marzo; 487/2020, de 10 de abril; y 492/2020, de

<sup>1</sup> Hay dos datos que ilustran a la perfección lo que acabamos de exponer:

– El BOE ofrece en su página web un código electrónico recopilando la totalidad del derecho europeo y estatal vigente en la materia, en el que se recogen más de 300 disposiciones de diferente rango normativo, vigentes a la presente fecha y dictadas a raíz de la irrupción de la pandemia en marzo de 2020. Acceso web: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/codigos/codigo.php?id=355&modo=2&nota=1](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355&modo=2&nota=1)

– Por su parte, el Portal de transparencia y gobierno abierto de la Xunta de Galicia recoge 1.090 disposiciones, entre las que solo incluye normativa y medidas del Gobierno autonómico, es decir, sin incluir la actividad legislativa del Parlamento de Galicia. Acceso web: [https://transparencia.xunta.gal/coronavirus/normativa-autonomica?langId=es\\_ES](https://transparencia.xunta.gal/coronavirus/normativa-autonomica?langId=es_ES).



24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real decreto 463/2020).

En el ámbito autonómico, y a los efectos del presente trabajo, interesa destacar el bloque normativo conformado por toda una serie de órdenes<sup>2</sup> que regulaban diversos aspectos del ejercicio de actividades económicas, tales como los horarios, aforos y limitaciones de diversa índole en la prestación de todo tipo de servicios.

Esta intensa actividad legislativa ha dado lugar a una subsiguiente e igualmente intensa actividad jurisprudencial.

De un lado, es necesario hacer referencia a las sentencias del Tribunal Constitucional que modularon la actividad legislativa del Gobierno. En efecto, en esta materia están en juego derechos fundamentales, lo que ha determinado la irrupción decisiva del máximo intérprete de la Constitución española, a los efectos de corregir eventuales excesos del poder ejecutivo.

Por un lado, la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 14 de julio de 2021 declara inconstitucionales los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 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.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 27 de octubre de 2021 analiza, respecto de diversos preceptos del Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2; la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el citado real decreto; y el artículo 2, la disposición transitoria única y la disposición final primera (apartados uno, dos y tres), distintos preceptos del Real decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real decreto 926/2020. En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional declara la nulidad de los preceptos que designan autoridades competentes delegadas y les atribuyen potestades tanto de restricción de las libertades de circulación y reunión en espacios públicos, privados y de culto, como de flexibilización de las limitaciones establecidas en el decreto de declaración del estado de alarma, la extensión temporal de su prórroga y el régimen de rendición de cuentas establecido para su vigencia.

De otro lado, la jurisprudencia contencioso-administrativa (TS y tribunales superiores de justicia) ha dictado múltiples pronunciamientos<sup>3</sup>, analizado y validado

<sup>2</sup> A modo de ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, podemos citar la Orden de 22 de octubre de 2021 por la que se establecen medidas de prevención específicas a consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada de la COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Galicia; o la Orden de 14 de septiembre de 2021 por la que se aprueba el nuevo Plan de hostelería segura de la Comunidad Autónoma de Galicia, y la Orden de 29 de septiembre de 2021 por la que se aprueba el nuevo Plan de ocio nocturno de la Comunidad Autónoma de Galicia (*Diario Oficial de Galicia* n. 59-bis. Viernes 25 de marzo de 2022).

<sup>3</sup> A modo de ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Cuarta, Sentencia n. 788/2021, de 3 de junio de 2021, anula el toque de queda y la limitación de reuniones familiares y sociales decretados por el Gobierno balear en las Islas Baleares tras el cese del estado de alarma al considerar que no se ha justificado que la adopción de unas medidas tan intensas y severas resulten indispensables.

El tribunal estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de 20 de mayo de 2021 del TSJ de las Islas Baleares que ratificó las medidas adoptadas por el Gobierno de dicha comunidad para combatir la pandemia del COVID-19 tras el cese del estado de alarma: toque de queda entre las 24 y las 6 horas con determinadas excepciones, controles para la entrada en el territorio balear de otras personas provenientes de otros lugares del territorio nacional, límite

o invalidado las medidas adoptadas por los gobiernos autonómicos para frenar la expansión del virus en el ejercicio de sus propias competencias. Para colaborar en la realización de esta labor, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de justicia (disposición final segunda), había modificado el artículo 10.8 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, también por Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 2 de junio de 2022 se estima la cuestión de inconstitucionalidad 6283-2020, planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, por la que se declara inconstitucional dicha modificación por infracción de los principios de división de poderes e independencia judicial, reserva y exclusividad de la función jurisdiccional. En concreto, declara la nulidad del precepto legal que prevé la autorización o ratificación por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia de las medidas sanitarias para la protección de la salud pública.

El presente trabajo tiene por objeto examinar la viabilidad de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que traigan su causa de las limitaciones, restricciones u otros perjuicios en el ejercicio de actividades económicas y de servicios, como consecuencia del conjunto normativo dictado para hacer frente a la pandemia, teniendo muy presente, reiteramos, que varias de estas normas han sido anuladas por diferentes instancias del poder judicial.

## 2 Distribución competencial

Por más que la normativa COVID que analizamos en este trabajo haya tenido por objeto el establecimiento de limitaciones, restricciones, suspensiones o incluso prohibiciones en el ejercicio de actividades mercantiles, su origen último se encuentra en las competencias de las diferentes administraciones territoriales en materia de salud pública.

La Constitución española concibe la sanidad como una materia multidisciplinar, de modo que las diferentes administraciones –Estado, comunidades autónomas y ayuntamientos– asumirán competencias sobre ella de acuerdo con los criterios organizativos expuestos en las leyes que desarrollan el reparto competencial.

---

máximo de 6 personas en reuniones familiares y sociales en espacios interiores, y en ocho en espacios abiertos; y 50 % aforo en lugares de culto cerrados. De esas cuatro medidas, ratificadas judicialmente, el fiscal recurrió únicamente el llamado toque de queda nocturno y el límite máximo de personas en reuniones familiares y sociales. La estimación supone la anulación del auto en la parte relativa a estas dos medidas recurridas.

La Sala considera que medidas restrictivas tan severas y extensas como el toque de queda o el máximo de personas en las reuniones familiares y sociales pueden adoptarse al amparo de la Ley orgánica 3/1986 (artículo 3) siempre que “la justificación sustantiva de las medidas sanitarias –a la vista de las circunstancias específicas del caso– esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate”.

Por su parte, la Sentencia de 18 de agosto de 2021 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2021:3260) denegó la ratificación de la medida impuesta por la Junta de Andalucía de limitar el acceso al interior de los establecimientos de esparcimiento y hostelería con música a quien no acreditase estar en posesión de un certificado COVID o haber realizado en las últimas 72 horas un test de antígenos o PCR negativos.

El artículo 149.1.16 de la Constitución española reconoce al Estado competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad. En coherencia con ello, las comunidades autónomas han asumido competencias en materia de desarrollo de la legislación básica estatal y otras muchas en materias relacionadas con la salud pública.

Con base en este título competencial, se dicta la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, que reparte las competencias entre Estado y comunidades autónomas. De acuerdo con lo establecido en esta norma, las comunidades autónomas ejercerán las competencias asumidas en sus estatutos de autonomía, las que el Estado les transfiera o delegue (artículo 4.1.1) y todas las competencias previstas en dicha disposición y no reservadas expresamente al Estado (artículo 4.1.2).

En el ámbito municipal, la distribución competencial se complica. El artículo 42.3 de dicha norma establece, *“sin perjuicio de las competencias de las demás administraciones públicas, las siguientes responsabilidades mínimas en relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios: a) Control sanitario del medio ambiente: Contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales; b) Control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones; c) Control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, especialmente de los centros de alimentación, peluquerías, saunas y centros de higiene personal, hoteles y centros residenciales, escuelas, campamentos turísticos y áreas de actividad físico-deportivas y de recreo; d) Control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos, directa o indirectamente relacionados con el uso o consumo humanos, así como los medios de su transporte; e) Control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria”*. Estas previsiones deben integrarse con la competencia reconocida en el artículo 4.1.f de la Ley de bases del régimen local, que atribuye a los ayuntamientos la potestad sancionadora *“dentro de la esfera de sus competencias”*.

Por tanto, no se trata de que los legisladores estatal y autonómico establezcan un catálogo de materias de interés exclusivo municipal cuya gestión deba quedar reservada, de modo también exclusivo, a las entidades locales, sino de identificar dentro de cada materia los aspectos que, en la medida en que se hagan presentes y afecten al interés de las colectividades que los municipios representan, deban ser gestionados por ellos, bajo su propia responsabilidad y régimen de autonomía, por más que otros aspectos de esa materia trasciendan del ámbito local y deban formar parte del ámbito de competencias de instancias de poder político de un mayor nivel territorial. De acuerdo con lo expuesto, el artículo 25.2 LBRL recoge un grupo de materias en las que el legislador básico realiza una identificación de los aspectos o asuntos que, formando parte de ellas, afectan directamente al círculo de los intereses de los municipios, aunque sin hacer atribuciones competenciales concretas y dejando su asignación a los legisladores estatal y autonómico. Es el caso, dentro de la materia de urbanismo, de los asuntos relativos al planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística o, dentro de la materia del medio ambiente, de los asuntos relativos a parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra

Regap



ESTUDIOS

la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas. Además, alude directamente a aspectos concretos de una materia, pero sin hacer referencia a esta última, como sucede con la protección de la salubridad pública (artículo 25.2.j), que evidentemente debe englobarse en la más genérica materia de sanidad.

Este sistema de distribución competencial ha generado ciertos problemas en su aplicación práctica, ya que el campo de actuación de cada Administración pública es difuso, de modo que es frecuente la existencia de conflictos competenciales derivados del enjambre normativo descrito<sup>4</sup>.

### 3 Responsabilidad patrimonial extracontractual por la afectación de la normativa COVID en el ejercicio de actividades económicas

#### 3.1 Consideraciones generales

El régimen jurídico de la institución de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas se regula en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en adelante, LPAC), en sus aspectos procedimentales, y en los artículos 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante, LRJSP), en sus aspectos sustantivos, todo ello con fundamento y en desarrollo del artículo 106.2<sup>5</sup> de la Constitución española.

En lo que concierne a los aspectos de fondo, hay que indicar que los principios que rigen la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas son el resultado de una elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia, y han sido reiteradamente expuestos por el Consello Consultivo de Galicia (por todos, *vid.* dictámenes CCG 567/2014, CCG 72/2018, CCG 480/2018 o CCG 190/2021, y más recientemente dictamen 289/2022, de 27 de octubre de 2021).

Sintéticamente expuestos, los presupuestos mínimos para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración, partiendo del principio de responsabilidad objetiva y directa, son:

- a) El daño producido en el patrimonio de los particulares tiene que ser efectivo e individualizado en una persona o en un grupo de personas.

<sup>4</sup> El Consello Consultivo de Galicia, en sus informes CCG 141/2021, de 2 de junio, y 263/2020, de 14 de octubre, analiza diversas cuestiones relativas a la competencia de las diferentes administraciones públicas, particularmente de los ayuntamientos, para el ejercicio de la potestad sancionadora en relación con el COVID-19, a raíz de la existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios. En concreto, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 2 de Vigo, de 15 de abril de 2021, PA 67/2021, que anula la multa impuesta por un ayuntamiento al considerar que carece de competencias en materia de sanciones COVID, y Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 2 de Santiago de 2 de junio de 2021, PA 177/2021, que, en sentido opuesto, confirma la legalidad de una multa impuesta con base en la normativa COVID.

<sup>5</sup> Artículo 106.2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

b) El citado daño o lesión debe producir en el patrimonio del particular lesionado un perjuicio antijurídico que este no tenga el deber de soportar.

c) El daño o lesión patrimonial tiene que guardar un nexo causal con el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

d) El daño no debe ser producto de una situación de fuerza mayor.

e) La reclamación tiene que ser presentada por el particular interesado dentro del plazo legalmente establecido.

Junto a lo anterior, cabe indicar que la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como una responsabilidad objetiva. Como más significados límites de aquel principio general pueden destacarse cuatro acotaciones:

a) La fuerza mayor (artículo 139.1 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC), y, en sentido similar, el artículo 32.1 de la vigente LRJSP).

b) El deber jurídico de soportar el daño (artículo 141.1 de la derogada LRJPAC y, en sentido similar, artículos 32.1 y 34.1 de la vigente LRJSP).

c) La no indemnizabilidad de los daños derivados de hechos y circunstancias que no se hayan podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de los mismos (artículo 141.1 de la derogada LRJPAC; y, en sentido similar, el artículo 34.1 de la vigente LRJSP).

d) Aquellos otros de creación jurisprudencial, tales como la culpa de la víctima o el hecho de tercero (recogidos en incontables pronunciamientos del Tribunal Supremo como, entre otros, los contenidos en su Sentencia de 27.7.2002, rec. 4012/1998, o la de 19.6.2007, rec. 10231/2003, y en las que en ella se citan). Así, es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de esta, cuando es la conducta de la propia persona perjudicada o la de una tercera persona la única determinante del daño producido. Ahora bien, no queda excluida la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos en los que en la producción del evento dañoso concurre la intervención de la Administración junto a la de la víctima o de una tercera persona, reconociéndose en estos supuestos la posibilidad de apreciar una concurrencia de culpas para mitigar el *quantum* indemnizador (por todas, STS de 28.4.2009, rec. 7836/2004, o de 17.6.2011, rec. 4881/2007).

Estos principios generales son de plena aplicación a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de las restricciones y limitaciones impuestas

Regap



ESTUDIOS

por la normativa COVID en el ejercicio de las actividades económicas. Pero, además, debemos tener en cuenta otros que, sin revestir este carácter, sí pueden resultar de aplicación a otros ámbitos de la actuación administrativa.

De una parte, la suspensión y las limitaciones de actividades han revestido en la mayor parte de los casos un carácter cautelar. Aunque es cierto que algunas de estas limitaciones subsisten en la actualidad, e incluso existe la posibilidad de que vuelvan a adoptarse en un futuro, la inmensa mayoría de ellas nacieron para ser aplicadas en un momento y en un lugar muy concreto y se extinguen a los pocos meses y en función de la evolución y evaluación de la situación sanitaria. Por ello, en el análisis de la casuística conviene atender a la doctrina jurisprudencial y científica sobre responsabilidad patrimonial derivada de la adopción de medidas cautelares<sup>6</sup>.

Por otro lado, tal y como aludimos en el apartado anterior, varias de las disposiciones dictadas para hacer frente a la crisis sanitaria han sido anuladas por diferentes instancias de los tribunales de justicia (Tribunal Constitucional y, en el orden contencioso-administrativo, Tribunal Supremo, tribunales superiores de justicia e incluso juzgados de lo contencioso). Y por ello resultan plenamente de aplicación tanto las normas como la doctrina jurisprudencial y científica<sup>7</sup> que se ocupan de la responsabilidad patrimonial por la anulación de actos y disposiciones administrativas.

### 3.2 Fuerza mayor

La fuerza mayor se define como un elemento exterior que rompe el vínculo causal entre la actuación administrativa y el daño producido, y se caracteriza por ser imprevisible, irresistible y ajeno a la voluntad de quien lo invoca. En palabras del Tribunal Supremo, “la fuerza mayor entroncaría con la idea de lo extraordinario, catastrófico o desacostumbrado, mientras que el caso fortuito haría referencia a aquellos eventos internos, intrínsecos al funcionamiento de los servicios públicos, producidos por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, por su mismo desgaste con causa desconocida, correspondiendo en todo caso a la Administración, tal y como reiteradamente señala el Tribunal Supremo, entre otras y por sintetizar las demás, la de 6 de febrero de 1996, probar la concurrencia de fuerza mayor, en cuanto de esa forma puede exonerarse de su responsabilidad patrimonial” (Sentencia del Tribunal Supremo, rec. 1849/2002, de 13 de junio de 2005, ECLI:ES:TS:2005:3786, Sentencia del Tribunal Supremo, rec. 309/2006, de 21 de julio de 2008, ECLI:ES:TS:2008:4054 o Sentencia del Tribunal Supremo, rec. 2550/2009, de 5 de abril de 2011, ECLI:ES:TS:2011:1715).

La carga de la prueba de la concurrencia de fuerza mayor, a los efectos de desestimar una reclamación, corresponde siempre a la Administración reclamada, y que en definitiva lo invoca como causa de exoneración de responsabilidad.

<sup>6</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., “La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 125, 2005, pp. 65-99.

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme”, *Revista de Administración Pública*, n. 205, 2018, pp. 221-237.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de tratar ampliamente este concepto, en relación con múltiples materias y eventos<sup>8</sup>.

De hecho, el propio Tribunal Supremo ha destacado que, aunque el concepto de fuerza mayor esté perfectamente definido en el plano teórico, su concreción es extremadamente casuística (STS de 29 de junio de 2002, recurso 1729/1998). Así, una reiterada jurisprudencia recoge el concepto clásico de la fuerza mayor como el acontecimiento externo que no pudo preverse o que, de haberse previsto, fuera inevitable, por todas la Sentencia de 16 de febrero de 1999 (recurso 6361/1994).

Descendiendo a la materia que nos ocupa, son constitutivos de fuerza mayor los acontecimientos imprevisibles, e inevitables caso de ser previstos, que excedan de los riesgos propios de la empresa, esto es, de los derivados de la propia naturaleza de los servicios públicos (STS de 2 de abril de 1985) o los acaecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su propia naturaleza (STS de 4 de febrero de 1983). La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2003 (recurso 9783/1998) señala claramente los requisitos de la fuerza mayor y los distingue del caso fortuito: «a) *En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida; interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, “evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida”.* b) *En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir, aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio».*

Descendiendo al caso que nos ocupa, la Comisión Jurídica Asesora de Madrid se ha pronunciado con claridad y contundencia, en el sentido de considerar la pandemia derivada del COVID-19 como un supuesto paradigmático de fuerza mayor. En su dictamen 599/21, de 16 de noviembre, señaló al respecto lo siguiente: “*concurren todos los requisitos para apreciar que la existencia formalmente declarada por la Organización Mundial de la Salud de una pandemia mundial es causa de fuerza mayor, pues fue imprevisible según el estado actual de la ciencia; además, este hecho, aun siendo hipotéticamente previsible, fue, sin embargo, inevitable y la causa que lo ha motivado es extraña e independiente de la actuación administrativa. Por lo tanto, es aplicable el artículo 34 de la LRJSP, que declara como no indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquellos. Como señala el informe técnico del servicio implicado (Viceconsejería de Salud Pública y Plan COVID-19) y es sobradamente conocido, se trata de una enfermedad nueva; el 7 de*

<sup>8</sup> Merece especial mención la recopilación jurisprudencial que realizan CONDE ANTEQUERA, J., “La responsabilidad de la Administración por daños derivados de fenómenos naturales: especial referencia al riesgo de inundación”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 45-46, 2015, pp. 67-100, y SÁNCHEZ SÁEZ, A.J., “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por incendios forestales”, *Revista de Administración Pública*, n. 179, 2009, pp. 87-141.

*enero de 2020 las autoridades chinas identificaron el agente causante de este brote, un nuevo tipo de coronavirus que fue denominado SARS-CoV-2. La Organización Mundial de la Salud declaró el brote del nuevo coronavirus como una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional el 30 de enero de 2020 y el 11 de marzo de 2020 calificó la enfermedad denominada COVID-19 como una pandemia global. Y sobre el estado de la ciencia, baste decir que las primeras vacunas autorizadas por la Agencia Europea del Medicamento lo han sido en diciembre de 2020, principiando la vacunación en España el día 26 de diciembre de 2020, sin que por otra parte se haya declarado por el Gobierno el fin de la situación de emergencia sanitaria. Por tanto, concluimos que se dan los requisitos para apreciar la existencia de fuerza mayor, imprevisible e irresistible y completamente extraña a la Administración. Por lo que aquella rompe el nexo causal entre el daño invocado –que no probado– por la empresa reclamante y la actuación administrativa reprochada, exonerando por completo de responsabilidad a esta Administración autonómica”.*

Cabe añadir que la apreciación de fuerza mayor exime a la Administración del examen del resto de los requisitos necesarios para apreciar responsabilidad patrimonial. De este modo, una vez que llegara a la conclusión de la existencia de fuerza mayor, la Administración queda automáticamente exonerada con independencia del análisis que eventualmente pueda hacerse sobre aspectos como los daños sufridos, el nexo causal o la antijuridicidad.

No obstante lo anterior, la cuestión merece matizaciones. Por un lado, y aun dando por bueno que la pandemia pudiese haber sido un suceso imprevisible conforme al estado de la ciencia en el momento en que se produce, en ocasiones los daños reclamados no vendrán directamente del COVID-19, sino de las medidas adoptadas por las administraciones públicas en orden a paliar sus efectos. Y estas medidas, por más que nobles en sus intenciones, pueden haber sido erróneas, negligentes o desproporcionadas. Por otro lado, el estado de la ciencia ha avanzado desde la irrupción de la pandemia y no cabe juzgar con el mismo prisma las medidas adoptadas a día de hoy que las adoptadas en marzo de 2020 con el primer estado de alarma. Por ello, queda por ver si la jurisdicción contencioso-administrativa compartirá en un futuro las opiniones expresadas o bien las modulará en función de la variedad casuística que se le presente.

### **3.3 Legitimación pasiva y responsabilidad concurrente en las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia**

La legitimación pasiva de una Administración es un presupuesto procesal de admisibilidad de una reclamación de responsabilidad patrimonial. De este modo, si una Administración no ha participado en la autoría de la actuación que produce el daño, no es necesario admitir a trámite la reclamación, ni instruir un procedimiento para resolverla en cuanto al fondo, sino que procede su inadmisión.

Tal y como hemos descrito anteriormente (*vid. 2. Distribución competencial*), el complejo sistema de distribución competencial en materia de sanidad pública, y el enjambre jurídico constituido por la normativa COVID, ha suscitado problemáticas en relación con esta cuestión.



El Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, supuso un cambio respecto al marco legal ordinario y particularmente una redistribución de competencias entre las administraciones públicas para adoptar medidas de carácter sanitario y epidemiológico para la gestión de la crisis derivada de la pandemia, correspondiendo –en adelante– dichas competencias a la Administración general del Estado.

El artículo 4.1 del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, en su redacción original, indicaba que, “A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno”, y el apartado 2 concreta: “Para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en este real decreto, bajo la superior dirección del presidente del Gobierno, serán autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad: a) La ministra de Defensa, b) El ministro del Interior, c) El ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y d) El ministro de Sanidad. Asimismo, en las áreas de responsabilidad que no recaigan en la competencia de alguno de los ministros indicados en los párrafos a), b) o c), será autoridad competente delegada el ministro de Sanidad”.

En consecuencia, desde el 14 de marzo de 2020, todas las medidas contenidas en el citado Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, así como en los sucesivos reales decretos por los que se prorroga el estado de alarma inicial y en las órdenes ministeriales e instrucciones dictadas por las autoridades delegadas, constituyeron el marco normativo para gestionar tanto la emergencia sanitaria provocada por la pandemia como para adoptar medidas socioeconómicas y regular la nueva situación generada a raíz de la misma.

El artículo 5 establecía el deber general de colaboración con las autoridades competentes delegadas y el artículo 6 especificaba que cada Administración pública conservará las facultades que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias, a los efectos del estado de alarma.

Por tanto, desde el 14 de marzo hasta el 20 de junio de 2020 (ambos inclusive), las comunidades autónomas carecen de legitimación pasiva en las medidas adoptadas, correspondiendo única y exclusivamente a la Administración general del Estado.

En el caso de Galicia, la legitimación pasiva de esta Administración autonómica abarcaría, por un lado, las medidas adoptadas por las autoridades competentes de la comunidad autónoma, en los días previos a la declaración del estado de alarma por el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo; y, por otra, las adoptadas desde el 21 de junio de 2020 hasta que el Gobierno declare el fin de la crisis sanitaria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 del Real decreto ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. En relación con este último período, no se puede hablar de corresponsabilidad con otras comunidades autónomas, pues la actuación de cada una de ellas se circunscribe a su ámbito territorial.

El marco descrito debe completarse con los principios generales aplicables en materia de responsabilidad concurrente de las administraciones públicas, y regulados en el artículo 33 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público:

*Artículo 33. Responsabilidad concurrente de las administraciones públicas.*

*1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente ley, las administraciones intervinientes responderán frente al particular, en todo caso, de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes administraciones públicas.*

*2. En otros supuestos de concurrencia de varias administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.*

De acuerdo con todo lo expuesto, la primera conclusión que conviene sentar es que en esta materia es ciertamente difícil aplicar la regla de la solidaridad. Toda reclamación deberá concretar la actuación, norma o restricción que ha dado lugar a los daños reclamados, y siempre será posible individualizar la Administración que la ha adoptado, es decir, si deriva de medidas adoptadas por el Estado, por las comunidades autónomas o por una entidad local. De este modo, y en la medida en que cada actuación de cada Administración es perfectamente individualizable y en todo caso debe circunscribirse a su respectivo ámbito competencial, nunca podrán invocarse fórmulas conjuntas de actuación o la cláusula supletoria de la solidaridad.

### **3.4 Daño efectivo, evaluable económicamente, e individualizable en relación con una persona o grupo de personas**

De conformidad con el artículo 32.2 de la LRJSP, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Según reiterada jurisprudencia, el daño real y efectivo no comprende meras especulaciones o expectativas, y debe afectar a derechos o intereses legítimos.

En lo que se refiere al lucro cesante, se requiere la certeza de éste, que se manifiesta en la realidad de la actividad, desarrollo y rentabilidad, para que no se cumplan aspiraciones, deseos y previsiones cuya materialización no está probada y constituyen una mera eventualidad. Así, pueden citarse las SSTS 20.2.2015, rec. 4427/2012; 9.6.2015, rec. 2722/2013, refiriendo esta última como:

*“[...] Ahora bien, en el caso planteado no puede soslayarse que la expectativa de ganancia queda mediatizada por el hecho mismo de la situación pandémica, de notorio alcance y repercusión en la vida social, laboral y empresarial de la ciudadanía, sin que pueda sostenerse que, de no haberse impuesto las restricciones, la afluencia de usuarios a estas instalaciones deportivas hubiera sido similar a la de otras temporadas, pues los clientes habrían actuado de espaldas a las recomendaciones sanitarias. Y no puede tampoco orillarse que se han articulado diversas medidas compensatorias y se convocaron ayudas directas para estos operadores*

económicos en atención a los perjuicios derivados de las restricciones impuestas, que vienen contribuyendo a mitigar en parte el daño que pretenden sea resarcido. Incluso procede advertir que la suspensión temporal de la actividad por decisiones administrativas no sancionadoras es un riesgo asegurable, cuya eventual indemnización debe también deducirse del quantum resarcitorio reclamado en este cauce para excluir la doble indemnidad o la obtención de un beneficio que exceda del daño patrimonial ocasionado.

*En estas condiciones, el indicio racional de unas pérdidas que, en un contexto de normalidad, se asocia al ‘decurso normal de las cosas’ no es suficiente para acreditar la efectividad del daño por el que aquí se reclama, pues media la evidencia de que concurrían otras circunstancias externas derivadas de la compleja situación sanitaria que condicionaban la afluencia a estas instalaciones, y el perjuicio ha sido (o está siendo) compensado a través de otras vías, singularmente ayudas o subvenciones, y eventualmente podría haber sido también resarcido por estar asegurado el riesgo de restricción o cese temporal de actividad. En definitiva, se reclaman unas ganancias hipotéticas e inciertas que no responden a una cuantificación real y efectiva de los daños padecidos, y todo ello en un escenario extraordinario y anómalo que impide apreciar la efectiva realidad del perjuicio económico (542.938,63 €) por el que se acciona [...]”.*

Derivado de lo expuesto, y precisamente por ello, la jurisprudencia exige una prueba rigurosa del lucro cesante y su apreciación de modo prudente y restrictivo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2015 (recurso 2722/2013) y las que en ella se citan señalan que:

*“[...] la prueba de las ganancias dejadas de obtener ha de ser rigurosa sin que puedan admitirse aquellas que sean dudosas y contingentes, lo que excluye los meros ‘sueños de ganancias’ como se denominaron en la Sentencia de 15 de octubre de 1986, ya que no cabe que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto (STS de 31 de enero de 2008), (STS de 21 de diciembre de 2012, recurso de casación 5521/2010). Y en esa línea hemos declarado en nuestra Sentencia de 20 de febrero de 2015 (recurso de casación 4427/2012) ‘la indemnización por lucro cesante, como recordaba nuestra ya lejana Sentencia de 15 de noviembre de 2002, exige una prueba rigurosa de las garantías dejadas de obtener, observándose que la indemnización de lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios’. Y, en el mismo sentido, la de 22 de febrero de 2006 (casación 1761/02), en la que se dice que ‘la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas’ [...]”.*

Regap



ESTUDIOS

Además, la carga de la prueba de la existencia del daño reclamado y de su entidad corresponde a la parte reclamante, como ha señalado reiteradamente el Consello Consultivo de Galicia (por todos, CCG 429/2018, la CCG 106/2021 o más recientemente CCG 229/2022). También la jurisprudencia se ha pronunciado en el mismo sentido, aceptando el principio de que la carga de la prueba de la existencia de los daños y perjuicios y la causal relación con el servicio público corresponde a la parte reclamante (entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 4.11.1997, rec. 3594/1993, de 30.10.1999, rec. 5696/1995, o de 12.7.2011, rec. 2496/2007). El dictamen CCG 317/2022 analiza la prueba de las pérdidas derivadas de la imposibilidad de realizar la actividad empresarial durante la pandemia, formulada por una cadena de gimnasios con distintos puntos en España, uno de ellos en la ciudad de Vigo. La entidad reclamante aporta un informe pericial acreditativo de la existencia de un lucro cesante o daño emergente. El Consello Consultivo de Galicia se pronuncia de la siguiente manera:

*“[...] do exame do ditame pericial achegado coa reclamación resulta que, para o cálculo do beneficio deixado de obter, ademais de terse en conta todo o período comprendido desde o primeiro estado de alarma ata o 28.2.2021 (sen diferenciación ningunha entre as medidas adoptadas nese período en función da autoridade de procedencia), emprégase unha metodoloxía baseada, en síntese, na extrapola- ción de datos de exercicios precedentes, sen ter en conta un elemento esencial que, aínda que non se tivesen adoptado as medidas, tería necesariamente incidido na actividade económica da empresa naquel período: a propia crise sanitaria causada polo COVID-19. En efecto, cabe entender que esta crise sanitaria tería producido de por si (e á marxe da adopción de medidas polas autoridades sanitarias) cambios no comportamento social que terían afectado negativamente á actividade económica desenvolvida pola entidade reclamante.*

*En otro dictamen, el Consello Consultivo considera insuficiente la prueba ofrecida por la empresa reclamante, por cuanto que la valoración del lucro cesante debería tener en cuenta aspectos adicionales, “como, por exemplo, se a empresa foi beneficiaria dalgunha das axudas públicas, tanto do Estado como da Comunidade Autónoma galega, para apoiar as actividades económicas afectadas polas restricións, ou a redución dos gastos ordinarios –materiais e de persoal– nos que o establecemento non incorreu durante os citados períodos” (CCG 247/2022).*

En un sentido parecido, se ha pronunciado también el Consejo Consultivo de Asturias (28/2022, 29/2022, 40/2022, 41/2022 e 42/2022) en diversos dictámenes que analizan reclamaciones formuladas por empresas dedicadas a la gestión de centros o instalaciones deportivas.

Del conjunto de los dictámenes expuestos podemos extraer una serie de conclusiones.

En primer término, la carga de la prueba, que en todo tipo de reclamaciones de responsabilidad patrimonial corresponde al que la fórmula, deberá ser especialmente intensa cuando se trata de reclamar lucro cesante o daño emergente.

De otro lado, tiene relevancia que la Administración haya dictado disposiciones normativas que hayan reconocido compensaciones a los perjudicados. No en vano, el artículo 33.2 de la LJSP excluye la indemnización de daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, “*todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*”. De este modo, cualquier prestación asistencial o económica recibida puede entenderse como un mecanismo de compensación alternativo que debería tenerse en cuenta como mínimo a los efectos de minorar tales indemnizaciones, de la misma manera que una prestación por invalidez ha de tenerse en cuenta a la hora de reconocer una finalización por responsabilidad patrimonial como consecuencia de negligencia sanitarias (STSJ Castilla-La Mancha 1593/2017 - ECLI:ES:TSJCLM:2017:1593).

Y, en definitiva, cualquier daño que no haya sido acreditado de un modo evidente y notorio, o que hubiere sido compensado indirectamente, quedará reducido al campo de las especulaciones y será desestimado.

### 3.5 Nexo causal

Otro de los presupuestos esenciales para apreciar la existencia de responsabilidad de una Administración es la vinculación directa entre la actuación administrativa y el daño producido. De este modo, la existencia de elementos que distorsionan, alteran o menoscaban la imputabilidad directa a la Administración de la actuación productora del daño puede eventualmente contribuir a la desestimación de la reclamación. Este requisito presenta toda una serie de peculiaridades cuando se trata de analizar su concurrencia en una reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de las limitaciones en el ejercicio de actividades económicas a consecuencia del virus COVID-19.

Por un lado, el ámbito económico más castigado por los efectos de la pandemia es el sector terciario, y dentro del mismo la actividad de hostelería, el turismo y el comercio. Frente a otros sectores como el primario o el secundario, que han recuperado índices de normalidad muy similares a los pre-pandémicos, y que por su carácter esencial sufrieron un menor nivel de restricciones, las actividades de venta al por menor de productos, servicios y mercancías han sufrido consecuencias especialmente graves a muy diferentes niveles. Por lo tanto, las medidas adoptadas por las administraciones públicas no han afectado a todas las actividades por igual, y, de hecho, lo positivo para algunas de ellas ha podido ser negativo para otras. Por lo tanto, no hay un sacrificio idéntico.

De otro lado, tal y como hemos señalado anteriormente, al menos en relación con las medidas adoptadas en marzo de 2020 con la primera declaración del estado de alarma, en esta materia parecen haber podido concurrir causas de fuerza mayor que supondrían la ruptura de la relación de causalidad entre los daños efectivamente sufridos y la conducta administrativa que eventualmente hubiere dado lugar a los mismos. Pero también hemos destacado que en ocasiones los daños reclamados no



vendrán directamente del COVID-19, sino de las medidas adoptadas por las administraciones públicas en orden a paliar sus efectos, algunas de las cuales pueden haber sido erróneas, negligentes o desproporcionadas. En este caso, hay una evidente dificultad en materia de carga de la prueba, y en orden a distinguir qué actuaciones han sido negligentes y en qué medida. Y, aun presuponiendo que fuésemos capaces de hacer esta distinción con precisión quirúrgica, de ello resultaría si una responsabilidad proporcional en la que la indemnización “*debe ponderarse por el incremento de la probabilidad de causar el daño que supuso la negligencia*”<sup>9</sup>.

Finalmente, y al margen de las consideraciones estrictamente jurídicas, influyen en el nexo causal también otras con un componente netamente socioeconómico. El COVID-19 ha conllevado unos cambios de comportamiento por parte de los ciudadanos en sus hábitos cotidianos, como por ejemplo una menor interconexión social, la adquisición de bienes y productos por internet o la preferencia por espacios al aire libre. Estas conductas han tenido, tienen en la actualidad y seguramente la sigan teniendo en el futuro, un fuerte impacto en las actividades de servicios. De este modo, más allá de un cierre puntual, podemos hablar de un nuevo modelo de negocio en muchos sectores. Estos aspectos influyen sin duda en la relación de causalidad entre el daño producido y su imputabilidad a la Administración. Los cambios de preferencias, dependencias, o incluso de modas, son una constante en el sector de servicios y, aunque eventualmente estas a las que aludimos vienen derivadas de una crisis sanitaria, ello no constituye un título para imputar su responsabilidad a la Administración.

### 3.6 Antijuridicidad

De acuerdo con los principios generales de esta institución, no todo daño, por más que sea probado y efectivo, es indemnizable, sino que además debe tratarse de un daño antijurídico, lo que se traduce en la ausencia de un deber legal de soportar dicho daño.

En nuestro ordenamiento jurídico, el requisito de la antijuridicidad del daño se establece tanto en el artículo 32.1 como en el artículo 34.4 de la LRJSP, de modo que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. Pero, acto seguido, esta misma norma establece que no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el Estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

En relación con este requisito, y su interpretación jurisprudencial, conviene destacar<sup>10</sup> la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2018, rec. 2006/2016:

<sup>9</sup> Vid. MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Civitas, Madrid, 2007, y MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Cizur Menor, 2019.

<sup>10</sup> En la misma línea, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de julio de 2019, recurso 325/2017: “[...] El principio de precaución que debe presidir la actuación administrativa significa que, cuando subsisten dudas sobre la existencia y alcance

*“[...] si ya con carácter general la jurisprudencia de este Tribunal Supremo viene rechazando que pueda apreciarse la antijuridicidad del daño –presupuesto necesario para que concurra la responsabilidad– cuando la decisión administrativa, pese a que pudiera ser anulada en vía administrativa o jurisdiccional –que no es el caso de autos, como veremos– no puede apreciarse cuando, al considerar los conceptos jurídicos indeterminados –incluso las potestades regladas– se aprecie que la decisión no solo es razonable, sino que está razonada –por todas, Sentencia 1999/2017, de 18 de diciembre, recurso de casación 1845/2016–; esa falta de antijuridicidad debe ser apreciada con mayor rigor cuando la actividad administrativa incida en la propia salud pública [...]; porque es indudable que el riesgo que subyace en dicha actuación comporta la obligada decisión de adoptar con carácter perentorio las medidas de seguridad en salvaguarda del mencionado bien público [...]”.*

La doctrina científica<sup>11</sup> ha debatido intensamente sobre las circunstancias que deben exigirse para considerar que un determinado daño es antijurídico. García de Enterría y Fernández Rodríguez señalan que el daño ha de tenerse por antijurídico «en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate». García Amado ha llegado a calificar este concepto de “cajón de sastre”. Descendiendo a la materia que nos ocupa, *“el mero hecho de que alguna de las medidas adoptadas para luchar contra la presente crisis –v. gr. el cierre de ciertos establecimientos– que hayan causado perjuicios sean declaradas ilegales no basta para que surja la responsabilidad patrimonial de la correspondiente Administración. Hace falta, además, que la ilegalidad sea el fruto de una negligencia, de la infracción del deber de llevar el cuidado exigible habida cuenta de las –difíciles– circunstancias concurrentes”*<sup>12</sup>.

De alguna manera, la modulación de la antijuridicidad en su aplicación a la responsabilidad patrimonial sanitaria puede extenderse a la responsabilidad por daños derivados de la suspensión de limitación de actividades económicas a consecuencia de la pandemia. En opinión de Doménech Pascual, *“en un régimen de responsabilidad objetiva, la Administración soporta el riesgo de los daños causados a pesar de haber actuado con el cuidado debido –v. gr. al cerrar un establecimiento sospechoso–. Este régimen, en consecuencia, encarecerá la intervención administrativa y, por lo tanto, tenderá a reducir su volumen. Producirá sobre las autoridades competentes una suerte de efecto inhibitorio, paralizante. Con arreglo a un régimen culpabilístico, por el contrario, son las víctimas las que soportan dicho riesgo, lo que encarecerá la actividad que llevan a cabo y que puede suscitar la intervención administrativa –v. gr. el funcionamiento del establecimiento en cuestión–, lo que seguramente provocará que aquella actividad se realice en*

---

*de riesgos para la salud pública, la Administración debe adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos, siempre que los actos no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos (principio de proporcionalidad) [...]”.*

<sup>11</sup> La regla de la responsabilidad por negligencia parece por ello preferible en estas situaciones (para más detalles, *vid.* DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”, *Revista de Administración Pública*, n. 183, 2010.

<sup>12</sup> *Vid.* MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2005, y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “La responsabilidad objetiva de la Administración pública y la equidistribución del coste del bien común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 195, 2018, pp. 155-192.

*menor medida. Aplicar a las potestades administrativas de tutela de la salud pública el canon de la responsabilidad objetiva encierra el riesgo de que la Administración se inhiba demasiado en el ejercicio de esas potestades y, correlativamente, de que los particulares eleven el nivel de realización de actividades peligrosas por encima del que sería socialmente óptimo. Aplicar la regla contraria genera, ciertamente, el riesgo de que la Administración intervenga demasiado en el libre desarrollo de esas actividades y de que estas no alcancen el volumen que sería deseable, pero estas últimas consecuencias negativas no parecen tan graves como las de la solución alternativa”.*

Por su parte, los órganos consultivos encargados de dictaminar las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, con carácter unánime, han entendido que las actuaciones de las administraciones públicas en esta materia, al menos hasta la fecha, no revisten el carácter de antijurídico.

El Consello Consultivo de Galicia analiza los acuerdos y órdenes dictados por la Administración autonómica, poniendo de manifiesto que responden a una situación epidemiológica que se afronta a través de un seguimiento periódico, teniendo en cuenta los datos y el conocimiento disponibles sobre la incidencia del mismo, y los mecanismos de transmisión y eficacia de las medidas preventivas adoptadas. Del mismo modo, analiza informes médicos y epidemiológicos en que se basan las medidas, que vinculan individualizadamente cada tipo de medida restrictiva con la situación existente, la actividad económica a que se refiere la medida restrictiva y los objetivos perseguidos con la misma. De ello extrae la conclusión de que estamos ante medidas motivadas, razonadas y proporcionadas, que responden al principio de precaución que deben presidir las actuaciones en materia de salud pública (CCG 309/2022, 316/2022, 317/2022, entre otros).

Y en el mismo sentido que nuestro órgano consultivo autonómico se han pronunciado en asuntos idénticos la Comisión Jurídica Asesora de Madrid en los dictámenes 599/2021, 8/2022, 11/2022, 27/2022, 29/2022, 41/2022, 44/2022, 56/2022, 60/2022, 63/2022, 64/2022, 67/2022, 75/2022, 78/2022; el Consejo Consultivo de las Islas Baleares en sus dictámenes 43/2022 y 56/2022, y el Consejo Consultivo de Asturias en sus dictámenes 28/2022, 29/2022, 40/2022, 41/2022 y 42/2022).

En opinión de estos órganos consultivos, y haciendo abstracción de los supuestos analizados –cierre de instalaciones y actividades de carácter deportivo–, las medidas adoptadas (principalmente, limitación de horario comercial y reducción del aforo) han afectado a prácticamente la totalidad de los negocios de servicios y del conjunto de la población, de modo que deben configurarse también como cargas generales que, afectando a todos los ciudadanos, el empresario en el ejercicio de su actividad económica también tenía el deber legal de soportar. En efecto, los daños deben calificarse de cargas generales o colectivas, con la salvedad, por supuesto, de que los daños resultantes de dichas medidas se limitaron únicamente a una determinada persona o personas, en cuyo caso adquirirían el carácter de cargas individualizadas susceptibles de indemnización. En este punto, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2012, rec. 43/2012, o la sentencia del mismo tribunal de 30 de noviembre de 2015, rec. 3840/2013, que, para su claridad, procedemos a reproducir:



*“La distinción entre carga general y carga singular no se sustenta en la intensidad de la afectación y sí en la afectación de todos los administrados incluidos en el ámbito de la actividad de la Administración, y no otra cosa puede decirse de la Sentencia de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación 43/2012), en la que con la mención de daños de naturaleza especial o a la afectación de manera especial de los derechos e intereses legislativos lo que se quiere decir, en armonía con constante jurisprudencia, es que una carga general se caracteriza por afectar a todos los administrados incluidos en el ámbito de la medida”.*

En el mismo sentido, el Consejo de Estado en su dictamen 978/2011, de 21 de julio, manifestó:

*“Este Consejo de Estado ha tenido ya múltiples ocasiones de destacar que pertenecen a esa categoría de ‘cargas generales’ las consecuencias desfavorables que se derivan para los agentes e intervinientes en tales sectores económicos como consecuencia de una modificación general del régimen administrativo específico que esté diseñado para cada uno de ellos (dictámenes 46.403 a 46.413, de 14 de junio de 1984; 47.449, de 27 de noviembre de 1986; 49.434, de 29 de octubre de 1987; y 51.965 y 51.128, de 22 de junio de 1989). De este modo, el Consejo de Estado ha venido estableciendo que únicamente escapan a tal caracterización, y son, por tanto, daños susceptibles de ser indemnizados, aquellos perjuicios que una modificación especial del régimen jurídico establecido en dichos sectores imponga de un modo singularizado y especial a algunos agentes, entidades y personas que intervengan en los mismos, en función de una específica condición que en ellos concurra”.*

En palabras de este órgano consultivo, *“para que una lesión sea indemnizable ha de haberse producido al particular un sacrificio especial, singular, excesivamente gravoso y desigual que no pueda ser considerado como una carga general de obligado acatamiento”* (dictamen 702/2019, de 26 de septiembre). Quizá este aspecto pueda dar lugar a cierto debate, por cuanto que ha habido sectores de la actividad económica que por su carácter esencial han mantenido su actividad en todo momento y otros que, si bien sufrieron restricciones muy al principio de la crisis sanitaria, fueron puntuales –nunca un cierre total– y temporalmente mucho más limitadas que las que afectaron al sector terciario de servicios.

### 3.7 La anulación judicial de normas COVID

Tal y como hemos señalado al principio de nuestra exposición (*vid. 1. Marco normativo COVID-19*), todas las administraciones con competencias legislativas han dictado un amplio elenco de normas para hacer frente a la crisis sanitaria.

Pues bien, en lo que se refiere estrictamente a las medidas adoptadas por la Administración autonómica gallega, han tenido siempre un fundamento normativo expreso. En el ámbito estatal, la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, que permite a las autoridades sanitarias de

Regap



ESTUDIOS

las diferentes administraciones públicas adoptar en el ámbito de sus competencias las medidas previstas en dicha norma para las situaciones de urgencia o necesidad; la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, que prevé la posibilidad de adoptar medidas preventivas pertinentes cuando exista una sospecha razonable de un riesgo extraordinario para la salud pública; la Ley 13/2011, de 14 de octubre, general de salud pública, que permite adoptar medidas sanitarias en situaciones de riesgo para las personas. En el ámbito autonómico, la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, que permite entre otras medidas las intervenciones públicas sobre actividades públicas y privadas que puedan tener consecuencias para la salud.

Descendiendo al nivel reglamentario y ejecutivo, los acuerdos y órdenes que contienen dichas medidas de prevención obtuvieron validez jurídica una vez que fueron aprobados y publicados, consiguiendo firmeza por no haber sido impugnados en tiempo y forma, o bien, para el caso de los judicializados, al haber sido confirmados por la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, algunos de los acuerdos y órdenes antes citados fueron impugnados judicialmente, pero ninguno de ellos fue objeto de anulación judicial. Cabe citar en este sentido las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso) del 26 de noviembre de 2021, rec. 7074/2021, que desestima el recurso interpuesto contra la Orden de la Consellería de Sanidade de 26 de enero de 2021, y las sentencias de 26 de febrero de 2021, rec. 7276/2020, y 17 de junio de 2022, rec. 7323/2020, que desestimaron los recursos interpuestos contra el acuerdo del Consello de la Xunta de 17 de julio de 2020.

A este respecto, debe destacarse Sentencia del Tribunal Supremo n. 1112/2021, de 14 septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3298), que ratifica la medida de la exigencia del llamado pasaporte COVID para entrar a establecimientos de ocio nocturno y de restauración. Este pronunciamiento fue especialmente relevante por dos razones. La primera es que estima el recurso de casación interpuesto por la Xunta de Galicia contra el Auto de 20 de agosto de 2021 dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, manifestando que *“la medida reviste también un carácter temporal, según ‘los principios científicos, las pruebas científicas y la información disponible en cada momento’. Como es natural, las medidas deben adecuarse, como señalamos, a la realidad necesariamente cambiante, atendida la evolución de la enfermedad y el estado de la ciencia en cada momento, debiendo mediar la adecuada correspondencia y la necesaria vinculación entre la realidad sobre la que se actúa, la finalidad que se persigue y el medio adecuado para su consecución”*. La segunda razón de la relevancia de este pronunciamiento es que muy poco antes, en concreto por medio de Sentencia de 18 de agosto de 2021 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2021:3260), se denegó la ratificación de la medida muy similar impuesta por la Junta de Andalucía, la de limitar el acceso al interior de los establecimientos de esparcimiento y hostelería con música a quien no acreditase un certificado COVID o haber realizado en las últimas 72 horas un test de antígenos o PCR negativos.

Todo lo expuesto excluye la posibilidad de considerar antijurídicos los perjuicios que las medidas adoptadas por la Administración autonómica gallega pudiesen conllevar, y que en definitiva tiene su justificación en la legalidad de la actuación administrativa asociada a las extraordinarias circunstancias en que se adoptan.

No obstante, en sentido inverso, cabe la duda legítima de si concurre responsabilidad patrimonial en aquellos casos en que determina la medida, o la norma a partir de la cual se adoptaron determinadas medidas, ha sido anulada judicialmente (*vid. 1. Marco normativo COVID*). Ya hemos hecho referencia con anterioridad a la polémica surgida en relación con la competencia de los ayuntamientos para el ejercicio de la potestad sancionadora en conductas tipificadas por normativa COVID. A este respecto, la anulación de los reales decretos derivados del Estado de alarma supuso el archivo de todos los procedimientos sancionadores en curso, y la devolución de las sanciones ya abonadas, y correspondientes a procedimientos finalizados. En todo caso, las premisas, requisitos y presupuestos de la responsabilidad patrimonial poco o nada tienen que ver con el ejercicio de la potestad sancionadora.

Junto a los aspectos generales descritos anteriormente para todo tipo de reclamación de responsabilidad patrimonial (*vid. 3.1 Consideraciones generales*), una reclamación por los daños derivados de una actuación administrativa judicialmente anulada obliga a traer a colación la doctrina específica existente en la materia.

Es preciso partir de la previsión contenida actualmente en el artículo 32.1 de la LRJSP (y similar a la que se recogía en el artículo 142.4 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común), conforme a la cual “*la anulación en vía administrativa o por la orden jurisdiccional contencioso-administrativa de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización*”. Por tanto, no hay un efecto causa-consecuencia entre la ilegalidad de un acto administrativo y la responsabilidad patrimonial, y no puede afirmarse que la anulación excluya la responsabilidad ni tampoco que toda ilegalidad lleve de por sí responsabilidad. La cuestión tiene que situarse en el marco del instituto de la responsabilidad objetiva, de suerte que la base del deber de indemnizar radica en el dato objetivo de la ilegalidad del perjuicio y no tanto en el aspecto subjetivo de la actuación antijurídica de la Administración, de modo que las razones jurídicas que conducen a la anulación de un acto no son inexorablemente causa de la antijuridicidad del daño.

En la misma línea, la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de un acto puede condensarse en los siguientes parámetros, como recuerda, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2016, rec. 3791/2015:

- a) La anulación no presupone el derecho a indemnización, lo que implica tanto como decir que habrá lugar a la misma solo cuando concurren los requisitos exigidos con carácter general.
- b) El requisito esencial, y determinante para que pueda apreciarse la responsabilidad patrimonial en estos casos, es la antijuridicidad del perjuicio.

c) El examen de la antijuridicidad en estos casos no debe hacerse desde la perspectiva del juicio de legalidad del acto anulado, cuya antijuridicidad resulta patente al haber sido así declarada en vía administrativa o judicial.

d) Para determinar si un sujeto está obligado jurídicamente a soportar el daño causado por el funcionamiento de un servicio público, uno de los elementos que se deben tomar en consideración es la naturaleza misma de la actividad administrativa, pues no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribiera el artículo 9.3 de la Constitución española, que si actúa en el ejercicio de poderes reglados, en los que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y, en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a conseguir en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes. Así, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2017, rec. 3333/2015:

*“[...] Sí existirá esa antijuridicidad del daño cuando la Administración, al ejercitar potestades administrativas discrecionales, se aparta de toda lógica en la apreciación de tales circunstancias y procede a la aplicación de la norma de manera irrazonada e irrazonable, o incluso que aplicando potestades regladas se aparta de las exigencias de la norma cuando, por ejemplo, haya de apreciar conceptos jurídicos indeterminados, que son apreciados y valorados en igual grado de ausencia de lógica. En suma, como se ha venido acuñando por la jurisprudencia, que la decisión administrativa luego anulada no sea razonable ni esté razonada (en este sentido, por todas, Sentencia de 9 de diciembre de 2015, recurso de casación 1661/2014, con abundante cita) [...]”.*

Por el contrario, “si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión” (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2016, rec. 3791/2015, y las sentencias citadas en la misma). Y también resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad<sup>13</sup> que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por tanto, no puede quedar paralizada ante el temor de que, revisadas y

<sup>13</sup> En la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2011 cita su Sentencia de 23 de marzo de 2010 (recurso 2181/2008), en la que reitera la doctrina referida y concluye que los daños no eran antijurídicos, ya que la anulación de la actuación de la Administración no derivaba de una “conducta desproporcionada, errónea ni improcedente de la Administración”.

anuladas sus decisiones, tenga que compensar a la persona afectada con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2012, rec. 462/11, y de 17 de febrero de 2015, rec. 2335/2012). En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado que el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico, ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de razonabilidad exigibles. Esto es, si, a pesar de su anulación, la decisión administrativa conlleva una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se ha atribuido la potestad que se ejercita. No caben, pues, declaraciones genéricas al respecto, debiendo examinarse pormenorizadamente las circunstancias que concurren en cada caso concreto.

Las medidas restrictivas adoptadas por las comunidades autónomas se produjeron bien en el ejercicio de sus competencias tras la expiración el 26 de junio de 2020 del estado de alarma declarado por el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, o bien como autoridades competentes delegadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 2.2 y 3 del Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones provocadas por el SARS-CoV-2.

Respecto a estas últimas –medidas adoptadas por las comunidades autónomas como autoridades competentes delegadas–, la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad de la designación de los presidentes de las comunidades autónomas como autoridades con competencia delegada para el ejercicio de las facultades contenidas en el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, en su fundamento jurídico décimo señalaba cómo *“la delegación acordada, [...] no respondió a lo que es propio de un acto de tal naturaleza [...], que implica que el delegante, en cuanto titular y responsable de la potestad atribuida, establezca, al menos, los criterios o instrucciones generales que deba seguir el delegado, para la aplicación de las medidas aprobadas; para el control que haya de ejercer durante su aplicación; y, por último, para la valoración y revisión final de lo actuado”*. Por tanto, y de acuerdo con la mecánica de la figura de la delegación, el órgano delegante, el Gobierno de la nación, es el responsable último de la facultad atribuida, siendo entonces, en principio, responsable de los perjuicios la Administración del Estado a la que correspondería responder de los daños causados por la comunidad autónoma en el ejercicio de las competencias delegadas.

En todo caso, y como también dejó claro el Tribunal Constitucional en la base jurídica undécima de la citada sentencia, la declaración de inconstitucionalidad de estos preceptos del Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, no comporta de pleno derecho la nulidad de los actos adoptados por las comunidades autónomas como autoridades competentes delegadas, debiendo ser en este sentido lo que establezcan, en su caso, los órganos jurisdiccionales:

*“Esta declaración de inconstitucionalidad no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia. Ello sin perjuicio de que tal afectación pudiera, llegado el caso, ser apreciada*

*por los órganos judiciales que estuvieran conociendo o llegaran aún a conocer de pretensiones al respecto, siempre conforme a lo dispuesto en la legislación general aplicable y a lo establecido en el artículo 40. 1 de la LOTC”.*

Como ya se ha señalado, ninguna de las medidas adoptadas por la Comunidad Autónoma de Galicia como autoridad competente delegada ha sido anulada judicialmente, como tampoco las medidas adoptadas por ella en virtud de sus propias atribuciones. Pero queda por ver lo que sucede para aquellas Comunidades Autónomas, o incluso para el Estado, que sí han visto anuladas judicialmente determinadas medidas. A la presente fecha, todavía no existen pronunciamientos judiciales que puedan ofrecer la seguridad jurídica necesaria para pronunciarse sobre esta cuestión. Sí puede decirse que de momento la doctrina de los órganos consultivos antes expuesta está siendo restrictiva en orden al reconocimiento de derecho a indemnizar, pero los dictámenes de estos órganos no tienen carácter vinculante. En todo caso, la anulación judicial de las medidas es demasiado reciente como para ofrecer bases jurídicas sólidas e inquebrantables.

## 4. Conclusiones

Estamos en un campo ciertamente sensible, por razón de su afectación inequívoca a derechos fundamentales y libertades públicas, con dos materias –la protección de la salud pública y la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas– de rango constitucional, en las que la plenitud de garantías es una obligación escrupulosamente ineludible.

La normativa COVID-19 ha generado y va a seguir generando múltiples polémicas en su aplicación práctica. Se trata de una legislación de urgencia, que surge de una situación extraordinaria, y que se dicta en un contexto en el que no hay un margen razonable para realizar la valoración de oportunidad, legalidad, idoneidad y otras unidades que toda norma requiere. Si el proceso legislativo ordinario implica meses o incluso años de trabajo, estudios, análisis y trámites, la normativa COVID ha sido dictada en cuestión de semanas o incluso días.

Recientemente, diversos fallos del TC han declarado inconstitucionales en mayor o menor medida las normas por las que se declaraban y prorrogaban los estados de alarma (Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021; Sentencia 183/2021, de 27 de octubre de 2021). A ello cabe añadir que el Tribunal Supremo, o incluso los tribunales superiores de justicia autonómicos, no han validado determinadas actuaciones llevadas a cabo por los órganos de gobierno de las comunidades autónomas. Es probable que estas circunstancias afecten al devenir de las cuestiones tratadas en el presente artículo y suscitarán nuevas oportunidades para completar la doctrina del Consello.

A nivel de doctrina de órganos consultivos, y de jurisprudencia, hasta el momento presente han prevalecido los pronunciamientos jurídicos que han considerado dentro del margen de lo tolerable y razonable las medidas adoptadas, y de ello se extrae la inequívoca conclusión de que hay un deber de soportarlas para los titulares de actividades económicas, por tratarse de cargas generales que han afectado al común

de la ciudadanía, por más que su aplicación haya tenido que pormenorizarse según el tipo de sector o actividad de que se trate y las recomendaciones individualizadas para este provenientes de las autoridades científicas.

Pero no cabe descartar un vuelco en esta tendencia, aunque fuera simplemente puntual, y reducido a aquellos supuestos y actividades que se vieron limitados por medidas que posteriormente fueron anuladas por los órganos de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

## Bibliografía

- CONDE ANTEQUERA, J., “La responsabilidad de la Administración por daños derivados de fenómenos naturales: especial referencia al riesgo de inundación”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 45-46, 2015.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 125, 2005.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”, *Revista de Administración Pública*, n. 183, 2010.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. En especial, del Derecho de daños”, *InDret*, n. 2, 2019.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme”, *Revista de Administración Pública*, n. 205, 2018.
- GARCÍA AMADO, J.A., “Sobre algunos mitos del Derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas”, Herrador Guardia, M.J. (ed.), *Derecho de daños 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Civitas, Madrid, 2017.
- MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2005.
- MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Civitas, Madrid, 2007.
- MEDINA ALCOZ, L., “Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 153, 2012.
- MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Cizur Menor, 2019.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “La responsabilidad objetiva de la Administración pública y la equidistribución del coste del bien común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 195, 2018, pp. 155-192.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A.J., “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por incendios forestales”, *Revista de Administración Pública*, n. 179, 2009.

Regap



ESTUDIOS

## Jurisprudencia

### Tribunal Constitucional

STC (pleno) 148/2021, de 14 de julio de 2021. STC (pleno) 183/2021, de 27 de octubre de 2021. STC (pleno) Tribunal Constitucional 70/2022, de 2 de junio de 2022.

### Tribunal Supremo (sala de lo contencioso-administrativo)

STS de 14 de septiembre de 2021, recurso 1112/2021. STS de 3 de junio de 2021. STS de 18 de agosto de 2021. STS de 19 de junio de 2018, recurso 2006/2016. STS de 4 de mayo de 2017, recurso 3333/2015. STS de 19 de junio de 2017, recurso 10231/2003. STS de 14 de noviembre de 2016, recurso 3791/2015. STS de 30 de noviembre de 2015, recurso 3840/2013. STS de 9 de junio de 2015, recurso 2722/2013. STS de 17 de febrero de 2015, recurso 2335/2012. STS de 5 de abril de 2011, recurso 2550/2009. STS de 23 de marzo de 2010, recurso 2181/2008. STS de 21 de julio de 2008, recurso 309/2006. STS de 13 de junio de 2005, recurso 1849/2002. STS de 6 de marzo de 2003, recurso 9783/1998. STS de 27 de julio de 2002 recurso 4012/1998. STS de 29 de junio de 2002, recurso 1729/1998.

### Tribunales superiores de justicia

STSXG 17 de junio de 2022, recurso 7323/2020. STSXG del 26 de noviembre de 2021, recurso 7074/2021. STSXG de 26 de febrero de 2021, recurso 7276/2020. STSJ Castilla-La Mancha de 16 de junio de 2017, recurso 16/2016.

### Juzgado de lo contencioso-administrativo

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 2 de Vigo, de 15 de abril de 2021, PA 67/2021. Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 2 de Santiago de 2 de junio de 2021, PA 177/2021.

## Doctrina consultiva

### Consello Consultivo de Galicia

CCG 317/2022; CCG 289/2022; CCG 229/2022; CCG 247/2021; CCG 190/2021; CCG 141/2021; CCG 106/2021; CCG 263/2020; CCG 72/2018; CCG 480/2018; CCG 429 /2018; CCG 567/2014.



## **Consejo de Estado**

CjE 978/2011, de 21 de julio. CjE 702/2019, de 26 de septiembre.

## **Comisión Jurídica Asesora de Madrid**

CJAM 247/2022; CJAM 599/2021; CJAM 8/2022; CJAM 11/2022; CJAM 27/2022; CJAM 29/2022; CJAM 41/2022; CJAM 44/2022; CJAM 56/2022; CJAM 60/2022; CJAM 63/2022; CJAM 4/2022; CJAM 67/2022; CJAM 75/2022; CJAM 78/2022.

## **Consejo Consultivo de Asturias**

CCA 42/2022; CCA 41/2022; CCA 40/2022; CCA 29/2022; CCA 28/2022.

Regap



ESTUDIOS





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_julio-diciembre 2022 | pp. 297-330  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.5010>  
© Santiago González-Varas Ibáñez  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 08/11/2022 | Aceptado: 29/11/2022

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

64 Regap

Responsabilidade  
patrimonial e COVID

**Responsabilidad  
patrimonial y COVID**

Patrimonial liability and COVID

Regap



ESTUDIOS

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Alicante  
[varas@ua.es](mailto:varas@ua.es)

**Resumo:** Neste traballo estúdase a responsabilidade patrimonial por danos como consecuencia das medidas administrativas impostas durante o COVID-19.

**Palabras clave:** Responsabilidade patrimonial, danos, COVID-19.

**Resumen:** En este trabajo se estudia la responsabilidad patrimonial por daños como consecuencia de las medidas administrativas impuestas durante el COVID-19.

**Palabras clave:** Responsabilidad patrimonial, daños, COVID-19.

**Abstract:** This paper studies the patrimonial liability for damages due to administrative measures imposed during COVID-19.

**Key words:** Patrimonial liability, damages, COVID-19.

**SUMARIO:** 1 Ideas preliminares sobre la responsabilidad patrimonial por daños como consecuencia de las medidas administrativas impuestas durante el COVID-19. 2 Imputación subjetiva del daño causado y relación de causalidad. 3 Daños que el particular no tenga el deber de soportar: antijuridicidad del daño. 4 Cuantificación del daño, por referencia a dichas actividades y a dichas disposiciones.

## 1 Ideas preliminares sobre la responsabilidad patrimonial por daños como consecuencia de las medidas administrativas impuestas durante el COVID-19

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud decreta “pandemia internacional” por la situación de emergencia ocasionada por el brote epidémico de COVID-19.

En España, se dicta el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el primer estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que duraría desde el mismo 14 de marzo de 2020 hasta el 21 de junio de 2020, y que impuso a determinados sectores de la actividad económica limitaciones, prohibiciones y cierres que les generaron cuantiosas pérdidas y daños económicos. Medidas restrictivas siguieron adoptándose por parte de las administraciones públicas estatal y autonómica una vez finalizada la fase de desescalada (el 21 de junio de 2020) sin solución de continuidad hasta la finalización del segundo estado de alarma, el cual fue decretado por el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, desde el día 9 de noviembre de 2020 hasta el día 9 de mayo de 2021.

Es preciso empezar recordando la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que establece en su artículo 3.2 que quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes.

El tenor de esta ley orgánica es claro en aras de reconocer la responsabilidad administrativa patrimonial cuando se producen daños como consecuencia de este tipo de estados de alarma, excepción y sitio. Y no cabe duda de que se han producido daños económicos a los empresarios de todo tipo de sectores que se vieron obligados a cierres parciales o totales de su actividad como consecuencia del COVID-19 y de los dos estados de alarma decretados para luchar contra la pandemia.

Por su parte, el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, establece que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las administraciones públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

Por otro lado, no hay que dejar de referirnos en estas líneas iniciales a la STC 148/2021, de 14 de julio (más adelante nos ocuparemos de la STC 183/2021). Dicha sentencia declaró la inconstitucionalidad parcial del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se decretó el primer estado de alarma, lo que siempre es un elemento a favor de la responsabilidad patrimonial, aunque sin obviar los matices que vamos igualmente a exponer.

Los enjuiciamientos de esta Sentencia 148/2021, recaída en el recurso de inconstitucionalidad 2054/2020, interpuesto frente al Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, y sus prórrogas, se hacen a los efectos de observar la posible inconstitucionalidad de las normas recurridas, concluyéndose que la figura del estado de alarma fue mal empleada, ya que, al implicar las medidas recurridas la “suspensión” de ciertos derechos fundamentales, se excedieron los límites constitucionales del estado de alarma. Esto lleva a la declaración de inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, así como el artículo 10.6 en los términos “modificar”, “ampliar o” –redacción resultante del RD 465/2020– (que por tanto resulta contrario al artículo 38, en relación con el artículo 116.2, ambos de la Constitución española).

Ahora bien, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la sentencia, el TC declara que de esta inconstitucionalidad no puede sacarse provecho para, automáticamente, derivar responsabilidad patrimonial por inconstitucionalidad de la norma anulada.

Pero esto no quiere decir que exista –o deje de existir– responsabilidad patrimonial, cuestión a determinar, pues, por la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud del artículo 3.2 de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (derecho a ser indemnizado, como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de dichos estados, por sufrir, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no le sean imputables), pero también conforme a los presupuestos generales de la LRJSP 40/2015.

La STC 148/2021 ha afirmado la proporcionalidad de las medidas adoptadas, pero desde el punto de la perspectiva constitucional del estado de alarma, sin haberse realizado –a mi entender– un juicio de proporcionalidad riguroso, serio y fundado de las medidas decretadas en un contexto jurídico de la responsabilidad patrimonial propiamente dicha. Ello es así, entre otros motivos, porque la argumentación del recurso de inconstitucionalidad no se centra en las medidas adoptadas y en su eventual necesidad, sino en la consideración de que algunas de dichas medidas, aunque posiblemente necesarias, supondrían una suspensión de derechos constitucionales y, por tanto, excederían el marco permitido por la configuración constitucional del estado de alarma. Además, la falta de rigor del Tribunal Constitucional al comparar con las medidas arbitradas en otros países europeos se aprecia –insisto, a mi entender– cuando no se tiene en cuenta que en dichos países (Bélgica, Francia, Alemania, etc.) estas medidas de cierres de establecimientos y limitaciones del ejercicio de la libertad de empresa vinieron acompañadas de ayudas directas a estos sectores,

Regap



ESTUDIOS

en el sentido de abonarles un alto porcentaje (hasta el 70 o 75 %) de la facturación acreditada mediante el pago de impuestos en el ejercicio 2019.

Por otro lado, es claro en mi opinión que, aunque sean legales los daños, debe pagarse por dichos daños. En último término, la propia sentencia constitucional hace una llamada a la posible derivación de daños conforme a la citada Ley 4/1981.

Por tanto, el enfoque de la responsabilidad patrimonial por los daños económicos sufridos como consecuencia de las medidas adoptadas por las administraciones competentes para luchar contra el COVID-19 no puede ser otro más que el siguiente:

- La responsabilidad patrimonial queda en manos de la jurisdicción contencioso-administrativa, jurisdicción que habrá de enjuiciar los casos sobre la base del artículo 3.2 de la Ley orgánica 4/1981, y sobre la base de los presupuestos generales de la LRJSP 40/2015.
- Los daños a actividades y establecimientos de todo tipo no se producen solo como consecuencia de restricciones dirigidas expresamente a tales sectores de la actividad, sino como consecuencia también de la restricción de movimientos de las personas (artículo 7 del Real decreto enjuiciado). Y, sobre esto último, la inconstitucionalidad ha sido claramente declarada por la STC 148/2021.
- Lo que es indudable es que, al margen de los reales decretos estatales reguladores del estado de alarma, se sitúa la responsabilidad patrimonial de las CC.AA., que entra en escena una vez que se inicia la desescalada, continuando en el segundo decreto de alarma, como veremos a continuación al estudiar el título de imputación subjetiva.

## 2 Imputación subjetiva del daño causado y relación de causalidad

Abordando ya los sobradamente conocidos elementos o requisitos definidos jurisprudencialmente para determinar la responsabilidad patrimonial, trataré, en este apartado, de forma conjunta –por su interconexión– la imputación subjetiva del daño causado y la relación de causalidad.

Por lo que se refiere a la «imputación subjetiva del daño causado», se ha de razonar en torno a dos situaciones principales:

– Primeramente, las restricciones y órdenes de cierre, que afectaron directa o indirectamente a las actividades de cualquier sector, ordenadas por disposiciones estatales, por lo que, en este caso imputamos la responsabilidad al Estado:

Primero, el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 desde el 14 de marzo (y se fue prorrogando hasta en seis ocasiones, siendo la última prórroga la establecida por el Real decreto 555/2020, de 5 de junio, según la cual el estado de alarma duró hasta las 00.00 horas del día 21 de junio de 2020). En

la reunión extraordinaria del Consejo de Ministros de 17 de marzo de 2020 se aprobó el Real decreto 465/2020, de 17 de marzo, de modificación del primero, imponiendo la limitación de determinados derechos fundamentales y libertades públicas, como la libertad de circulación de las personas (*ex* artículo 17.1 de la Constitución), con algunas excepciones (artículo 7 del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo); o la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución), con la suspensión de la apertura en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales, además de la limitación de actividad en el ámbito de los transportes de viajeros, entre otras (artículos 10 y 14, *Ibidem*). Además, ambos reales decretos habilitaban a las autoridades competentes para adoptar medidas de contención de la pandemia en múltiples sectores económicos, sociales y culturales, lo que dio lugar a un sinnúmero de órdenes ministeriales. Estas actuaciones se hacen después de que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud decretase “pandemia internacional” por la situación de emergencia ocasionada por el brote epidémico de COVID-19.

Segundo, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020, del Plan para la desescalada de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19, en el cual se establecen cuatro fases hasta el 21 de junio de 2020 para volver a la “nueva normalidad”, y las diferentes órdenes del Ministerio de Sanidad por las que se establecen las restricciones de ámbito nacional que serán aplicables durante cada una de las cuatro fases del Plan para la transición hacia una nueva normalidad. El acuerdo concibe el levantamiento de las medidas de contención de modo gradual, asimétrico, coordinado con las comunidades autónomas y adaptable a los cambios de orientación necesarios en función de la evolución de los datos epidemiológicos y del impacto de las medidas adoptadas. El Plan para la desescalada estableció una fase cero o preliminar y tres fases de desescalada diferenciadas en función de las actividades permitidas en cada una de ellas, por las que podrán transitar los diferentes territorios en función de diversos parámetros, criterios e indicadores en él contemplados, hasta llegar a la fase III, tras la cual se pondrá fin a las medidas de contención, pero se mantendrá la vigilancia epidemiológica, la capacidad reforzada del sistema sanitario y las medidas de autoprotección de la ciudadanía.

Y, tercero, el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 y que estaría vigente (según la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre –BOE n. 291, de 4 de noviembre de 2020–) desde el día 9 de noviembre de 2020 hasta el día 9 de mayo de 2021. Esta norma estatal establece la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, la limitación de la entrada y salida en las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía y las limitaciones a la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados.

– Segundo, las restricciones que atañen directamente a cada sector de la actividad económica afectado (aforos, cierres totales de la actividad, horarios de apertura y

Regap



ESTUDIOS

cierre de los establecimientos, prohibición de celebraciones y actividades en grupo, etc.), así como las restricciones en los derechos de reunión y movilidad y circulación de las personas, ordenadas por disposiciones autonómicas durante la aplicación del Plan de desescalada y a lo largo de todo el segundo estado de alarma. En este caso, se ha de imputar la responsabilidad patrimonial, asimismo, a las comunidades autónomas en virtud de las normas restrictivas que fueron dictando de acuerdo con las siguientes competencias que tiene atribuidas:

En aplicación del párrafo segundo del artículo 6.1 del Real decreto 555/2020, de 5 de junio, quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma, en ejercicio de sus competencias, podrá establecer la adopción, supresión, modulación y ejecución de medidas correspondientes a la fase 3 del Plan de desescalada.

El Real decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, que entró en vigor a partir del 21 de junio de 2020 y que fue dictado con la finalidad de regular la situación denominada de “nueva normalidad” tras la finalización de las fases de desescalada y la expiración del estado de alarma el 21 de junio, además de las competencias que, con carácter general, son atribuidas a las Administraciones autonómicas competentes para asegurar la vigilancia, control y efectividad de las medidas específicas en ellas contenidas, atribuyó a las administraciones autonómicas competencias para implementar las medidas que fueran necesarias en cada ámbito de actividad para garantizar las condiciones de higiene y prevención que sean necesarias para evitar contagios. Por ello, todas las comunidades autónomas, tras la finalización del estado de alarma el 21 de junio de 2020, aprobaron sucesivos planes de medidas de prevención y control para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

El Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 dispuso que tanto el artículo 5, referido a la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, como el artículo 6, referido a la limitación de la entrada y salida en las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía, y el artículo 7, referido a las limitaciones a la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados, serían eficaces en el territorio de cada comunidad autónoma o ciudad con estatuto de autonomía cuando la autoridad competente delegada respectiva lo determinase, la cual también podrá modular, flexibilizar y suspender la aplicación de estas medidas. Así, las diferentes CC. AA. dictaron órdenes de limitaciones a la movilidad nocturna, limitaciones de la entrada y salida de las personas en las comunidades autónomas (cierres perimetrales autonómicos), cierres perimetrales provinciales, órdenes de limitación de reuniones sociales y familiares y aforos de lugares de culto, etc.

Además, cada comunidad autónoma, en su condición de autoridad sanitaria, puede adoptar las medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria, tal como establecen diversas normativas estatales y autonómicas: la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública; la Ley orgánica 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad; o la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, que permiten a las autoridades sanitarias competentes



adoptar, en situaciones extraordinarias y excepcionales de grave riesgo para la salud pública, cuantas medidas sean necesarias para garantizar la salud de la población. En la legislación autonómica, en los estatutos de autonomía se atribuye a la comunidad autónoma respectiva, sin perjuicio de las facultades reservadas al Estado, competencia exclusiva de las funciones en materias tales como la sanidad y salud pública, la promoción de la salud en todos los ámbitos, la planificación de los recursos sanitarios públicos (etc.). En este sentido, las diferentes CC. AA. dictaron órdenes de suspensión de apertura al público de los grandes establecimientos comerciales, de instalaciones deportivas convencionales y centros deportivos para la realización de actividades físicas que no sean al aire libre, órdenes de prohibición de asistencia de público a eventos deportivos que se realicen en instalaciones deportivas que no sean al aire libre, órdenes de suspensión de todas las actividades de restauración, ya sea en interiores o en terrazas, o en ambos, órdenes de horario máximo de apertura hasta una cierta hora para todos los establecimientos, actividades y servicios regulados, órdenes de prohibición de celebración de eventos masivos de cualquier índole que impliquen aglomeración o concentración de personas durante la Semana Santa, etc.

Los daños se imputan, por lo tanto, a este tipo de disposiciones que acaban de mencionarse, en la medida expuesta. Básicamente, al Estado en cuanto autor del RD 463/2020, así como de las fases de desescalada y las medidas restrictivas que cada fase implica y en cuanto autor del RD 926/2020 (artículo 5, sobre limitación de la circulación nocturna; artículo 6, sobre limitación de cierres perimetrales; y artículo 7, sobre limitación a reuniones). Y básicamente a las comunidades autónomas, en el sentido igualmente expuesto, en tanto en cuanto es su presidente quien concreta las medidas limitativas de derechos del RD 926/2020, en tanto en cuanto su gobierno es el que precisó en su momento qué territorios irían avanzando en cada una de las fases de desescalada, así como por ser –en su calidad de autoridad con competencia exclusiva en materia de sanidad y salud pública– los autores de las limitaciones por sectores que afectan de forma especialmente directa al normal ejercicio y desarrollo de la actividad (aforos, horarios de aperturas y cierres de restaurantes y hoteles, órdenes de cierres del sector hostelero, etc.).

Es relevante emplear respecto de las medidas adoptadas por las CC. AA. el mismo método jurídico-comparado y de proporcionalidad que ha usado la STC 148/2021 cuando el TC examinó si las medidas estatales eran proporcionadas por asemejarse a las de otros países de nuestro entorno. Aplicando este mismo criterio por referencia a la responsabilidad patrimonial de las CC. AA., se trata de analizar la posibilidad de haber adoptado medidas menos gravosas respecto de las actividades y sectores afectados económicamente por las medidas impuestas para frenar el COVID-19. Habiendo sido posible, a nuestro juicio, adoptar medidas menos restrictivas para lograr el mismo resultado, como corrobora el ejemplo de la Comunidad de Madrid respecto de sectores como la hostelería y restauración, cabe pensar que no es entonces proporcionada (y, por tanto, es antijurídica) la actuación más gravosa de Administraciones autonómicas con cifras epidemiológicas similares o más favorables que las de Madrid.

regap



ESTUDIOS

Es interesante poner de manifiesto a estos efectos el análisis que realiza la jurisprudencia citada del TC sobre el principio de proporcionalidad: “Sobre el principio constitucional de proporcionalidad, y su proyección en el ámbito de derechos fundamentales, existe una muy reiterada doctrina constitucional. Basta ahora recordar que el examen jurisdiccional de dicho principio se articula en tres pasos sucesivos. Habrá de apreciar, en primer lugar, si la medida enjuiciada aparece como idónea para la consecución de la finalidad legítima que pretende; si resulta, además, necesaria, por no existir otra menos incisiva en el derecho fundamental y de eficacia pareja; y si, superados estos dos escrutinios, la afectación del derecho se muestra, en fin, como razonable, por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre el derecho en cada caso comprometido [por todas, SSTC 8/2015, de 22 de enero, FJ 4; 49/2018, de 10 de mayo, FJ 7.d); 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5; y 99/2019, de 18 de julio, FFJJ 6, 8 y 9]”.

Por otra parte, tras las SSTC 148/2021 y 183/2021 (relativa al segundo decreto de alarma), se han producido pronunciamientos del TS en este contexto mismo de que fuese preciso un juicio de necesidad y de proporcionalidad en el contexto de las medidas adoptadas en el COVID-19. Así, por todas, en la STS 62/2022, de 26 de enero (recurso de casación n. 1155/2021), se insiste en que es necesario “comprobar si la Administración ha justificado que esas medidas restrictivas o limitativas superan el juicio de necesidad –no hay otros medios o no los hay menos agresivos para evitar el contagio–; idoneidad –son los adecuados y suficientes– y proporcionalidad –esto es, guardan coherencia con el riesgo grave de transmisibilidad–”. En esta línea, también citamos la STSJ de la Comunidad Valenciana n. 21/2021, de 21 de enero.

Ahora bien, en relación con el título de imputación subjetiva de las CC. AA., hay que tener en cuenta que la STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 5342-2020 respecto de diversos preceptos del Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2; y distintos preceptos del Real decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real decreto 926/2020, incide en la inconstitucionalidad por vulneración del artículo 116, al haberse desconocido con la delegación los órganos a quienes la Constitución confía la declaración inicial y la eventual prórroga del estado de alarma (al Gobierno y al Congreso de los Diputados) y, asimismo, la posición institucional del Congreso y del Gobierno, y a las relaciones entre ambos órganos, con ocasión y durante la vigencia de un estado de alarma y de su prórroga.

No es descabellado pensar que, sobre la base de esta STC 183/2021, las comunidades autónomas seguramente negarán su título de imputación en lo que se refiere al Plan de desescalada del primer estado de alarma (aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020) y al periodo comprendido entre el 25 de octubre de 2020 y el 9 de mayo de 2021, es decir, durante la vigencia del segundo estado de alarma declarado mediante el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, al no ser las medidas adoptadas generadoras de responsabilidad para la Administración autonómica, porque debieron ser adoptadas por el Gobierno de la nación y, de hecho, se

deduce de la sentencia que en efecto las medidas son las establecidas en el propio Real decreto 926/2020 (artículos 5 a 8 esencialmente), sin perjuicio de la “habilitación” a los presidentes autonómicos para su concreción en su ámbito territorial. Y, en tal sentido, es más que probable que las comunidades autónomas afirmen que ha de ser a la Administración del Estado, y no a la autonómica, a la que se haya de referir la posible concurrencia de la responsabilidad patrimonial reclamada en lo que concierne al Plan de desescalada y al periodo de vigencia del segundo estado de alarma, entendiéndose que solo les podrían ser imputables, en su caso, a las comunidades autónomas los daños causados por las medidas impuestas entre el 21 de junio de 2020 y el 25 de octubre de 2020 (periodo comprendido entre la finalización de la desescalada y la declaración del segundo estado de alarma).

Citamos en este contexto el artículo 33.1 y 2 de la LRJSP 40/2015. «Responsabilidad concurrente de las administraciones públicas». El tribunal juzgador podrá confirmar la regla de solidaridad, salvo que observe posible el reparto de porcentajes de culpa, de cada Administración. Todo ello en ausencia de “fórmulas conjuntas de actuación entre” las dos “administraciones públicas”.

Se explica así que en la práctica lo determinante muchas veces pase a ser la determinación de la Administración responsable, cuando entran en juego posibles criterios de imputación subjetiva del daño causado<sup>1</sup>. Para imputarle la responsabilidad a una u otra Administración, la regla general distribuye la responsabilidad según los criterios de competencia, interés tutelado e intensidad de la actuación<sup>2</sup>.

Cuando aplicando dichos criterios no sea posible determinar la responsabilidad de cada una de las administraciones, se acude a la regla de la solidaridad<sup>3</sup>. Puede citarse la STS de 22 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5127) (recurso 3719/2017) que reconoce el derecho a ser indemnizado a un particular, por vinculaciones singulares derivadas de una catalogación por planeamiento urbanístico. En cuanto a qué Administración es responsable, en la medida en la que en la aprobación del Plan habían participado el municipio y la comunidad autónoma, se afirma en parte la regla de solidaridad y en parte se entra a determinar la imputación concreta de la Administración responsable (el ayuntamiento): “En este caso, tanto la Administración autonómica como el ayuntamiento han participado en la elaboración y aprobación del planeamiento urbanístico, cuyas determinaciones son causa de las aludidas vinculaciones singulares y de las consiguientes limitaciones del aprovechamiento urbanístico, de modo que ambas podrían ser condenadas a pagar la indemnización al propietario, gravado con ellas, *en forma solidaria, pero entendemos que resulta diferenciable o distinguible la vinculación consistente en la catalogación del inmueble, que ya venía dispuesta en el planeamiento anterior y tiene un carácter reglado, de la que deriva el destino de la parcela a gasolinera, de modo que en aquella catalogación la participación, de acuerdo*

<sup>1</sup> STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2006, por la que se condena a un ayuntamiento por los daños ocasionados a un particular por la rotura de una tubería; STSJ de Andalucía, Granada, de 10 de noviembre de 2003; STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2004; STS de 26 de julio de 2001.

<sup>2</sup> STS de 10 de mayo de 2012 [RJ 2012, 8224], casación 5342/2009.

<sup>3</sup> STS de 3 de marzo de 2009 [RJ 2009, 1302], casación 9070/2004.

*a las competencias ejercitadas y al interés público tutelado, debe considerarse conjunta y, por tanto, solidaria la responsabilidad del ayuntamiento y de la Administración de la comunidad autónoma, mientras que en la otra limitación, causada por la asignación de la parcela al uso de estación de servicio de combustible, al no estar ante una decisión reglada ni concernido un interés supramunicipal, la intervención del ayuntamiento ha sido la determinante, según acertadamente lo adujo la Administración de la comunidad autónoma en su contestación a la demanda, de manera que es aquel quien deberá pagar la indemnización al propietario por tal concepto*”. «Partiendo del dato de que los planes urbanísticos son aprobados normalmente por dos administraciones distintas (municipio y comunidad autónoma), la regla general es la de establecer la responsabilidad concurrente de ambas, mediante el criterio de la solidaridad».

En virtud de la exposición que acaba de hacerse (sobre la que incidiremos y profundizaremos *infra*), la relación de causalidad parece clara desde el momento en que estamos ante un supuesto en que los poderes públicos directamente decretan medidas que no ocultan la finalidad de menor afluencia, o incluso cierre, de diversas actividades empresariales. Las medidas no ignoran el perjuicio que se causa a dichos concretos sectores de la economía, más bien ello se asume, singularizadamente, en beneficio de la comunidad.

Se trata de un perjuicio consciente. No por ello, obviamente, las medidas se han dictado para causar un daño, pero dicho daño se causa con toda consciencia o intención, para salvaguardar bienes de la colectividad. Se trata precisamente de cierres o restricciones de carácter deliberado, porque se entiende que esta es la forma de evitar que se siga propagando el virus. Estamos, pues, ante el típico caso de la salvaguarda de un fin público a costa de un administrado. No estamos ante un caso en que haya que interpretar si el daño se imputa al poder público. En este plano el supuesto que nos ocupa es más sencillo. Por el momento, estamos aludiendo antes a otra perspectiva, relativa a los daños causados por las disposiciones directamente destinadas a ciertos sectores de la actividad económica, para evitar que afluyan personas, por los motivos conocidos de prevenir contagios.

Sin entrar en si esas medidas eran o no necesarias o proporcionadas (pese a la doctrina y jurisprudencia que hemos recogido sobre la base de la cual puede considerarse que las medidas impuestas han sido desproporcionadas e inoportunas) el hecho es que, de una u otra forma, los poderes públicos han provocado un daño consciente, pensando en la salvaguarda del bien común y la salud pública de todos, a costa de ciertos sectores concretos de la actividad.

La causalidad se produce en lo relativo a las disposiciones que se han venido dictando, bien del cierre directo de establecimientos y prohibiciones de actividades, bien mediante restricciones generales en derechos de los ciudadanos cuya consecuencia ha sido la menor o nula afluencia de clientes. Acaso otros presupuestos de la responsabilidad puedan ser más discutibles, pero la causalidad resulta clara, toda vez que los actos se dirigen directamente al cierre total o parcial del establecimiento en cuestión, o a la prohibición total o parcial de la actividad en cuestión.

No obstante esta claridad, porque las medidas provocan directamente el daño, se alude seguidamente a la doctrina sobre causalidad, a mayor abundamiento, o para el debido fundamento de cualesquiera pretensiones indemnizatorias.

Puede citarse la STS de 27 de octubre de 1998 (recurso de apelación n. 7269/1992) ya que centra las exigencias de causalidad y hace recaer la carga de la prueba en la Administración (sobre la existencia de fuerza mayor). Afirma que el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual debe tomar en consideración que:

*“a) Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquel.*

*b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que válidas como son en otros terrenos irían en este en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.*

*c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor, única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de esta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.*

*d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima sea suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia”.*

Asimismo, podemos basarnos en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de octubre de 2009 para extraer doctrinas de interés con el debido refrendo. Primeramente, esta sentencia reconoce que, una vez que se haya acreditado y reconocido el hecho dañoso, el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, supuesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal.

Regap



ESTUDIOS

Apunta el fallo citado en último lugar que, de las soluciones brindadas por la doctrina la teoría de la condición o de la equivalencia de las causas que durante tanto tiempo predominó en el derecho penal, según la cual es causa del daño toda circunstancia que, de no haber transcurrido, hubiera dado lugar a otro resultado, está hoy sensiblemente abandonada. *La doctrina administrativista se inclina más por la tesis de la causalidad adecuada*, que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que solo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a esta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una *conditio sine qua non*, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición, por sí sola, no basta para definir la causalidad adecuada.

Por otro lado, “no solo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos”.

A mi entender, la situación que se ha producido con el COVID-19 no tiene nada que ver con la fuerza mayor, ya que se trata de disposiciones administrativas que directamente disponen el cierre de establecimientos y la prohibición de actividades, o que directamente imponen restricciones a las personas que no pueden acudir a esos establecimientos y no pueden ejercitar esas actividades. La relación de causalidad resulta desde el momento en que, al igual que ocurre con cualquier otra medida expropiatoria, el poder público se ve en la necesidad o conveniencia de sacrificar a un particular en beneficio de la generalidad. No parece ser preciso siquiera entrar en la relación entre caso fortuito y fuerza mayor, ya que en el caso que nos ocupa el daño no se ha causado fortuitamente, sino con toda intención, para la salvaguarda de bienes jurídicos esenciales de la población.

Sin negar, por supuesto, la existencia de esos motivos e indicadores epidemiológicos, no cabe duda de que las restricciones y las medidas impuestas por las administraciones se hicieron con la intención de reducir la afluencia de personas a ciertos establecimientos y a ciertas actividades, ya que es el fin que se pretendía, esencia misma de una idea de causalidad.

Por tanto, se sacrifica a ciertos sectores concretos en beneficio de la generalidad. El quid es que, para beneficiar o salvar a la colectividad, se repercute contra esos establecimientos y actividades concretas (como puede ser la restauración y hostelería, los hoteles, las actividades de entretenimiento, cultura y ocio, actividades deportivas, etc.).

La lógica expropiatoria parece evidente. Tampoco se trata, en este caso, de discutir necesariamente si las disposiciones administrativas se hicieron bien o mal. Se

trata de que, independientemente incluso de tal circunstancia, se ha singularizado el daño, en aras del bien común, esencia misma de la expropiación o de la responsabilidad patrimonial. La disposición administrativa provoca el efecto pretendido por la misma, es decir, una menor afluencia de personas para prevenir contagios, igual que en cualquier otra expropiación. Puede no ser censurable el fin expropiatorio si no si elude la necesidad de indemnizar.

Este caso, en mi opinión, se relaciona esencialmente con la expropiación forzosa y su concepción material, debiéndose indemnizar los perjuicios singulares por las medidas adoptadas por los poderes públicos, como cierres de establecimientos o requisas o similares, en beneficio de todos. Lo contrario, es decir, dejar sin garantía al perjudicado, sería pretender que, a costa del beneficio de todos, se puede perjudicar a uno, sin indemnizarlo, lógica que nunca se ha dado en nuestro derecho administrativo, al menos desde la Ley de expropiación forzosa de 1954.

Es importante, pues, recordar sentencias sobre casos en que, aun siendo legales las órdenes decretadas, de cierre de establecimientos, debe indemnizarse a los particulares por los daños causados. Lo expresa, por todas, con toda claridad la STS de 16 de julio de 2003 (rec. 1556/2000), donde se justifica la orden del Estado, pero, como se “justifica” para la salvaguarda de los intereses colectivos, debe indemnizarse al sacrificado:

*“(…) Impugnan el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de octubre del 2000, dictado en el procedimiento administrativo 227/1999, en el que se discutía la procedencia de condenar a la Administración del Estado a indemnizar a los recurrentes titulares de un determinado negocio en Gibraltar, por los daños y perjuicios que se les causó como consecuencia del cierre del puesto aduanero y policial situado en la Línea de la Concepción acordado por el Gobierno en 6 de junio de 1969.*

(...)

*b) Los reclamantes son ciudadanos españoles que tenían residencia en La Línea de la Concepción, y eran propietarios del negocio denominado DIRECCIÓN000, establecido en Gibraltar, en DIRECCIÓN001 NUM000 (...).*

*c) El Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 1969, de cierre de la frontera con Gibraltar a partir de las 24 horas del día 8 siguiente, determinó la imposibilidad para los interesados de acceder al negocio y poder atenderlo.*

(...)

*El Gobierno, en desarrollo legítimo de las funciones que tiene encomendadas en materia de política exterior (art. 97 CE), adoptó una medida de carácter discrecional que, por su propia naturaleza, no resultaba fiscalizable jurisdiccionalmente, pero ello no es obstáculo a que pueda dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, pues precisamente el artículo 40 de la Ley de régimen jurídico, precedente del artículo 106.2 de la Constitución, establece el «derecho de los particulares a ser*

*indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia [...] de la adopción de medidas no fiscalizables en la vía contenciosa», de donde deviene procedente la indemnización solicitada, habida cuenta que se ha producido el efecto dañoso, individual y efectivo, para el reclamante como consecuencia de la medida gubernamental adoptada, determinante de la brusca interrupción de las actividades empresariales que aquel desarrollaba, y cuyo efecto no tenía la obligación de soportar el actor porque el cierre de la frontera fue decretado en aras de los intereses nacionales”.*

Otra sentencia de reconocimiento de responsabilidad patrimonial por el cierre de un establecimiento por razones de interés público es la STSJ de Castilla-La Mancha 289/2006, de 19 de junio de 2006, por la que se decretó el cierre de un establecimiento por motivos de realización de una feria. La medida podrá ser adecuada, pero hay que pagar por los perjuicios singulares producidos por el cierre<sup>4</sup>.

Por motivos sanitarios, otra sentencia importante es la STS de 29 de noviembre de 2001 rec. 9891/1997, en la que se indemniza a una industria por un cierre que el tribunal considera “lícito” pero que no tiene por qué ser soportado por aquella, como consecuencia de una epidemia de trabajadores, por el tiempo que estuvo cerrado dicho establecimiento:

*“El Gobierno (...) adoptó el acuerdo, en consideración de la existencia de riesgos actuales, inminentes y extraordinarios para la salud de los trabajadores, de suspender totalmente durante la vigencia del mismo (6 meses, que posteriormente se han prorrogado hasta la fecha) la actividad de la empresa recurrente, entre otras, todo ello como consecuencia de la aparición, en el mes de abril de 1992, de un brote epidémico en el área de salud de Alcoi, en el que se habían realizado exámenes clínicos a 200 trabajadores y ex trabajadores de las 9 empresas del sector de la aerografía textil en la Comunidad Valenciana, y se había encontrado un factor común en todos los casos detectados. En el momento de adoptar el acuerdo, 59 personas habían sido declaradas en casos confirmados de enfermedad pulmonar intersticial por exposición a tóxicos de ambiente laboral, y 5 de ellas habían fallecido a causa de esta enfermedad. Que, anteriormente, y en concreto el 28 y 29 de julio ya se habían paralizado las actividades en diferentes empresas del sector. Que, como reconoce la Administración demandada, las prórrogas de la suspensión y prohibición de la estampación textil, por aerografía en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana, se deben a que hasta la fecha y pese a las investigaciones llevadas a cabo no se ha podido determinar con exactitud el agente o agentes causantes de las graves alteraciones en la salud de los trabajadores. Razón que justifica, para la Administración, prorrogar las medidas relativas a la suspensión y prohibición de la actividad de estampación textil por aerografía a*

<sup>4</sup> “Se somete al control judicial de la sala el acto presunto por silencio administrativo negativo de la petición deducida por don Donato ante el Ayuntamiento de Albacete, solicitando que, con motivo de la Feria de Albacete del año 2002, no se produjese el cierre de las instalaciones de venta de combustible; o, en su caso, se le indemnice por lucro cesante por importe de 506.372 ptas.”



fin de conseguir la debida salvaguardia de la salud de los trabajadores. La sentencia de instancia, igualmente, da por probado que la empresa AEROMAN había cumplido con todas las exigencias administrativas, mediante la aportación del proyecto técnico, la licencia municipal y demás exigencias establecidas por el Reglamento de 30 de noviembre de 1961, así como las exigencias de la legislación de seguridad e higiene en el trabajo. Además, se manifiesta, paralizado el trabajo el 21 de junio de 1992, por la Inspección de Trabajo, para que se instale y funcione adecuadamente un sistema de aspiración localizada, obras que la actora dice haber realizado en agosto, antes de que la Generalidad Valenciana decretara el cierre de la empresa. Sobre estas premisas, la sala, después de examinar los artículos, 106.2 de la Constitución y 139 de la Ley 30/92 y 121 y 122 de la Ley de expropiación forzosa, relativos a la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, y valorando la medida adoptada a la luz de lo establecido en el artículo 43 de la Constitución, en los artículos 4 y 19 del Estatuto de los trabajadores y en el artículo 26 de la Ley general de sanidad, de 14 de abril de 1986, que permite, ante la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, que las autoridades adopten las medidas preventivas que estimen pertinentes, entre las que se incluyen la suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, considera, sin embargo, que el ejercicio de dicha potestad ha de indemnizar los perjuicios que con ello se causan, al tratarse de una actividad de la Administración lícita pero dañosa y que no debe ser soportada por quien tenía su industria abierta con todas las formalidades exigidas por la normativa vigente. No admitiendo la tesis de que los daños no son indemnizables al derivar de una medida sanitaria de carácter obligatorio para todo el sector, obligación que, a juicio de la Administración, tiene la recurrente que soportar. Como precedentes jurisprudenciales, se cita la Sentencia de 12 de diciembre de 1991, por sacrificio de animales enfermos destinados a la alimentación; de 29 de noviembre de 1978, derechos de mariscadores y pescadores.

(...) Se considera, acertadamente por el tribunal de instancia, que las consecuencias de los daños y perjuicios ocasionados por el ejercicio de una potestad administrativa lícita pero dañosa no deben ser soportadas por quien tenía su industria abierta con todas las formalidades exigidas por la normativa vigente, máxime cuando la Administración, según sus propias manifestaciones, no ha podido acreditar la causa o causas de las graves alteraciones de la salud de los trabajadores. Todo ello justifica que no nos encontremos ante un supuesto de fuerza mayor, como razona la recurrente, única hipótesis que justificaría la exención de responsabilidad de la Administración. Todo ello implica la necesaria desestimación del único motivo del recurso, previa la declaración de la conformidad de la sentencia recurrida con el ordenamiento jurídico.

QUINTO.- La jurisprudencia de esta sala, en Sentencia de 24 de octubre de 2000, recuerda, con cita de las de 26 de febrero y 2 de abril de 1985, que, para apreciar la responsabilidad objetiva, no se requiere otro requisito que la relación de

Regap



ESTUDIOS

*causalidad entre el acto y el daño, prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud de la actuación de la Administración autora del daño, siempre que la actuación lícita o ilícita de la Administración se produzca dentro de sus funciones propias. Como complemento a esta doctrina, la Sentencia de 24 de octubre de 2001 recuerda que la única circunstancia exonerante de la responsabilidad de la Administración es la presencia de fuerza mayor, supuesto que no concurre en el presente caso”.*

La lógica es la del sacrificio especial a costa de la satisfacción de la generalidad<sup>5</sup>.

Asimismo, debe indemnizarse por el cierre de un establecimiento que cause indirectamente la Administración, así cuando el cierre (y, por ende, los daños) se producen como consecuencia de no atender solicitudes de los particulares o por el cierre inexigible del establecimiento<sup>6</sup>.

Pese a que la indemnización en este caso del COVID-19 sigue una lógica expropiatoria, independientemente de si la Administración actuó incluso bien o mal, se ha considerado que la Administración distó de una actitud correcta: así, el profesor Diego Gómez sitúa el caso del cierre de los establecimientos de restauración en 60 municipios de Galicia (con excepción del servicio a domicilio) mediante la Orden de 4 de noviembre de 2020 de la Consellería de Sanidad gallega como ejemplo de “carencia absoluta de motivación y de arbitrariedad”<sup>7</sup>.

Es obvio que, si el daño se produce por funcionamiento anormal, error de la Administración, actuación ilegal, anulación, etc., la imputación es entonces más clara de cara a indemnizar por los daños causados.

Profundizando en los presupuestos de la relación de causalidad, tampoco podemos afirmar que haya habido ruptura del nexo causal (comportamiento de la víctima). En lo material, se imputa el daño a la Administración, sin que pueda en el caso que nos ocupa producirse *la ruptura del nexo causal*.

Por otro lado, en la responsabilidad de la Administración pública no es extraño, sino típico, que (como ocurre asimismo en este caso) el supuesto «se resista a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes de otros» (STS de 28 de noviembre de 1998; STS de 4 de mayo de 1999).

Afirma G. Doménech Pascual<sup>8</sup>, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Valencia, que, aunque la aparición del COVID-19 pudiera encajar en principio en fuerza mayor, “no creemos que la concurrencia de fuerza mayor permita excluir totalmente la posibilidad de que las administraciones públicas respondan patrimonialmente por los daños sufridos por los ciudadanos en el marco de esta crisis. Los perjuicios provocados por esta pandemia seguramente eran inevitables

<sup>5</sup> STS de 23 de marzo de 2009, rec. 10236/2004.

<sup>6</sup> STSJ de Castilla y León, Burgos, de 28 de noviembre de 2011, rec. 70/2011.

<sup>7</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, D., “Medidas sanitarias autonómicas dictadas por delegación en el estado de alarma: ¿Discrecionales o arbitrarias?”, *Almacén de Derecha*, noviembre 2020.

<sup>8</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), 2020, pp. 102-109.

hasta cierto punto, pero las administraciones públicas españolas, con sus acciones y omisiones, han podido agravarlos o mitigarlos”.

En efecto, este es el quid: en un contexto en el que la propia normativa estatal propicia el planteamiento indemnizatorio, sobreviene una normativa autonómica que incide más en esa línea. Profundizando en el perjuicio posiblemente ya singularizado (en el contexto del artículo 10 del Real decreto 463/2020) se intensifica dicho efecto y se descubre una faz del asunto puramente indemnizatoria o compensatoria. Es, precisamente, la intensificación o singularización del perjuicio, hecho por la normativa autonómica respecto de la estatal, lo que lleva a la identificación más nítida de los presupuestos propios de la responsabilidad patrimonial, del sacrificio singular o especial de uno para beneficio de todos. El carácter indemnizable asociado a la disposición autonómica se observa en especial ante el hecho de esa reiteración, profundización, intensificación en la línea abierta por el Estado, por parte de la continuidad del sacrificio, de por sí ya especial, por parte de la comunidad autónoma. La necesidad de indemnizar se revela más acuciante.

El mismo profesor Doménech Pascual<sup>9</sup> considera este tipo de requisas temporales o medidas de cierres o suspensiones (...) de actividades empresariales (por referencia a la hostelería) encajables dentro de la Ley de expropiación forzosa, en conexión con los artículos 8 y 13 del Real decreto 463/2020, como “medidas individualizadas” indemnizables y no “delimitaciones” de derechos (no indemnizables).

Afirma Doménech Pascual que la clave está en si el ejercicio del derecho que resulta sacrificado por la Administración es intolerablemente peligroso o nocivo para la sociedad o si, por el contrario, se trata de una actividad socialmente deseable que conviene estimular. En el primer caso, aunque causan un daño a la persona, no hay indemnización, mientras que en el segundo caso las medidas ocasionan deliberadamente un sacrificio a personas cuya actividad no está menoscabando ni perturbando ningún bien jurídico y, más bien al contrario, el ejercicio del derecho que se sacrifica en aras del interés público resulta lícito y beneficioso.

De ahí que en estos casos haya que indemnizar a los sujetos a los que se imponen estos sacrificios especiales por cuanto la indemnización representa un incentivo económico para que lleven a cabo actividades socialmente valiosas.

Por ello, medidas tales como el cierre de establecimientos y la prohibición de actividades tienen que ser consideradas indemnizables; y se apoya el profesor Doménech Pascual en que este es el criterio que subyace a varios preceptos legales, como por ejemplo el apartado segundo del artículo 3 de la LOEAES 4/1981 y el apartado 2 del artículo 54 de la Ley 33/2011, general de salud pública, así como el artículo 3 del viejo Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955, donde se afirma que “1. La intervención defensiva del orden, en cualquiera de sus aspectos, se ejercerá frente a los sujetos que lo perturbaren. 2. Excepcionalmente y cuando por no existir otro medio de mantener o restaurar el orden hubiere de dirigirse la intervención frente a quienes legítimamente ejercieren sus derechos, procederá la justa indemnización”.

<sup>9</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., “Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, 2012.

Por su parte, el profesor Blanquer (catedrático de la Universidad de Castellón) considera las diferencias entre el caso de los cierres de la hostelería y, por ejemplo, el caso de las delimitaciones de derechos en caso de medidas sanitarias frente al tabaquismo previstas en la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, sin generar responsabilidad patrimonial. El caso se asemejaría (siguiendo al profesor Blanquer) al supuesto de la legislación de caza, por ejemplo, en virtud de la Ley 2/1989, de 6 de junio, de caza del Principado de Asturias, artículo 38.1.b, donde se indemniza al ganadero o agricultor por los daños causados por los lobos, ante la prohibición general de caza prevista en la Ley 42/2007 (STS de 2 de diciembre de 2019, rec. 141/2019), mientras que no podrían solicitar una indemnización las personas que no pueden disfrutar de la caza.

Es altamente significativo cómo, en el caso de las medidas adoptadas para luchar contra el COVID-19, el poder público ha llegado a un nivel de despreocupación tal, que incluso ha omitido una posible regulación de las compensaciones por los perjuicios que tan directamente está causando, obviando soluciones jurídicas clásicas que, cuando menos, deberían haberse propuesto en el contexto de los daños a la hostelería y restauración.

Nos referimos a la indemnización, al menos parcial, que establece la legislación clásica de sanidad animal, solución que cierta doctrina ha calificado, por su naturaleza jurídica, como “subvención forzada”, siendo expresiva pero certera tal denominación, visto el asunto desde esta perspectiva que combina la responsabilidad patrimonial con la ausencia de ayudas, solución que además es la que impera en otros países, como Bélgica o Alemania, en el marco de la crisis sanitaria del COVID-19. Es decir, unos baremos indemnizatorios de hasta dónde llega la parte de responsabilidad pública en vez de omitir todo debate. Una vez que el perjuicio es directo, no puede omitirse este debate.

El profesor Blanquer<sup>10</sup> se fija, en efecto, en el ejemplo del artículo 19 de la Ley de epizootias de 20 de diciembre de 1952, por el que se atribuye a los ganaderos el derecho subjetivo a obtener una indemnización parcial por el sacrificio de los animales contagiados: “cuando se disponga el sacrificio de animales atacados por enfermedades infectocontagiosas, se indemnizará al dueño de los mismos con arreglo a las normas reglamentarias dictadas al efecto. No tendrán derecho a estas indemnizaciones los propietarios que no hubieran dado parte de la existencia de la enfermedad o vienen infringiendo las disposiciones legales”.

Y añade el artículo 21 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal, cuando afirma que “el sacrificio obligatorio de los animales y, en su caso, la destrucción de los medios de producción que se consideren contaminados dará lugar a la correspondiente indemnización por la autoridad competente en función de los baremos aprobados oficialmente y en la forma y condiciones establecidos reglamentariamente. Serán indemnizables los animales que mueran por causa directa tras haberlos sometido a tratamientos o manipulaciones preventivos o con fines de diagnóstico o en general los que hayan muerto en el contexto de las medidas de prevención o lucha contra

---

<sup>10</sup> BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 100.

una enfermedad como consecuencia de la ejecución de actuaciones impuestas por la autoridad competente”.

Se trata de casos de indemnización parcial o reparto de cargas. Según David Blanquer<sup>11</sup>, este tipo de disposiciones tienen la naturaleza jurídica de una “subvención pública obligada”. Se trata de una ayuda dineraria fundada en razones de solidaridad que, por supuesto, no distorsiona la competencia.

A mi entender, en el caso del COVID-19 el daño es imputable a las administraciones estatal y autonómica, máxime cuando no se han preocupado de dictar normativa donde pudieran haberse modulado las responsabilidades administrativas presuponiéndose la responsabilidad patrimonial; todo esto redundaría en la responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, otro ejemplo lo ofrece la Ley 17/2015, de 9 de julio, del sistema de protección civil, en el contexto de emergencias y catástrofes originadas por causas naturales o derivadas de la acción humana, cuando contempla en su artículo 73 la suspensión temporal de actividades empresariales, los perjuicios en bienes y servicios, teniendo los afectados derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes.

Una referencia reciente es la STC 85/2019, de 19 de junio, donde al abordar el asunto de la indemnización de los daños ocasionados a aquellos individuos que sufrieron prisión provisional y que, posteriormente, resultaron absueltos, en su FJ 5 (“finalidad del artículo 294 LOPJ: compensación del sacrificio especial en aras del interés general”) razonó, como fundamento de la compensación prevista en el artículo 294 LOPJ, bajo la idea del “sacrificio instrumental de la libertad”, impuesto legítimamente a un individuo para proteger el interés general, en particular “la conjuración de ciertos riesgos relevantes para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad” (FJ 5)<sup>12</sup>.

El legislador dispuso de libertad para establecer los supuestos tanto del artículo 3.2 de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, como del artículo 294.1 LOPJ, entre otros, que podían dar lugar al derecho de resarcimiento por los perjuicios derivados bien de los estados de alarma, excepción y sitio o bien de aquellos ocasionados a consecuencia de la prisión provisional cuando esta es seguida de absolución. La doctrina ha señalado otros preceptos que reconocen el carácter indemnizable de sacrificios que se imponen a los ciudadanos para evitar males mayores. Por ejemplo, el Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955, en su artículo 3, con el fin de asegurar el mantenimiento del orden público; o para evitar la propagación de incendios, como regula el artículo 3.2 del RD legislativo 1/2006, de la Comunidad Autónoma de Madrid; o bien los daños que puede causar la policía en personas distintas del delincuente, indemnizables de acuerdo con el artículo 7.2 de la Ley orgánica 40/2015,

<sup>11</sup> BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, cit., p. 108.

<sup>12</sup> En este sentido, la sentencia declaró que “en un Estado social y democrático de Derecho, como el que configura nuestra Constitución, la libertad personal no es sólo un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sino además un derecho fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales” (FJ 5).

de 1 de octubre. Se justifica el sacrificio por el beneficio social obtenido, al igual que sucede con la expropiación forzosa. De hecho, cuando se analiza el artículo 3.2 de la Ley orgánica 4/1981, se pone de ejemplo la indemnización por el perjuicio causado por las expropiaciones que se hubieran realizado con tal motivo<sup>13</sup>.

Por tanto, por concluir este apartado (cuyos argumentos pueden solaparse con los de la antijuridicidad que siguen), es importante (en el caso que nos ocupa) citar la Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 (vigente, como sabemos), donde se define en su artículo 1 la expropiación como cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio, así como el artículo 120 de la misma ley, donde se dispone que el particular tendrá derecho a indemnización de acuerdo con las normas sobre daños de ocupación temporal de inmuebles y justiprecio de los muebles<sup>14</sup>.

Lo razonado hasta el momento explica la imputación de los daños que invocamos a las administraciones autonómica y estatal, según se ha explicado, a la luz de la normativa de una y otra autoría.

Junto a este planteamiento que hemos venido realizando, en los manuales de referencia sobre la responsabilidad por daños en caso del COVID-19, se ha difundido otro planteamiento, relativo a si, más allá de una imputación en el sentido expuesto, puede afirmarse una falta de precaución suficiente en la adopción de las medidas para prevenir o corregir la epidemia, con lo cual la imputación resultaría, como es evidente, especialmente reforzada.

Todos hemos ido observando la realidad de la gestión administrativa estatal y las críticas por omisión o acción en el tratamiento de esta pandemia. No pocas voces de juristas de peso entienden que, además del hecho objetivo del cierre de establecimientos y prohibición de actividades o de la restricción en su acceso y uso (como hecho objetivo), se ha producido incluso una falta de precaución debida, en el sentido jurídico de la expresión. Por nuestra parte, seleccionaremos títulos de imputación de daños al uso, sin perjuicio de observar la evolución de esta segunda problemática.

Puede seleccionarse el trabajo de J. Rodríguez-Arana<sup>15</sup> después de ir desmenuzando las distintas normas dictadas por los poderes públicos, a nivel internacional y nacional, donde no se duda en poner de manifiesto la responsabilidad patrimonial de la Administración en el caso que nos ocupa:

*“(...) Desde la perspectiva de las medidas preventivas a que alude el artículo 43 constitucional, conviene tener presente que la revisión de los diferentes*

<sup>13</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, cit., pp. 102 a 109.

<sup>14</sup> Otras fuentes son JORDANO FRAGA, J., *La reparación de los daños catastróficos (catástrofes naturales, Administración y Derecho público: responsabilidad segura y solidaridad)*, Marcial Pons, Madrid, 2000; GALLARDO CASTILLO, M.J., *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, COLEX. Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2021.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ ARANA, J., “La responsabilidad patrimonial del Estado por las medidas adoptadas en estado de alarma declarado para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Consideraciones generales del caso español”, *Actualidad Administrativa*, n. 10, Sección Actualidad, octubre 2021.

*contratos de suministro realizados por la Dirección del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) – como ejemplo el de hisopos para toma de muestras. Expediente: Covid26, BOE 30 de abril de 2020 –, son evidencia de imprevisión y retraso en la toma de decisiones para adquirir material que, de forma previsible, sería necesario antes de que fuese demasiado tarde para evitar el resultado de su falta de suministro. Estamos, pues, ante un ejemplo de mala administración y de conculcación del 43 constitucional, pues era previsible lo que había que hacer desde la perspectiva de la prevención, al menos desde enero de 2020, y no se hizo”*

En este sentido, debemos recordar que ya con ocasión de la gripe A, el 12 de mayo de 2009, el Ministerio de Trabajo había declarado que las mascarillas eran medio apropiado para prevenir el contagio.

El 20 de mayo de 2020, dos meses después de la declaración de la pandemia, el Gobierno decretó la obligación y necesidad de usar la mascarilla, como medio de protección. Según el portavoz del Gobierno en esta materia – mediante comparecencia ante el logo «Gobierno de España» con las banderas oficiales en el estrado –, «No pedimos mascarillas porque había escasez». Más que «culpa con previsión», deberíamos en buena técnica jurídica plantear el «dolo eventual» ante la previsibilidad – y la aceptación – de la producción del daño.

Igualmente, en relación con otros recursos esenciales como los respiradores, que ya habían demostrado su eficacia para la gestión de la gripe A. Y lo mismo con los equipos de protección individual, hisopos, *test* y fármacos que ya se prevenían para una primera asistencia sanitaria del que hubiera contraído el virus.

Desde, al menos, finales del mes de enero, la Administración sanitaria debía haber informado a la población de los riesgos y medios de prevención de la enfermedad y de su contagio, tomar todas las medidas posibles para contener, controlar y retrasar su propagación, y adquirir con suficiente antelación los suministros necesarios de material y equipamiento, inventariable o no, para atender la asistencia sanitaria del mismo en todos los niveles asistenciales.

Por el contrario, con fecha 31 de enero de 2020, se llegó a afirmar, también mediante comparecencia ante el logo «Gobierno de España» por parte del responsable de la Administración sanitaria del Estado en este ámbito que «España no va a tener, como mucho, más allá de algún caso diagnosticado».

Concretamente el diario ABC, en la referida noticia, señala que Fernando Simón, coordinador de Emergencias de Sanidad, ha dicho hoy que «España no va a tener, como mucho, más allá de algún caso diagnosticado» y que esperan que «no haya transmisión local y en ese caso sería muy limitada y muy controlada». En rueda de prensa, Simón ha explicado también que «ahora mismo se investigan 5 en La Gomera y 1 caso en Castilla-La Mancha» y que en cuanto estén los resultados se informará públicamente a los medios. En este sentido, ha indicado que ya se han descartados 11 casos en nuestro país que «han sido negativos». Igualmente, Simón ha destacado que, «con la información que tenemos ahora mismo, hay indicios de que esta enfermedad sigue sin ser excesivamente transmisible», ha apuntado. «Por

Regap



ESTUDIOS

lo tanto parece, según el número de casos diagnosticados día a día, que la epidemia comienza a remitir», concluyó.

Es decir, ni siquiera el Gobierno adoptó medidas de salud pública, contempladas en la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, y en la normativa aplicable, como veremos a continuación.

Por tanto, debemos concluir que, con anterioridad a la declaración de la OMS de 11 de marzo de 2020, el Gobierno tenía o debía tener elementos de conocimiento y de juicio para saber que en el territorio nacional se estaba produciendo una crisis sanitaria, en concreto la pandemia ocasionada por el COVID-19.

En otras palabras, la mala administración, la pésima gestión de la crisis sanitaria desde que se tuvo conocimiento de la magnitud del problema hasta la declaración de alarma de 14 de marzo es proverbial. Se estudiará, no nos cabe duda, en los manuales de buena administración pública, como ejemplo precisamente de mala administración, de Administración que sirve subjetivamente los intereses del poder político del momento.

A la vista de tales elementos de conocimiento y de juicio, es obvio, máxime de acuerdo con la esencial función preventiva de la política sanitaria según el artículo 43 constitucional, que el Gobierno tenía, antes de la declaración de estado de alarma, la competencia, la obligación jurídica de actuar para prevenir la salud de la población, y no lo hizo en los términos que cabría esperar dada la magnitud de la crisis sanitaria en presencia. Antes al contrario, minimizó la pandemia, autorizando determinados actos multitudinarios en el mes de marzo a pesar de contar con la información reproducida anteriormente.

En el caso del COVID-19, es conocido que hubo un retraso en la toma de decisiones, que incluso permitió la celebración de manifestaciones masivas el 8 de marzo de 2020 que causó un aumento exponencial del número de contagios y, por tanto, ello afectó a la gravosidad de las medidas que se tuvieron que adoptar y que no habrían sido tan graves y dañinas para los sectores económicos de haberse tomado antes, habida cuenta de que el riesgo era conocido, pues se conocía la situación de China y de Italia. En este sentido, debemos recordar que en diciembre de 2021 se conoció por la prensa que el 15 de febrero de 2020, como ya la pandemia azotaba fuertemente a Italia, el Ministerio de Trabajo convocó un equipo que elaboró y el 4 de marzo presentó al Gobierno una guía sobre la manera en la que las empresas debían abordar el coronavirus, para que empezaran a desplegar medidas a tal efecto. Pero la ministra de Trabajo fue calificada de alarmista y acusada de invadir competencias del Ministerio de Sanidad por el Gobierno que, mediante un comunicado, desautorizó la citada guía: “Las indicaciones sobre la evolución del coronavirus y las medidas a tomar en España están coordinadas por el Ministerio de Sanidad en coordinación total entre las distintas administraciones del Estado”.

El catedrático D. Blanquer Criado<sup>16</sup> afirma que no hay causa de fuerza mayor si la Administración es negligente y vulnera el principio de precaución porque no

---

<sup>16</sup> BLANQUER CRIADO, D. (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 429.



se anticipa un riesgo conocido y previsible. Añade que en todo caso pesa sobre la Administración la carga de demostrar la efectiva concurrencia de una causa de fuerza mayor que desplace su responsabilidad patrimonial (p. 480). Se origina responsabilidad patrimonial si existe negligencia para gestionar correctamente una emergencia.

Por tanto, en relación con el COVID-19, puede afirmarse que la pasividad o tardanza o el mal funcionamiento de la Administración incrementa el riesgo de que algunas personas se vean afectadas, y entonces se produce responsabilidad patrimonial, citándose la Sentencia de 24 de diciembre de 2001 (recurso de casación 1178/1996), pero en general toda la jurisprudencia relativa a la imputación de daños mediante la *culpa in vigilando* o por omisiones administrativas. También, a su juicio, se imputa el daño a la Administración en caso de incremento de un riesgo general más allá de un riesgo socialmente tolerado.

Otra posición, favorable al damnificado, es la de la catedrática de la Universidad de Castilla-La Mancha Eva Nieto. Para ello se basa en que estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de configuración legal (STC 85/2019), lo que “explica que no se excluyan los daños provocados en supuestos de fuerza mayor, como por el contrario sucede con los daños indemnizables *ex* artículo 106.2 de la Constitución española. Debe recordarse que ya existe algún pronunciamiento judicial que ha declarado que la pandemia no es un supuesto de fuerza mayor (v. la Sentencia n. 60/2020, de 3 de junio de 2020, del Juzgado de lo Social Único de Teruel, FJ 4. 3.º)”.

Por su parte, afirma G. Doménech Pascual<sup>17</sup> que, aunque la aparición del COVID-19 pudiera encajar en principio en fuerza mayor, “no creemos que la concurrencia de fuerza mayor permita excluir totalmente la posibilidad de que las administraciones públicas respondan patrimonialmente por los daños sufridos por los ciudadanos en el marco de esta crisis. Los perjuicios provocados por esta pandemia seguramente eran inevitables hasta cierto punto, pero las administraciones públicas españolas, con sus acciones y omisiones, han podido agravarlos o mitigarlos”.

Sigue razonando el profesor Doménech que la exclusión de responsabilidad que implica la fuerza mayor no alcanza a los daños que se podían haber evitado o mitigado si se hubieran tomado las medidas debidas de precaución.

El propio artículo 8 del Decreto 463/2020 menciona las requisas o el artículo 10 sobre la prohibición de actividades empresariales (como las hosteleras), afirmando dicho profesor Doménech que, aunque este real decreto guarde silencio al respecto, parece obvio que algunas de esas medidas deben venir acompañadas de la correspondiente indemnización, por tener naturaleza expropiatoria.

Se cita por esta doctrina que, en un plano jurisprudencial, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 2013 por la que se resuelve el recurso de apelación 108/2012 afirmó que no procedía responsabilidad patrimonial por entender que la situación la provocaron los controladores y no la Administración; pero en el caso que nos ocupa las decisiones de cerrar empresas o de impedir que acudan clientes a los locales de restauración las ha tomado el poder público y no los hosteleros y restauradores o el virus.

<sup>17</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del Covid-19”, cit.

La STS de 31 de mayo de 1999 define la fuerza mayor como los casos en que “hay determinación irresistible y exterioridad”, por contraposición al caso fortuito en que “hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: «falta de servicio que se ignora»); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización”.

Y, acabando con las reflexiones del catedrático de derecho administrativo citado<sup>18</sup> como imputación del daño por inactividad u omisión, estamos ante un ejemplo de vulneración del principio de buena administración. Y finalmente se entra a analizar los presupuestos de la responsabilidad patrimonial y se concluye que concurre esta, descartando la fuerza mayor al mediar culpa o negligencia, sin perjuicio, además, de la responsabilidad asimismo por la vía de la responsabilidad del Estado legislador.

A la luz de estos planteamientos, se puede invocar a mayor abundamiento el criterio de imputación en caso de inactividad. En el caso de la Administración estatal, por lo expuesto, podría ser pertinente invocar esta imputación por inactividad o actividad con retraso siendo conocedora de la grave situación sanitaria con anterioridad a marzo de 2020, en tanto en cuanto la Administración estatal, en el ejercicio de sus competencias, omitió el cumplimiento de medidas que hubieran servido para paliar o minimizar esta pandemia y, por ende, para evitar tener que repercutir mediante medidas tan drásticas como el cierre de los locales de restauración o restricciones en la libertad de las personas que finalmente provocaron los daños patrimoniales a esta empresa. En definitiva, todos los perjuicios y las posibles medidas (incluso autonómicas) proceden del hecho de que el Estado, bien causa el daño por sacrificio especial, bien no ha realizado incluso las funciones que tuvo que haber realizado. Este título de imputación por omisión es necesario en este contexto, porque el origen de las imputaciones de daños puede situarse en este hecho, llevando a no desconsiderar, sino todo lo contrario, en consecuencia, la responsabilidad en el marco de la posible concurrencia de culpas en función de las conclusiones a las que se llegue en cada procedimiento judicial de responsabilidad de daños.

Como doctrina de imputación de daños por omisión puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2004, cuando no duda en responsabilizar a la Administración por todos y cada uno de los perjuicios ocasionados en el particular, como consecuencia de la *no aprobación de un plan*, ante la publicación de la Ley 6/1992, que declaraba Reserva Natural las Marismas de Santoña y de Noja, suspendiendo las actividades en la zona y supeditando las medidas resarcitorias o compensatorias a la aprobación de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales que «hasta la fecha, que sepamos, no ha sido elaborado ni publicado». A continuación la sentencia, en el párrafo siguiente, afirma de modo contundente que «los perjuicios, sin duda en este caso han sido causados por omisión, por falta de actividad, al no haberse aprobado el plan que resolviera la cuestión planteada,

---

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ ARANA, J., “La responsabilidad patrimonial del Estado por las medidas adoptadas en estado de alarma declarada para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Consideraciones generales del caso español”, cit.

entendiendo que el particular no tiene el deber jurídico de soportar los daños derivados de dicha inactividad que constituye título suficiente, a juicio de la sala, para justificar la imputación del daño a la Administración, y ello con base en el principio de seguridad jurídica, implícito en el de confianza legítima, por lo que, apreciando la existencia del daño y el nexo causal, entiende que la Administración del Estado, como única personada en las actuaciones, ha de abonar, conforme a las bases que se determinan en el fundamento de derecho octavo, los daños derivados de la suspensión de los trabajos cuya determinación y cuantía difiere al trámite de ejecución de sentencia».

Estos supuestos terminan rozando con los casos de culpa *in vigilando* o con los de pérdida de oportunidad legítima, o de imputación por retraso. En este sentido, la STSJ 326/2016 de Galicia de 20 de abril de 2016 (la Ley 5386/2016, recurso 7655/2012) condena al Ayuntamiento de R. a indemnizar con más de 200.000 euros a los propietarios de las bateas de un polígono de mejillón en la ría de Arousa, por los daños y perjuicios ocasionados por los vertidos de aguas fecales. Se ha comprobado una merma del 33 % de los ingresos de los productores de mejillón ante la imposibilidad de vender el producto pesquero para su consumo en fresco, derivada de las aguas fecales por incumplir sus obligaciones el ayuntamiento.

Lo mismo ocurre con la imputación por retraso, en el contexto de la posible imputación del daño a la Administración estatal.

En la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 2004 se declara la indemnización por daños y perjuicios por demora de la actuación de la Administración en la iniciación de los trámites para dar cumplimiento a una orden ministerial relativa a un expediente de inutilidad física.

En la STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2003 se obliga a la Administración a indemnizar por los daños sufridos por contagio de enfermedad en el ganado, por retraso de la Administración en adoptar las medidas normativas para prevenir y erradicar la enfermedad (igualmente STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2003 o STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2003).

O han de indemnizarse todos los daños ocasionados por el retraso en el otorgamiento de una subvención (STSJ de Andalucía de 23 de julio de 2001).

Tal como declara la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2000 han de indemnizarse los daños causados por el retraso de la Administración en la determinación del centro para impartir enseñanza teórica de contrato de aprendizaje que impidió su realización.

Igualmente, se imputa el daño a la Administración (tal como afirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de marzo de 2000) causado como consecuencia del retraso en la ejecución del fallo de una sentencia donde se reconoce al actor la adjudicación del mando al que había concursado. El retraso no supone causa de exoneración de responsabilidad (STS de 27 de enero de 1999), sino todo lo contrario. Otro ejemplo es el de la Sentencia del TSJ del País Vasco de 24 de febrero de 2000, donde se declara el derecho a ser indemnizado por el retraso producido en el nombramiento de la actora, después de que se había declarado su derecho a ser nombrada y la obligación de cese de otra persona que no poseía la titulación debida para el cargo, indemnizándose los

Regap



ESTUDIOS

salarios dejados de percibir, la retribución por antigüedad, el daño moral, más los intereses legales.

La indemnización ha de servir para la reparación integral del perjuicio causado. Asimismo, se concede el derecho a ser indemnizado por los daños ocasionados por un *abandono* por parte del Estado de la ejecución de un planeamiento (STS de 30 de junio de 1998).

En esta línea, la STS de 7 de marzo de 1995 identifica un retraso, primero, en la concesión por la Administración de la cédula de calificación definitiva de las viviendas como de protección oficial, sin que haya justificación para la demora, debiéndose indemnizar por los daños causados.

Lo mismo podemos decir respecto de las lesiones patrimoniales de futuro acaecimiento (Sentencia del TSJ de La Rioja de 23 de marzo de 2001) siempre que estas sean de «anticipada certeza de su acaecimiento en el tiempo», tal como pone de manifiesto la STSJ de La Rioja de 23 de marzo de 2001.

En tanto en cuanto se produzca una intervención administrativa (característica esta cuando una determinada actividad se asume como servicio público), estaremos propiciando la posibilidad de una responsabilidad patrimonial administrativa. Así es como se consigue responsabilizar a la Administración ante, por ejemplo, un defectuoso funcionamiento de los servicios de agua y de gas.

Así pues, la Administración puede actuar como «factor coadyuvante al resultado» (STS de 28 de noviembre de 1998).

Otras veces esta interpretación se ve reforzada con apoyo en la *culpa in vigilando* y con posible apoyo también en la omisión de la debida eficiencia con que debió actuar la Administración (STS de 28 de enero de 1993, relativa a un caso de fallecimiento por accidente en un velódromo municipal con culpa de la propia víctima pero con responsabilidad en parte del ayuntamiento por no haber tomado «medidas verdaderamente eficaces para impedir el acceso a las instalaciones»; asimismo, STS de 18 de abril de 2007 [RJ 2007, 3684] recurso 1152/2003).

En este sentido, el examen de la relación de causalidad (entre el daño y la inactividad de la Administración en la prevención de situaciones de riesgo) ha de dirigirse a dilucidar, como se señala en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1997: «(...) si, dentro de las pautas de funcionamiento de la actividad de servicio público a su cargo, se incluye *la actuación necesaria para evitar el menoscabo*». Y se aporta en la propia sentencia el siguiente criterio: «(...) Para sentar una conclusión en cada caso hay que atender no solo al contenido de las obligaciones explícita o implícitamente impuestas a la Administración competente por las normas reguladoras del servicio, *sino también a una valoración del rendimiento exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución española a la actuación administrativa*».

Así pues, estos mismos criterios de imputación del daño a la Administración se formulan desde el punto de vista, directamente, de la omisión de los deberes adecuados de estricta vigilancia. A igual conclusión llega la STS de 28 de marzo de 2000, en un supuesto de un suicidio de recluso con antecedentes suicidas por *culpa in vigilando* y *omisión del deber adecuado de vigilancia*. O la STS de 12 de julio de 1999, ante un suicidio en un hospital psiquiátrico-militar por parte de un soldado con crisis

y depresiones sin que la Administración hubiera prestado un seguimiento del caso y una vigilancia adecuada.

De ahí que también la STS de 20 de octubre de 1997 (daños como consecuencia del desmoronamiento de la Presa de Tous) considere que existe responsabilidad patrimonial administrativa porque «los daños se hubieran evitado, en parte, si no se hubiera producido el desmoronamiento de la presa, al haber funcionado correctamente los mecanismos de apertura de las compuertas y se hubieran cumplido por la Administración los deberes de vigilancia, control y salvamento en la superficie afectada», sin que (en este supuesto), incluso admitiendo la existencia de incidencia de fuerza mayor, llegue a eximirse a la Administración de toda responsabilidad «por un hecho que, con independencia de que fuese o no previsible, no puede en forma alguna reputarse inevitable».

Este criterio de la *culpa in vigilando* puede relacionarse con supuestos de *defectuosa «inspección» de la Administración*<sup>19</sup>.

Se reconoce asimismo responsabilidad de la Administración en caso de «deficiencias» en el funcionamiento del servicio (STS de 2 de abril de 1992: fallecimiento de una persona extinguiendo un incendio en auxilio de un ayuntamiento).

O bien por omisión de deberes. La Administración no puede tampoco (según la STSJ de Castilla y León, sede de Burgos, de 22 de marzo de 2002) limitarse a declinar su responsabilidad, sin indicar al perjudicado a cuál de las partes contratantes corresponde responder, ya que «esta omisión constituye motivo suficiente para atribuir la responsabilidad a la propia Administración».

Otros casos de responsabilidad patrimonial de la Administración por hecho de terceros son los recogidos en las STS de 11 de octubre de 1975 (por «omisión de la actividad administrativa obligada» en la evitación de la contaminación de un río), del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 7 de marzo de 1997, en la que se declara la responsabilidad patrimonial de un ayuntamiento por autorizar la apertura de un establecimiento y no vigilar su nivel de ruidos y vibraciones; STS de 26 de diciembre de 1995, responsabilizando al ayuntamiento por los daños ocasionados por el derrumbamiento de un edificio.

También es preciso recordar (en el contexto general del coronavirus) que la creación o gestión del riesgo es un título de imputación objetiva, sobre todo cuando la actuación de la Administración supone un incremento del riesgo generado por su pasividad o mal funcionamiento o cuando, como consecuencia de esto, se ve en la necesidad de sacrificar a un determinado colectivo en beneficio de la generalidad, lo que atenta contra el principio de solidaridad social que es el presupuesto de la responsabilidad si no se practican las debidas compensaciones. Por tanto, la imputación por riesgo creado (*Gefährdungshaftung*) significa imputar el daño a la Administración cuando esta conoce que pueden ocasionarse daños y no toma las medidas apropiadas para evitarlo, creando una situación de riesgo. El riesgo asumible puede matizarse

<sup>19</sup> STSJ de Aragón de 15 de febrero de 1999, en la que se responsabiliza a la Administración ante la caída de unas rocas en la calzada con daños en un vehículo particular; STS de 25 de enero de 1992, responsabilidad por inspección técnica ineficiente de unas bombonas de propano.

con otra doctrina jurisprudencial de interés: «para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico, basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable»<sup>20</sup>.

«La Administración municipal ha de responder de las consecuencias derivadas de la actividad relacionada con el ejercicio de sus competencias, especialmente concernientes al mantenimiento de la seguridad, con ocasión de las fiestas populares, debiendo asumir dicha corporación las responsabilidades que entrañan consecuencias dañosas, que razonablemente pueden considerarse incardinadas o relacionadas con la celebración normal o anormal de la fiesta popular, sin que en el caso examinado consten hechos suficientemente significativos para estimar alterada la relevancia causal de la actividad del ayuntamiento en la autorización de la fiesta y la no prevención de sus consecuencias negativas»<sup>21</sup>.

Finalmente, lo suyo es que la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario conlleve examinar, en el contexto de la antijuridicidad del daño, si ha habido infracción de la *lex artis*, criterio este seguido en multitud de sentencias: “el carácter objetivo de la responsabilidad de las administraciones públicas no supone que esté basada en la simple producción del daño, sino que, además, este debe ser antijurídico, en el sentido de que no se debe tener obligación de soportar, por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento. Y ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la asistencia sanitaria la situación en que se haya producido una auténtica infracción de *lex artis*”<sup>22</sup>.

Finalmente, no sería estrictamente necesario en principio aplicar criterios de imputación tales como la pérdida de oportunidad legítima, sin perjuicio de poder invocarlo como supuesto que mide el daño evaluable. Más bien, el daño en el caso del COVID-19 se causa con toda intención, porque “no queda más remedio que causarlo”, pero pagando, pues.

Al igual que en todo acto de contenido expropiatorio, cuando se trata de algo necesario para la colectividad, el sacrificio del individuo concreto supone la debida compensación por las razones de justicia elemental que estamos invocando.

---

<sup>20</sup> STSJ de Castilla y León, sede de Burgos, de 22 de marzo de 2002.

<sup>21</sup> STS de 15 de diciembre de 1997, relativa a un caso de daños en festejos de fuegos artificiales.

<sup>22</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana, de 29 de enero de 2020, etc.

### 3 Daños que el particular no tenga el deber de soportar: antijuridicidad del daño

La LRJSP 40/2015, en su artículo 32.1, párrafo primero, requiere que el particular no tenga el deber de soportar el daño.

En realidad, la defensa de la existencia de antijuridicidad se desprende o deriva primeramente de las propias sentencias citadas *supra*, referentes a la idea del sacrificio especial respecto del que no existe, por tanto, deber de soportarlo. Se sacrifica a un individuo en beneficio de la colectividad. Por ejemplo, STS de 16 de julio de 2003 (rec. 1556/2000), en la que se aprecia antijuridicidad, ya que el damnificado no tenía “la obligación de soportar el acto porque el cierre de la frontera fue decretado en aras de los intereses nacionales”. Igual lógica es, por motivos sanitarios, la de la STS de 29 de noviembre de 2001 (rec. 9891/1997): el cierre del establecimiento se considera “lícito” pero que no se tiene por qué soportar el daño causado en beneficio de todos como consecuencia de una epidemia de trabajadores, por el tiempo que estuvo cerrado dicho establecimiento.

No vemos motivo para romper con esta línea jurisprudencial del TS. Es más, la antijuridicidad es clara porque jurisprudencia constante del TS reitera esta idea en casos similares al del COVID-19. Y, si el tema es que sale muy caro pagar los daños, esto no tiene nada que ver con un presupuesto de la antijuridicidad, además de que es preciso considerar que en España no ha habido ayudas directas a los establecimientos que se han cerrado basadas en la producción económica de años fiscales anteriores, como en el resto de países de la UE con los que nos compara el Tribunal Constitucional para determinar la “proporcionalidad” de la medida en el marco del derecho comparado.

En este sentido, hacemos hincapié nuevamente en la idea de la “subvención” pública obligada, al menos parcial, respecto de los daños, para ver cómo en otros países de nuestro entorno sí ha habido ayudas. En realidad, la responsabilidad patrimonial viene a paliar el déficit de ayudas que tuvieron que haberse aplicado y la total ausencia de medidas de compensación, ya que no solo no se ayudó, sino que se siguió exigiendo el pago de los impuestos municipales (IBI, tasa de basuras e IAE), como si la actividad se hubiera venido desarrollando con total normalidad.

La antijuridicidad de la lesión<sup>23</sup> consiste en dejar abandonada a la persona dañada; en el hecho de que el daño es digno de ser indemnizado; en la imposibilidad de exigir que alguien tenga que soportarlo resignadamente; o que tenga una obligación de aguantarse; en la inexistencia de causa suficiente para soportar el daño sin compensación, mediante sistema de cláusula abierta.

Y a mi juicio en España se dejaron abandonados a estos sectores de la actividad, ya que no se adoptaron medidas. Se cierran los restaurantes, bares, hoteles, gimnasios, cines, teatros, etc., y no se otorgan ayudas. Se dejan desprotegidos a estos sectores

<sup>23</sup> BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, cit., p. 406.

económicos. ¿De qué viven? En otros países (Bélgica, Francia, Alemania, etc.) se otorgaron ayudas directas mientras duraron los cierres de los establecimientos. Y, a este respecto, la STC 148/2021 no entra a realizar un juicio de proporcionalidad riguroso, fundamentado y serio, ya que el recurso de inconstitucionalidad no se centró en las medidas en sí y en su eventual necesidad y proporcionalidad, sino en su consideración de que algunas de ellas, aunque posiblemente necesarias, supondrían una suspensión de derechos constitucionales. Además, el TC observa la realidad de otros países, y manifiesta que las medidas adoptadas en España fueron proporcionadas porque fueron similares a las de los demás países, pero se olvida de tener en cuenta que en dichos países esas medidas de cierres de establecimientos y limitaciones del ejercicio de la libertad de empresa vinieron acompañadas de ayudas directas a estos sectores, en el sentido de abonarles un alto porcentaje (hasta el 70 % o 75 %) de la facturación acreditada mediante el pago de impuestos en el ejercicio 2019 durante muchos meses, mientras que en España es claro que se dejó desamparados a estos ámbitos de la actividad productiva. Y por eso hay antijuridicidad.

A veces se ha acudido al criterio que, por ejemplo, expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2009 (recurso de casación 10.236/2004), en cuya virtud la cuestión consiste pues en indagar si, tal y como ocurran los hechos, el perjuicio sufrido por la recurrente supera o no estándares admisibles en función de los estándares sociales o, en otros términos, si las limitaciones y las restricciones que se impusieron a la actividad que constituye su objeto empresarial exceden de las que afectaron por la realización de la misma al conjunto de los ciudadanos. Y es claro que a estos establecimientos y actividades no se les trató como al conjunto de los ciudadanos, sino con mayor rigor.

A efectos de antijuridicidad, es cierto que un mínimo de sensibilidad jurídica adecuada se hace necesaria. La cuestión al final es si los operadores jurídicos muestran la sensibilidad precisa. Es ilustrativo el ejemplo del ruido, donde tradicionalmente el afectado era una especie de sacrificado frente al gusto popular o frente a la indiferencia pública, pese a que en tiempos más recientes (pero ya desde hace años) se entiende que una persona que sufre ruidos para el beneplácito de todos no tiene por qué soportarlos.

Un ejemplo es la STSJ de Castilla y León (Valladolid) 2581/2015 de 12 de noviembre de 2015 (rec. 64/2015) cuando condena a un ayuntamiento a indemnizar (8.000 euros) a un particular por ruidos causados por un camión de la basura, en concreto por incumplimiento de las obligaciones ambientales en la inspección y control del ruido procedente del vehículo de recogida de residuos y de limpieza diaria.

Interesa también la STSJ 86/2020 de Cataluña, de 16 de enero de 2020, cuando condena al Ayuntamiento de B. a indemnizar a una familia por los ruidos excesivos de una residencia de ancianos: aunque no mantuvo una conducta pasiva ante la denuncia inicial, las medidas correctoras adoptadas fueron claramente insuficientes, lo que abocó a los vecinos a soportar por un largo periodo de tiempo un exceso de ruido derivado de la actividad desarrollada en la residencia. En definitiva, las emisiones sonoras incidieron, cuando menos, como causa coadyuvante en un proceso previo, patológico y reactivo en la mujer, y solo reactivo en el hombre, reconociendo también



indemnización a favor de la hija menor. Por último, descarta la sentencia, por falta de prueba, la relación causal entre el ruido y un aborto sufrido por la recurrente.

Asimismo, la antijuridicidad conecta con el defecto o el exceso en la adopción de posibles medidas. Es decir, si el poder público en un caso concreto se excede más allá de lo razonable a la hora de establecer imposiciones. En el caso de la crisis del COVID-19, en mi opinión, se han traspasado los límites de razonabilidad en las restricciones y medidas generales previstas por el Estado que a partir de la fase de desescalada concretaron e intensificaron como consecuencia de disposiciones autonómicas.

En este contexto, es cuestión relevante que, cuando surgen ciertas restricciones cuya anulación es complicada, surge la necesidad jurídica al menos de compensar. Es un fenómeno tan antiguo como el derecho administrativo, o quizás más, asociado a la llamada “teoría del fisco” o en la expresiva denominación de derecho alemán medieval “soporta, pero se paga” (*dulde und liquidiere*).

Expresa esta lógica la Ley orgánica 4/1981 cuando se observa que hay determinadas disposiciones que pueden ir más allá de lo permitido, en contra de las empresas; por tanto, más allá de lo razonable en la imposición. Es entonces cuando precisamente surge el deber de indemnizar al revelarse la necesidad de contestar la disposición. Se indemniza, al revelarse “excesiva” la carga. El exceso del deber normativo conduce a la singularidad del perjuicio. Singularidad del perjuicio que se produce cuando la normativa habilita a restricciones singulares, como las previstas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, cuando en su artículo 26 habilita a la Administración a imponer suspensión de actividades (como, por ejemplo, el cierre de empresas o sus instalaciones sin aclarar si procede indemnización). O bien el apartado 2 del artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, que también habilita a la Administración para imponer el cierre preventivo de instalaciones, establecimientos, servicios e industrias o la suspensión del ejercicio de actividades. Incluso, como es sabido, si los daños se imputaran a normas de rango legal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha superado el hecho de que tenga que preverse en la propia ley la referencia a la indemnizabilidad del asunto.

El hecho mismo de que no se hayan contemplado ayudas y subvenciones públicas o ni tan siquiera bonificaciones o exenciones temporales en ciertos impuestos que gravan la actividad, que en este caso ha sido inexistente por imposición gubernativa, redundando en el abandono del sector productivo damnificado y en el perjuicio individualizado, máxime si se compara la situación a nivel jurídico comparado, ya que el Real decreto 463/2020 silencia el asunto de las ayudas a los empresarios que han sufrido la suspensión imperativa de sus actividades mercantiles, al igual que la normativa autonómica.

En este sentido, queremos citar una sentencia de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Valencia, que se muestra sensible a esta situación por relación a la exigencia de impuestos municipales que gravan esa actividad inexistente como consecuencia de un cese de la actividad ordenado por la Administración (IBI, tasa de basuras e IAE en este caso concreto), como si la actividad se hubiera venido desarrollando con total normalidad, sin ninguna bonificación fiscal. La Sentencia n.

Regap



ESTUDIOS

9/2022, de 11 de enero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 3 de Valencia dictada en el procedimiento abreviado 344/2021 manifiesta que a estos efectos “la ley tributaria regula los supuestos de normalidad, y no de excepcionalidad. Estos últimos están contemplados en la LO 4/81, ya citada, que ordena la reparación de los perjuicios derivados de actos y disposiciones, durante los estados excepcionales, conforme a lo dispuesto en las leyes. Indudablemente que, en el periodo expresado, no se ha producido el ejercicio de la actividad, por virtud de disposiciones adoptadas durante el mismo, o se ha producido con graves limitaciones. Se trata de un supuesto de ausencia de hecho imponible, sin que resulte exigible a la parte actora la formalidad de comunicar una baja en la actividad, que le había sido impuesta por el mismo estado (en sentido amplio) que ahora reclama el tributo de la pretendida actividad (...)”.

Sin ser inoportuno recordar, en este contexto, que puede ser considerado inconstitucional cualquier intento del legislador de exonerar a la Administración de compensar los daños causados (siguiendo la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2018).

Si bien los reales decretos de declaración de estados de alarma silencian el asunto de las ayudas a los empresarios que han sufrido la suspensión imperativa de sus actividades mercantiles, el Real decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, ya prevé que va a haber reclamaciones de responsabilidad patrimonial en su exposición de motivos, como una consecuencia natural de todo lo ocurrido y en la misma línea que prevé el aumento de despidos o de concursos de acreedores.

En ausencia de ayudas, cuando menos, existe un derecho a ser indemnizado que viene a ser un derecho a una subvención merecida.

Para que sea antijurídico el daño concreto producido, basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social, no existiendo entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo, y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será imputable a la Administración. El daño es antijurídico cuando se extralimita por rebasar estándares más allá de los exigibles.

O, como afirma la STS 123/2017, de 30 de enero de 2017 (RJ 2017, 1197), la Administración tiene que indemnizar, a la luz de la antijuridicidad del daño, cuando «en las resoluciones impugnadas se excedía de los límites de la razonabilidad y ponderación, vulnerando además el principio de proporcionalidad, por lo que no cabe excluir la antijuridicidad del daño» (otorgando a Repsol una cuantiosa cifra económica en un caso de fijación de precios máximos de venta de gases licuados de petróleo envasados).

Este criterio se completa con la STS 124/2017, de 30 de enero de 2017 (RJ 2017, 1418), reconociendo la existencia de responsabilidad patrimonial en favor de Repsol igualmente. Esta sentencia de 30 de enero de 2017 es interesante en el contexto de la antijuridicidad porque relaciona las disposiciones administrativas de «regulación» pública (de las que no se deriva ocasión para plantear acciones de daños) con casos

en que puede producirse un perjuicio indemnizable por el hecho de someterse a la entidad regulada a condiciones económicas singularmente gravosas, en el marco nuevamente de un juicio de razonabilidad.

La antijuridicidad del daño no consiste en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho, sino que el particular no tenga una obligación de soportar el daño (así, SSTs de 1 de julio de 2009 [RJ 2009, 6877] recurso 1515/2005; y de 31 de marzo de 2014 [RJ 2014, 1944], recurso 3021/2011). La antijuridicidad opera como presupuesto de la imputación del daño. No es ahora el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo.

A mayor abundamiento, en el propio contexto de la desproporción, el prof. David Blanquer<sup>24</sup> apunta la posible desproporción de las disposiciones directamente dictadas en materia de actividades de ocio refiriéndose a todas las disposiciones que se dictaron después del primer estado de alarma tras el Decreto del 14 de marzo de 2020, es decir, una vez expirado este, en las distintas CC.AA. Por ejemplo, la orden de la consejera de Salud del País Vasco de 28 de julio de 2020 reduciendo al 60 % la presencia en discotecas o establecimientos de ocio (citando medidas similares en Andalucía o Navarra, etc.), siendo necesario recordar el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de agosto de 2020 en el que se afirma que la Administración autonómica no aporta al proceso judicial las pruebas o indicios que justificaran suficientemente la imputación a la hostelería de los contagios de coronavirus, por lo que no existía fundamento para presuponer en abstracto la mayor relación de esos locales con el mantenimiento de las medidas de seguridad sanitaria. Dicho auto cree que existe fundamento para prohibir temporalmente las pistas de baile en las discotecas, pero considera desproporcionada la restricción de horarios impidiendo cualquier consumición. Como afirma este profesor<sup>25</sup>, la proporcionalidad es un factor para valorar la conformidad a derecho de las medidas restrictivas en este tipo de locales o al menos la indemnización, en este contexto. Estamos, pues, ante una doctrina que lleva a reforzar la imputación del daño a la Administración, en especial autonómica, en este caso del COVID-19.

## 4 Cuantificación del daño, por referencia a dichas actividades y a dichas disposiciones

Según el artículo 32.2 de la LRJSP 40/2015 (“presupuestos del daño indemnizable”), «en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

<sup>24</sup> BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, cit., p. 119.

<sup>25</sup> BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, cit., p. 123.

Es requisito fundamental a estos efectos que el solicitante de la responsabilidad patrimonial aporte un informe elaborado por un profesional competente (economista, auditor) que determine el importe del perjuicio económico sufrido como consecuencia de las restricciones y limitaciones derivadas del COVID-19.

## Bibliografía

- BLANQUER CRIADO, D. (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, 2012.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), 2020.
- GALLARDO CASTILLO, M.J., *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, COLEX. Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2021.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, D., “Medidas sanitarias autonómicas dictadas por delegación en el estado de alarma: ¿Discrecionales o arbitrarias?”, *Almacén de Derecho*, noviembre 2020.
- JORDANO FRAGA, J., *La reparación de los daños catastróficos (catástrofes naturales, Administración y Derecho público: responsabilidad seguro y solidaridad)*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ ARANA, J., “La responsabilidad patrimonial del Estado por las medidas adoptadas en estado de alarma declarado para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Consideraciones generales del caso español”, *Actualidad Administrativa*, n. 10, Sección Actualidad, octubre 2021.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_julio-diciembre 2022 | pp. 331-363  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.5004>  
© Omar Bouazza Ariño  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 16/11/2022 | Aceptado: 29/11/2022

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

A resposta da Administración  
contra a homofobia e o  
seu control xurisdiccional na  
orde interna e europea

## La respuesta de la Administración contra la homofobia y su control jurisdiccional en el orden interno y europeo

64 Regap

Response of the Administration  
against homophobia and its  
jurisdictional control in the  
domestic and European order

Regap



ESTUDIOS

OMAR BOUAZZA ARIÑO<sup>1</sup>

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Complutense de Madrid

<https://orcid.org/0000-0001-7220-0368>

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

**Resumo:** O obxectivo deste traballo consiste na análise da recente xurisprudencia do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos en materia de diversidade sexual que lles ofrece ferramentas xurídicas aos Estados para adaptar as súas lexislacións e as prácticas xudiciais e administrativas para previr, investigar e castigar, se procede, a crecente homofobia que desafía valores como o de democracia, xustiza, liberdade, tolerancia e espírito de apertura que fundamentan o Consello de Europa.

**Palabras clave:** Diversidade sexual, homofobia, Tribunal Europeo de Dereitos Humanos.

<sup>1</sup> Este traballo ha sido realizado en el seno del proyecto “La europeización de las sanciones administrativas: la incidencia del derecho europeo en el concepto de sanción, en sus garantías y en su función” (PID2020-115714GB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación. El autor forma parte de los Grupos de Investigación UCM “931089 Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa” y “970825 Globalización y Derecho Administrativo Global”.

**Resumen:** El objetivo de este trabajo consiste en el análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de diversidad sexual que ofrece herramientas jurídicas a los Estados para adaptar sus legislaciones y las prácticas judiciales y administrativas para prevenir, investigar y castigar, si procede, la creciente homofobia que desafía valores como el de democracia, justicia, libertad, tolerancia y espíritu de apertura que fundamentan el Consejo de Europa.

**Palabras clave:** Diversidad sexual, homofobia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**Abstract:** The aim of this paper is to analyze the recent European Court of Human Rights case-law on sexual diversity which it offers legal tools to States to adapt their legislation and judicial and administrative practices to prevent, investigate and punish, if convenient, the growing homophobia that challenges values such as democracy, justice, freedom, tolerance and spirit of openness that underpin the Council of Europe.

**Key words:** Sexual diversity, homophobia, European Court of Human Rights.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 Derecho a la vida: los ordenamientos nacionales deben adaptarse a los estándares europeos en materia de respeto a la orientación sexual. 3 Dignidad humana y prohibición de discriminación en el ejercicio del derecho a la integridad física y moral frente a agresiones homófobas. 3.1 Los Estados tienen la obligación positiva de prevenir e investigar la violencia por razones de orientación sexual. 3.2 Abuso de derecho: las normas referidas a los derechos fundamentales no deberán interpretarse a favor del agresor y en detrimento de la víctima. 4 Cirugías a menores intersexuales. 5 Prohibición de discriminación en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar. 5.1 Insultos homófobos. 5.2 Protección de datos y donaciones de sangre. 5.3 Responsabilidad parental y derechos de custodia. 6 Derecho de asociación y libertad de asamblea. 7 Final.

## 1 Introducción

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “el Tribunal”, “el TEDH” o “Estrasburgo”, en referencia a la ciudad en la que se encuentra) suele decir que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “el Convenio” o, simplemente, “el CEDH”) es el instrumento garante del orden público europeo en materia de derechos humanos. Si bien el TEDH reconoce que, en el seno del Consejo de Europa, de los Estados que integran la entidad supranacional, se da una diversidad de culturas jurídicas, de contextos económicos y sociales, así como diferentes niveles de democracia alcanzados, se pretenderá alcanzar una amplia unidad de acción en el ámbito de los derechos humanos que se reflejará en el canon o estándar mínimo de protección europeo. Estándar mínimo que se alcanzará con la interpretación que realiza el TEDH del CEDH, de convenios sectoriales y otros instrumentos de *soft law* del Consejo de Europa y que deberá guiar el funcionamiento ordinario de las administraciones públicas, los gobiernos, parlamentos y jueces y tribunales en el orden interno. Así, la misión del orden internacional consistirá en revisar que efectivamente los derechos nacionales respetan las obligaciones internacionales asumidas con el Consejo de Europa.

El Consejo de Europa, en el marco de su misión de promoción de los derechos humanos, presta especial atención, desde su creación, a la protección de los derechos de las minorías. Y, en concreto, de las minorías sexuales. No en vano, la jurisprudencia del TEDH ha supuesto importantes avances en el reconocimiento y protección de

los derechos de la creciente comunidad de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales (“LGTBI”, en adelante<sup>2</sup>) promoviendo la derogación de normativas internas que suponían una injerencia injustificada. Así, en *Dudgeon c. el Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981, el TEDH dijo que la vigencia de las leyes de Irlanda del Norte que tipificaban las relaciones sexuales consentidas entre hombres mayores de edad suponía una violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar. El demandante conseguiría que el Parlamento del Reino Unido modificara la normativa aplicable a ese territorio para acomodarla a los estándares establecidos por el TEDH, mediante la *Homosexual Offences (Northern Ireland) Order 1982*.

Basándose en el principio de subsidiariedad, por tanto, los Estados deberán adaptar su legislación, prácticas administrativas y práctica judicial a las exigencias del Convenio y la jurisprudencia del TEDH y administrativa y judiciales contrarias al derecho del Consejo de Europa y realizar un seguimiento para evitar regresiones en el reconocimiento de los derechos, garantías y libertades. En este sentido, será especialmente importante que la ley se aplique, ofreciendo una garantía efectiva a los destinatarios. Las leyes deberán contemplar un sistema efectivo de sanciones que garanticen una reparación efectiva<sup>3</sup> cuando las medidas preventivas fracasen.

El derecho a la igualdad de todas las personas es un punto de partida para el reconocimiento de la dignidad humana de las minorías que históricamente han sufrido el estigma y una profunda discriminación. Basándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cualquier diferencia de trato que no atienda a una justificación objetiva y razonable no está amparada por el sistema de Estrasburgo. En ningún caso podrá considerarse que las tradiciones, los valores culturales o religiosos o los patrones de una “cultura dominante” constituyen justificaciones objetivas ni razonables para establecer una diferencia por razón de orientación sexual<sup>4</sup>. La falta de conocimiento acerca de la diversidad sexual favorece la perpetuación de la homofobia y la transfobia que puede ocasionar daños graves en el desarrollo personal de los menores debido a una estigmatización normalizada que se consolida desde el entorno familiar, educativo y social en general. Por ello, es especialmente importante, como subraya el Consejo de Europa, que, atendiendo al interés superior del menor, los currículos escolares incluyan programas que promuevan la igualdad,

<sup>2</sup> En este tema, una de las cuestiones que llaman la atención es el acrónimo empleado para designar la diversidad sexual. Como señala Ignacio Álvarez Rodríguez, progresivamente se amplían las letras a medida que se van reconociendo y aceptando nuevas orientaciones o lo que denominaría como “no orientación” o no sentirse identificado con ningún género o etiqueta. En cualquier caso, el Consejo de Europa entiende por orientación sexual la homosexualidad, la heterosexualidad y la bisexualidad, mientras que considera que la transexualidad se refiere a la persona que no se identifica con el género asignado en el nacimiento [Resolución 1728 (2010) de la Asamblea Parlamentaria (Consejo de Europa) sobre discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género]. Ello no impide que otros colectivos integrados normalmente en el acrónimo, como el de los intersexuales, también hayan encontrado protección en el TEDH atendiendo a sus realidades concretas y específicas. La diversidad sexual integrada en el acrónimo “LGTBI” no deberá interpretarse con carácter cerrado, sino que admite más orientaciones, en ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., “La Organización de las Naciones Unidas y los derechos de las personas LGBTI: nuevos avances y desafíos de siempre”, Matía Portilla, F.J., Elvira Perales, A. y Arroyo Gil, A. (dir.), *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGBTI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 25-26.

<sup>3</sup> Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros (Consejo de Europa) a los Estados miembros sobre medidas para combatir la discriminación por razones de orientación sexual o identidad de género.

<sup>4</sup> Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros (Consejo de Europa) a los Estados miembros sobre medidas para combatir la discriminación por razones de orientación sexual o identidad de género.

la tolerancia y el respeto hacia las personas LGTBI<sup>5</sup>. Y que los materiales educativos ofrezcan información objetiva acerca de la orientación sexual y la identidad de género. El entorno educativo debería constituir un centro de protección y apoyo a los menores para que vivan de conformidad con su orientación sexual e identidad de género. Para ello, las administraciones públicas competentes en el seno de cada Estado deberán plantear políticas de igualdad y seguridad en las escuelas y planes de acción que aseguren el acceso a una formación en materia de derecho a la igualdad a los profesores y demás personal escolar. Estas medidas deberían tener en cuenta el derecho de los padres a educar a sus hijos<sup>6</sup>.

Los Estados tienen la obligación positiva de proteger los derechos humanos reconocidos en el Convenio de una manera real y efectiva, y la obligación negativa de abstenerse a legitimar la discriminación basada en la intolerancia. Los Estados no solo tienen la responsabilidad de proteger los derechos individualmente considerados, sino que además deberán adoptar las medidas más idóneas para proteger a los defensores de los derechos humanos de las personas del colectivo LGTBI, como las organizaciones no gubernamentales, organizaciones privadas cuyo papel de *chien de garde* es fundamental en la defensa de los intereses generales en toda sociedad que pretende ser democrática y avanzada. Y es que, como estudiaremos en la glosa de la jurisprudencia reciente, las ONG son víctimas directas e indirectas de ataques violentos, así como del discurso del odio por parte de organizaciones políticas, y de grupos religiosos, en toda Europa. La protección que deben ofrecer los Estados, por tanto, deberá asegurar el ejercicio pacífico de sus actividades de interés general. La falta de una respuesta adecuada de los Estados supone una normalización de las conductas antisociales y una profundización en el estigma, lo que implica una violación de las obligaciones internacionales asumidas con el Consejo de Europa.

En este orden de consideraciones, hay que subrayar que la promoción del odio y la discriminación no forma parte del contenido del derecho a la libertad de expresión. Se trata, en realidad, de un abuso de derecho, es decir, el empleo del sistema de derechos y libertades democráticos precisamente para derrocarlo. Por ello, las autoridades competentes en el orden interno tendrán la decisiva responsabilidad de garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos de conformidad, al menos, con el estándar europeo establecido por el TEDH.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha integrado las nuevas aspiraciones de la sociedad en esta materia incorporando, sin ninguna duda, la orientación sexual y la identidad de género en la prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH) e integra en el contenido de los demás preceptos los derechos LGTBI siempre que la diferencia de trato no atienda a razones objetivas ni razonables. Además, el Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria, en el seno también de la entidad supranacional, han aprobado destacadas normas de *soft law* que ofrecen una aproximación

<sup>5</sup> Resolución 1728 (2010) de la Asamblea Parlamentaria (Consejo de Europa) sobre discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género.

<sup>6</sup> Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros (Consejo de Europa) a los Estados miembros sobre medidas para combatir la discriminación por razones de orientación sexual o identidad de género.



muy aguda a los derechos LGTBI y son asumidos por el TEDH al resolver los casos, ofreciéndoles un importante efecto interpretativo, cuasivinculante.

Tras la sentencia *Dudgeon*, el TEDH ha tenido ocasión de resolver otras cuestiones cruciales del colectivo LGTBI, mal planteadas en los ordenamientos internos, por lo que se habrá exigido su modificación. Así, en cuanto a la edad para prestar consentimiento válido para mantener relaciones sexuales, el Tribunal considera en los casos *L. y V. c. Austria* y *S.L. c. Austria*, ambos de 9 de enero de 2003, que la existencia del artículo 209 del Código penal austriaco, que criminalizaba las relaciones sexuales consentidas entre varones mayores de edad con varones adolescentes de catorce a dieciocho años, era discriminatoria ya que no se preveía la misma respuesta legal para los casos de relaciones heterosexuales o entre mujeres. Por lo tanto, concluyó que hubo una violación del artículo 14 considerado conjuntamente con el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada). El TEDH tendría ocasión de conocer de nuevo sobre este tema en la sentencia *B.B. c. el Reino Unido*, de 10 de febrero de 2004. El demandante, tras denunciar una agresión física por su amante, que tenía 16 años, fue sometido a un proceso penal porque confesó que había mantenido relaciones sexuales con su agresor. Los hechos ocurren antes de 2001, fecha en la que entra en vigor la Ley por la que se deroga la anterior normativa en la que se condenaban las relaciones homosexuales con varones menores de 18 años y se equipara la edad para prestar consentimiento a los 16 años, como en las relaciones heterosexuales, modificación normativa incitada por la Decisión de la Antigua Comisión Europea de Derechos Humanos recaída en el asunto *Sutherland c. el Reino Unido*, de 27 de marzo de 2001. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que la normativa por la que se establece un diferente tratamiento punitivo en función de la modalidad de relación sexual era discriminatoria y afectó al derecho al respeto de la vida privada del Sr. B.B. y a su derecho a no ser tratado de modo diferente por mantener relaciones sexuales con personas del mismo sexo (artículo 14+8). Reconocería asimismo justamente una indemnización de 7.000 euros por los daños morales ocasionados. A pesar de que ambos países expulsaron las normas conflictivas de sus respectivos ordenamientos, llegaron más casos a Estrasburgo sobre hechos acontecidos con anterioridad a las reformas normativas, por lo que no se daría una retroactividad *in bonus*. Ello muestra, sin duda, la resistencia de los recalitrantes a aceptar los estándares europeos. Así, en la sentencia recaída en el caso *Ladner c. Austria*, de 3 de febrero de 2005, el demandante, que tenía 40 años cuando ocurrieron los hechos, fue condenado por los tribunales internos a pena de prisión por mantener relaciones sexuales con cuatro adolescentes, varones también, de entre 16 y 18 años, en aplicación del polémico artículo 209 del Código penal. A pesar de que este precepto se había declarado inconstitucional el 21 de junio de 2002, sorprendentemente seguía siendo aplicable a aquellos casos de los que ya se hubiera conocido en primera instancia (!) El tribunal de apelación confirmaría la condena del demandante, dictaminada en la instancia. Se debió originar un intenso debate, a la luz de la narración de los hechos. Y es que el Parlamento requirió al Gobierno la concesión del indulto a todos aquellos que hubiesen sido condenados en virtud del derogado artículo 209 y que hubiesen obtenido sentencia en primera instancia con anterioridad a la modificación de la

Regap



ESTUDIOS

ley. Sin embargo, la reforma del Código penal abrió otra vía, el artículo 207b, por el cual se valora la conducta del imputado para mantener la condena en estos casos. El Sr. Ladner no obtuvo el indulto, en aplicación del nuevo precepto, pues el Gobierno, *objetivando* la conducta del demandado, consideró que en una ocasión el demandante se aprovechó de la situación de apuro de un adolescente que tuvo que vivir en su casa durante una temporada tras una riña con sus padres. El TEDH condenaría nuevamente a Austria por una violación del artículo 14+8 reconociendo la cantidad de 17.500 euros en conceptos de indemnización por los trece días en los que el demandante estuvo detenido preventivamente. Y es que serían necesarios nuevos impulsos, a modo de sentencias de condena, para que se vencieran las injustificables resistencias de los tribunales internos, fundamentadas en una arraigada homofobia normalizada a lo largo del tiempo. Me refiero las sentencias recaídas en los casos *H.G. y G.B. c. Austria*, de 2 de junio de 2005, y *Wolfmeyer c. Austria*, de 26 de mayo de 2005; *R.H. c. Austria*, de 19 de enero de 2006.

Desde la perspectiva de los derechos civiles, el TEDH marcó un nuevo hito en *Karner c. Austria*, de 24 de julio de 2003; dijo que el no reconocimiento de los derechos de sucesión en materia de arrendamiento a las uniones estables homosexuales, bien que sí se reconocía a las heterosexuales, era contrario al Convenio. Esta sentencia constituiría un decisivo precedente de casos posteriores, como el resuelto por las sentencias *Kozak c. Polonia*, de 2 de marzo de 2010, y *P.B. y J.S. c. Austria*, de 22 de julio de 2010.

A partir de la segunda mitad de la década de los 10 de este siglo, el TEDH se pronuncia sobre temas muy variados, si bien destacan los asuntos en los que se observa una intensa regresión en el reconocimiento en el orden interno de los derechos referidos a la libertad de expresión y de asamblea, en relación con Polonia o Rusia (*Bączkowski y otros c. Polonia*, de 3 de mayo de 2007, *Alekseyev c. Rusia*, de 27 de octubre de 2010), así como la pasividad de las autoridades internas en la investigación efectiva de agresiones homófobas graves (*Identoba y Otros c. Georgia*, de 12 de mayo de 2015)<sup>7</sup>.

A continuación, me voy a referir a algunas de las sentencias recientes más relevantes.

## 2 Derecho a la vida: los ordenamientos nacionales deben adaptarse a los estándares europeos en materia de respeto a la orientación sexual

Los poderes públicos en el orden interno deben tener en cuenta el incremento de la violencia ejercida por razones de orientación e identidad de género. La ley deberá establecer los mecanismos de protección adecuados para garantizar los derechos humanos, como el derecho a la vida, y contemplar un sistema sancionador adecuado

---

<sup>7</sup> He prestado especial atención a esta evolución jurisprudencial en mis crónicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos publicadas en la *Revista General de Derecho Administrativo*, a cuya lectura me remito.

que cumpla la doble misión preventiva y punitiva de manera eficaz. Valgan estas notas para introducir la sentencia recaída en el caso *Stoyanova c. Bulgaria*, de 14 de junio de 2022.

Tres jóvenes asesinaron a Mihail Stoyanov, hijo de la demandante, la Sra. Hristina Ivanova Stoyanova. Lo golpearon con un ensañamiento especialmente cruento y lo estrangularon hasta que falleció asfixiado, en un parque de Sofía. Los atacantes formaban parte de un grupo de estudiantes de secundaria que pasaban el rato en el parque en busca de personas que percibían que eran homosexuales. A la mañana siguiente de la agresión, una persona que pasaba por el parque encontró el cuerpo de la víctima y llamó a la policía. Los tres agresores fueron detenidos casi dos años después. Fueron identificados porque uno de los agresores utilizó el móvil de la víctima en varias ocasiones.

Dos de los agresores fueron juzgados y declarados culpables por la comisión de un delito de asesinato agravado por haber matado a su víctima de manera especialmente cruel. Al tercer agresor se le otorgó la calidad de testigo. Los tribunales rechazaron calificar la motivación del asesinato como gamberrismo, lo que habría constituido otra agravante prevista por la ley. No obstante, hay que tener en cuenta que las motivaciones homófobas y las de los gamberros no tienen por qué ser coincidentes.

Al fijar las penas, las jurisdicciones de primera y segunda instancia estimaron que la motivación homófoba constituye un factor individual agravante, que compensaron con atenuantes. Finalmente, el Tribunal Supremo de Casación confirmó las condenas de los agresores a 10 años y 4 años y seis meses de prisión respectivamente. Las penas eran inferiores al mínimo legal. Para fijarlas tuvo en cuenta diversos factores atenuantes, como la ausencia de antecedentes penales de los agresores, su corta edad y la duración excesiva del proceso. En cuanto a la edad, la sentencia se refiere en varias ocasiones a la juventud de los agresores, pero no especifica la edad concreta, con lo que no podemos saber si se trataba de mayores o menores de edad en el momento en el que cometieron la agresión.

La demandante acude ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando una violación del artículo 14 CEDH (prohibición de la discriminación) combinado con el artículo 2 CEDH (derecho a la vida). Argumenta que la respuesta judicial de las autoridades búlgaras al móvil homófobo fue inadecuada. A este respecto, subraya que el derecho interno no contempla el móvil homófobo como factor agravante.

En el proceso participaron el Comité Búlgaro de Helsinki y la organización a favor de los derechos de las minorías sexuales, *Deystvie (Дејствоуе)*, como terceras partes intervinientes (*amicus curiae*).

El Comité Búlgaro de Helsinki subraya que, de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, la violencia cometida con una motivación de discriminación no debe tratarse de la misma manera que las demás. Asimismo, argumenta que el Código penal no incluye la orientación sexual e identidad de género en los delitos de odio. Aunque tampoco constituyen agravantes, en ocasiones los tribunales así consideran la hostilidad hacia la orientación sexual, pero no en todo caso. Finalmente, dice que

Regap



ESTUDIOS

la observancia de todas las circunstancias agravantes y atenuantes es una exigencia del ordenamiento penal interno.

La organización *Deystvie* (Действие) comenta que en los últimos tiempos ha habido varios incidentes violentos homófobos, así como discursos de promoción del odio, y las autoridades no han reaccionado apropiadamente. Por ello, que el derecho interno no contemple el carácter agravado de los delitos motivados en la hostilidad hacia las personas LGTBI constituye una dificultad especial.

El TEDH, en primer lugar, recuerda los principios aplicables al caso que extrae de su jurisprudencia sobre el deber de investigar y castigar los ataques violentos cometidos por personas privadas motivados por la hostilidad hacia la orientación sexual de la víctima o su presumida orientación, establecidos en la sentencia recaída en el caso *Sabalić c. Croacia*, de 14 de enero de 2021, que comentaré más adelante. De dichos principios, el TEDH subraya que:

A) Al investigar los ataques violentos, las autoridades deben adoptar todos los pasos razonables para desenmascarar cualquier posible motivación discriminatoria;

B) El deber de responder apropiadamente a las agresiones se extiende a los procesos judiciales en los que se decide si condenar a los perpetradores acusados y la manera de realizarlo;

C) Tratar la violencia con una motivación discriminatoria de la misma manera que la violencia que no tiene estas connotaciones equivale a hacer la vista gorda ante la naturaleza específica de los actos especialmente destructivos que socavan los derechos fundamentales, razón por la que el hecho de no tratar tales situaciones de manera diferente puede constituir un trato injustificado irreconciliable con el artículo 14 del Convenio.

El TEDH también tiene en cuenta su jurisprudencia según la cual el derecho penal no debe interpretarse de manera extensiva en perjuicio del acusado, como ha dicho, por ejemplo, en las sentencias recaídas en los casos *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de mayo de 1993 y *Del Río Prada c. España*, de 21 de octubre de 2013.

A continuación, el TEDH aplicará estos principios a este caso.

El TEDH observa que los agresores fueron procesados y juzgados. Las autoridades han actuado, a diferencia de lo que ocurrió en otros casos, como en *Identoba c. Georgia*. Las autoridades también han considerado la motivación homófoba de la agresión, a pesar de que el Código penal no contempla este factor. A este respecto, la demandante no se queja de la investigación llevada a cabo, sino de la calificación de estos ataques en el Código penal. Por ello, el TEDH centrará su atención en el derecho penal búlgaro y su aplicación por los tribunales internos en relación con este caso para comprobar si permite responder adecuadamente a los motivos homófobos del ataque.

El TEDH subraya que no puede actuar como un tribunal interno en el bien entendido de que no puede entrar a valorar si las penas impuestas a los agresores fueron justas. La tarea del TEDH consistirá en examinar si el derecho penal búlgaro, tal y

como se ha aplicado en este caso, dio lugar a un resultado contradictorio con las exigencias del artículo 14 en relación con el artículo 2 del Convenio.

El TEDH pone de relieve que, en relación con el derecho penal búlgaro, la muerte motivada por la hostilidad hacia la víctima por su orientación sexual real o presumida no se considera asesinato agravado ni se considera un crimen de una gravedad superior.

Esta laguna no ha sido compensada por los tribunales internos, que han rechazado aplicar el agravante de gemberrismo. Además, su razonamiento no ofrece claridad acerca del peso que han dado a las motivaciones homófobas en su apreciación global de la interacción entre los factores individuales atenuantes para la fijación de las penas de los dos agresores. El Tribunal Supremo de Casación, por su parte, no ha mencionado la motivación homófoba en sus resoluciones.

La práctica habitual de los tribunales búlgaros para elegir la determinación de la pena consiste en una apreciación global del conjunto de los factores atenuantes y agravantes y no es posible, en principio, acordar un peso específico a un factor.

Aunque se llegó a la conclusión de que la agresión al hijo de la demandante fue motivada por el odio hacia los homosexuales, las jurisdicciones búlgaras no derivaron una consecuencia jurídica tangible de dicha constatación.

A modo de ver del TEDH, esta situación se explica principalmente por el hecho de que el derecho penal búlgaro no ofrece una base normativa adecuada.

Por ello, el TEDH condena a Bulgaria por una violación del artículo 14 en relación con el artículo 2 CEDH y la conmina, basándose en el artículo 46 CEDH, a que se introduzca el agravante de orientación sexual en los delitos de agresión violenta del Código penal.

Los jueces Tim Eicke (Reino Unido) y Faris Vehabović (Bosnia y Herzegovina) manifestaron una opinión concurrente. Argumentan que los tribunales internos no calificaron correctamente los hechos acontecidos. Si bien el Código penal búlgaro no contempla la homofobia como un agravante, ofrecía herramientas para reflejar apropiadamente en las sentencias impuestas la naturaleza homófoba del asesinato del hijo de la demandante. Subrayan que los tribunales internos han ofrecido una sanción penal inferior a la mínima contemplada por la Ley.

Los magistrados recuerdan que el TEDH ha subrayado en la sentencia *Sabalić* la necesidad de que las autoridades internas demuestren el compromiso del Estado con el Convenio, asegurando que los ataques homófobos no sean ignorados por las autoridades competentes y proporcionando una protección efectiva, mostrando que estos actos en ningún caso pueden ser tolerados, en lugar de fomentar una sensación de impunidad por la comisión de delitos de odio violentos.

Los magistrados dicen que los atenuantes identificados por el Tribunal Supremo búlgaro, a la luz de la jurisprudencia del TEDH, no permiten la rebaja de la pena. Ello se observa claramente en relación con el atenuante basado en la inexistencia de antecedentes penales, pues en la determinación de los hechos por los tribunales internos quedó probado que los agresores se reunían habitualmente en el parque para agredir a homosexuales. Por ello, el atenuante habría que matizarlo por esta circunstancia objetiva.



### 3 Dignidad humana y prohibición de discriminación en el ejercicio del derecho a la integridad física y moral frente a agresiones homófobas

#### 3.1 Los Estados tienen la obligación positiva de prevenir e investigar la violencia por razones de orientación sexual

Los derechos y libertades del Convenio tienen un contenido procesal y sustantivo. Para que el reconocimiento del derecho sea real y efectivo, es necesario que el ordenamiento contemple un procedimiento que garantice una investigación adecuada y que dicho procedimiento se lleve a cabo en la práctica cuando se da un supuesto de hecho en la realidad. Y es que el procedimiento constituye una garantía fundamental de los ciudadanos en todo Estado que pretende ser de Derecho. Se trata de la cuestión principal subyacente en la sentencia recaída en el caso *Oganezova c. Armenia*, de 17 de mayo de 2022, en la que me voy a centrar ahora.

La demandante es una ciudadana que en la actualidad vive en Nacka, Suecia. Es una conocida activista armenia en la defensa a nivel nacional e internacional de los derechos de las minorías sexuales. Es copropietaria del bar DIY Club en el centro de Yerevan, un lugar en el que socializan las personas LGTBIQ+. Tras la retransmisión de una entrevista en la que mencionaba su participación en una marcha del orgullo gay, fue objeto de una campaña de amenazas, acoso e intimidación *online* por su orientación sexual, lo que tuvo como colofón el ataque con bombas incendiarias a su local. Los agresores ocasionaron daños materiales graves. Tras el atentado, en el mismo mes, el bar y la demandante se convirtieron en el objeto de una agresión continuada casi a diario durante más de dos semanas por una serie de individuos. La demandante fue amenazada de muerte y sufrió agresiones físicas y verbales, tanto en persona como *online*. Finalmente, la demandante abandonó Armenia y se refugió en Suecia, donde solicitó asilo por la persecución que sufría como consecuencia de su orientación sexual. Dos de los autores del ataque con bombas al local fueron condenados a dos años de prisión por causar daños intencionadamente a la propiedad, así como a una indemnización a modo de responsabilidad civil. Sin embargo, el tribunal decidiría la suspensión de la pena de prisión, solución que fue impugnada sin éxito por la demandante.

Agotada la vía interna, la demandante acude ante el TEDH alegando una violación del artículo 3 CEDH en relación con el artículo 14 CEDH.

El TEDH comienza su argumentación indicando que no es decisivo el hecho de que la demandante no haya sufrido daños físicos como consecuencia del ataque. La demandante se convirtió en el objetivo de una campaña continuada de agresión homófoba que lo condujo a abandonar permanentemente el país en el que vivió toda su vida, lo que afectó a sus lazos sociales y familiares. Al evaluar los incidentes en cuestión, el TEDH tiene en cuenta la situación precaria de la comunidad LGTBI

en sí misma en el Estado implicado, como se deduce de varios informes acerca del sentimiento generalizado hacia esta comunidad. Contra estos antecedentes, la naturaleza discriminatoria de los hechos y el nivel de vulnerabilidad de la demandante, que públicamente se ha posicionado en el grupo señalado del prejuicio social, era especialmente manifiesta. Los ataques tenían la finalidad de amedrentar a la demandante para que desistiera de su apoyo público al colectivo LGTBI, lo que incluía su activismo en la comunidad local regentando un bar como proyecto en común. También supuso una destrucción de su modo de vida, ya que el ataque al local lo privó de su fuente de ingresos. Estaba claro que el comportamiento de los autores del ataque, así como de las personas involucradas en el acoso continuado a la demandante, estaba premeditado, con una motivación homófoba, y tenía como finalidad disuadir a la demandante de reabrir el local. Además, la demandante ha sufrido enfrentamientos físicos de hombres desconocidos que la han amenazado en persona y la han humillado.

El TEDH subraya que la angustia y el estrés de la demandante se habrá exacerbado debido al hecho de que la policía no ha reaccionado adecuadamente y a tiempo. Las medidas de protección que solicitó para ella misma y su entorno se concedieron una semana después, pero se retiraron a los cinco días sin asegurar que ya no estaban en peligro. La situación en la que la demandante se ha encontrado como resultado de los ataques sufridos motivados por el odio homófobo ha debido suponerle necesariamente sentimientos de miedo, angustia e inseguridad que no son compatibles con el respeto de la dignidad humana. Por consiguiente, la violencia sufrida alcanza el nivel de gravedad en el sentido del artículo 3 tomado en consideración junto con el artículo 14 CEDH.

El TEDH subraya que las autoridades tienen el deber de prevenir la violencia con motivación de odio, así como de investigar la existencia de un posible vínculo entre un motivo de discriminación y el acto de violencia, tanto físico como verbal. Se trata de obligaciones positivas del Estado que derivan de los artículos 3 y 8 CEDH. El TEDH añade que la prevención de la violencia por razones de orientación sexual, así como la obligación de investigar dicha relación, pueden observarse también como responsabilidades positivas basándose en el artículo 14 CEDH, que asegura el reconocimiento igualitario del contenido de los artículos 3 y 8 CEDH.

A continuación, el TEDH analizará si hubo una investigación efectiva del ataque incendiario. Aunque la policía realizó una investigación razonablemente expeditiva, no adoptó medidas de investigación en el lugar de los hechos. En realidad, se identificó a los autores del delito y la posterior detención gracias a los esfuerzos de los empleados de un negocio cercano y de la demandante y sus allegados. Las autoridades no tendrían, por ello, dificultad alguna en la resolución del caso. Aunque la motivación de odio era manifiesta desde el principio –había pruebas directas–, el ataque incendiario fue tratado por las autoridades que han investigado los hechos y por los tribunales como un delito ordinario de incendio, lo que incidiría en la mayor levedad de las consecuencias legales. Este aspecto fundamental del delito ha hecho que la agresión sea invisible y sin implicaciones penales.

Regap



ESTUDIOS

La existencia de la prueba en este caso exigía una aplicación efectiva de los mecanismos del derecho penal interno aptos para dilucidar la motivación homófoba que impulsó este incidente violento e identificar y, en su caso, castigar adecuadamente a los responsables. Sin embargo, el derecho penal interno no contempla la orientación sexual o identidad de género como una razón en la comisión del delito o una circunstancia agravante. Además, el artículo 226 del Código penal, que criminaliza la incitación al odio, no se refiere a la orientación sexual o a la identidad de género. El TEDH censura que Armenia no ha seguido la Recomendación de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia en esta materia.

Dado el motivo claro de odio detrás del ataque al bar y la situación precaria en la que se encuentra la comunidad LGTBI en el Estado, las autoridades debían abordar el tema de la discriminación que ha motivado el ataque incendiario en el bar. No ha habido una aplicación rigurosa de la ley. La indiferencia de las autoridades internas supone una connivencia del Estado en la comisión del delito. Además, como no se ha realizado una distinción entre situaciones que son claramente diferentes, se ha violado el artículo 14 CEDH.

Las autoridades, por tanto, no han cumplido con su obligación positiva de investigar de una manera efectiva la motivación homófoba del ataque<sup>8</sup>.

En relación con la reacción de las autoridades tras el ataque al local y las continuadas agresiones e intimidaciones homófbas sufridas por la víctima, el TEDH observa que se adoptaron medidas de protección insuficientes que incluso se retiraron solo cinco días después de su establecimiento por razones no aclaradas. La decisión de levantarlas hubiera requerido una reevaluación cuidadosa acerca de la vigencia de los riesgos. Las autoridades, por tanto, no han realizado una investigación adecuada en relación con las alegaciones de la demandante.

En cuanto al discurso de odio, las agresiones verbales han consistido en llamadas a la violencia contra la demandante. Se trataba de infracciones de naturaleza penal. Sin embargo, esta posibilidad no estaba contemplada en el derecho interno. Además, teniendo en cuenta los actos de violencia física y verbal *online*, las autoridades debieron evaluar con mayor diligencia los comentarios de odio publicados en las plataformas digitales. Por el contrario, los parlamentarios y los políticos de primer nivel han realizado declaraciones intolerantes al apoyar el ataque al local. Aunque el derecho interno prohíbe el discurso del odio, la orientación sexual y la identidad de género todavía no se incluyen en la definición de los delitos de odio a pesar de las recomendaciones de los órganos internacionales competentes en esta materia. En consecuencia, las autoridades no han ofrecido una respuesta adecuada al discurso de odio homófbico del que la demandante ha sido víctima.

Por todo ello, el TEDH concluye que ha habido una violación del artículo 14 en relación con el artículo 3 CEDH.

La libertad de expresión y de asamblea son dos libertades fundamentales para la defensa efectiva de los derechos de las minorías sexuales. No se deberá impedir la

---

<sup>8</sup> Acerca del contenido procesal del artículo 3 CEDH, será de interés la consulta de la monografía de ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Brechas convencionales en España. Un reto constitucional del siglo XXI*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, 156 pp.



organización de manifestaciones de defensa del colectivo LGTB basándose en una idea de moral recalcitrante. Las manifestaciones deben ser garantizadas mediante el establecimiento de una protección policial adecuada frente a los contramanifestantes. En caso contrario, entendemos que las autoridades internas ofrecen un apoyo tácito a los últimos.

El TEDH vuelve a conocer acerca de las dificultades extremas que encuentran las organizaciones de defensa de los derechos LGTBQ+ para manifestarse libremente en la sentencia recaída en el caso *Women's Initiatives Supporting Group y Otros c. Georgia*, de 16 de diciembre de 2021. El caso, en concreto, se refiere al ataque de miles de contramanifestantes, clérigos y miembros de organizaciones no gubernamentales antiLGTBI, contra manifestantes LGTBI el 17 de mayo de 2013, Día Internacional contra la Homofobia, en el centro de Tiflis.

El TEDH consideró, en concreto, que las autoridades no adoptaron medidas para proteger a los manifestantes pacíficos a pesar de los riesgos asociados a la manifestación. Hubo, además, imágenes y reportajes de periodistas independientes, que reflejan la connivencia de la Administración con los autores de los actos de violencia. El TEDH no excluye la posibilidad de que la escalada de violencia esté influida por la ausencia de una investigación objetiva sobre los ataques a la comunidad LGTBI acontecidos durante los actos del año anterior, que fueron objeto de la sentencia de condena del TEDH *Identoba y Otros c. Georgia*, de 12 de mayo de 2015.

El TEDH decidió, por unanimidad, que hubo una violación del artículo 3 en relación con el artículo 14 CEDH debido a que las autoridades no protegieron a los manifestantes pacíficos de la agresión homófoba y tránsfoba y de no llevar a cabo una investigación adecuada. Además, declaró una violación del artículo 11 en relación con el artículo 14 CEDH.

Otro ejemplo de abusos contra las minorías sexuales nos lo ofrece la sentencia *Aghdgomelashvili y Japaridze c. Georgia*, de 8 de octubre de 2020. Un grupo de unos 17 policías vestidos con ropa de paisano entraron en la oficina de la organización no gubernamental LGTB The Inclusive Foundation, en la que se realizaban los preparativos para la organización de una exhibición artística. Los policías comunicaron que iban a realizarles un registro, sin mostrar una orden judicial.

Las demandantes, que trabajan para la ONG, y sus compañeros, alegan que los agentes de policía, al darse cuenta de que se encontraban en una organización LGTB, se tornaron agresivos. Uno de los agentes se incautó forzosamente de su móvil, mientras que otro dijo que deseaba prender fuego a la oficina. Los policías insultaron a las mujeres presentes, llamándolas “enfermas”, “pervertidas” y “tortilleras”, y les amenazó con difundir su orientación sexual, lo cual es especialmente grave en este país habida cuenta del rechazo que la sociedad en general siente hacia las minorías sexuales.

Las agentes de policía mujeres cachearon a casi todas las mujeres presentes, como las demandantes. Las víctimas sintieron que el cacheo se realizó para humillar, ya que las agentes no buscaron en la ropa que les obligaron a quitarse.

La querrela presentada por las demandantes en enero de 2010 está pendiente de solución en el momento en el que se dicta esta sentencia.

regap



ESTUDIOS

Basándose en el artículo 3 (prohibición de los tratos inhumanos o degradantes) y 14 (prohibición de discriminación), las demandantes alegan que la policía las ha sometido a malos tratos físicos y mentales con connotaciones claramente homófobas y transfobas, ignoradas en el seno de la investigación posterior.

El TEDH en primer lugar enfatiza que, en 10 años, no se ha desarrollado una investigación efectiva acerca de la motivación homófoba y transfoba del registro de la sede de la organización y el cacheo de las demandantes. Esta pasividad se entiende en el contexto de la hostilidad, bien documentada, de las autoridades de Georgia hacia la comunidad LGTBQ+.

Por ello, considera que ha habido una violación del artículo 3 en relación con el 14 desde una perspectiva procesal.

A continuación, el TEDH establece si el Estado es responsable por los abusos alegados durante el registro. El TEDH considera que la versión de los hechos de las demandantes, que el Gobierno no rebatió y fue confirmada por testigos presenciales, se ha probado más allá de toda duda razonable.

La actitud de los agentes, motivada por el odio homófobo y transfobo, fue groseramente inapropiada. Los agentes no solo han querido humillar y degradar a las demandantes con su discurso del odio, sino que además las amenazaron. Los registros corporales, además, tuvieron especial gravedad. Tenían como finalidad avergonzar y castigar a las demandantes por su vinculación a una asociación de la comunidad LGTBI.

Los agentes, con su comportamiento, han debido provocar sentimientos de miedo, angustia e inseguridad a las demandantes que no son compatibles con el respeto de su dignidad humana. Por ello, concluye que ha habido una violación del artículo 3 en relación con el 14 también desde una perspectiva sustantiva. Y reconoció una indemnización de 2.000 euros a cada demandante por daños no pecuniarios.

En fin, este clima de violencia contra las minorías sexuales apoyada directa o indirectamente por las administraciones públicas y los jueces y tribunales de Georgia ha generado corrientes de refugiados hacia países del oeste de Europa.

Como he apuntado más arriba, la educación en materia de igualdad, en concreto por razón de orientación sexual e identidad de género, es fundamental para prevenir la homofobia y la transfobia. Por el contrario, la ausencia de esta materia en la escuela y la presencia de profesores poco sensibles u hostiles hacia la diversidad sexual puede implicar la perpetuación de actitudes homófobas desde edades tempranas. Será fundamental la protección integral de la infancia de conformidad con las órdenes internacionales. A este respecto, cabe indicar que la Resolución 1728 (2010) de la Asamblea Parlamentaria (Consejo de Europa) sobre discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género, a la que me he referido anteriormente, señala que es importante no criticar la orientación sexual percibida o declarada de los jóvenes, especialmente de los menores de dieciocho años, y de reconocer que cualquier humillación o trato degradante por este motivo puede dañar su bienestar y desarrollo personal de por vida. Estas ideas son fundamentales para prevenir comportamientos homófobos entre los menores de edad, como ocurrió en el caso planteado en la sentencia *Genderdoc-M y M.D. c. la República de Moldavia*, de 14 de

diciembre de 2021. La primera demandante es una asociación inscrita en Chişinău. Representa los intereses de las personas LGBT en la República de Moldavia. El segundo demandante vive en Bălţi.

El Tribunal de Distrito de Bălţi dictó una sentencia el 9 de junio de 2014 por la que condenó a M. por discurso del odio e incitación a la discriminación contra homosexuales al realizar una llamada, en una declaración pública, a no contratarlos en el sector educativo, médico y alimentario argumentando, falsamente, que el 92 % de los homosexuales tienen el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH). El tribunal le ordenó retractarse e indemnizar a Genderdoc-M con una multa de 10.000 lei moldavos y 12.564 por las costas.

Sin embargo, M. daría una rueda de prensa indicando que pediría disculpas a los cristianos y no a los homosexuales ya que en realidad no están infectados con el VIH el 92 % de homosexuales, sino el 95 % y que muchos de ellos constituían un peligro para la sociedad.

La asociación interpuso una querrela contra M. Los tribunales concluyeron que las expresiones pronunciadas por M. no constituían un delito.

Por otro lado, el segundo demandante fue agredido física y verbalmente el 5 de octubre de 2014 por un grupo de 12 a 14 menores, llamándole gay. Los agresores subieron el vídeo del ataque a internet. Como consecuencia de ello, fue agredido en varias ocasiones por personas que lo identificaron por la calle en los días posteriores. El demandante sufrió lesiones como consecuencia de las agresiones, aunque serían minimizadas por los médicos que lo atendieron. Los tribunales dijeron que el demandante había sufrido violencia, pero no consideraron que hubiera sufrido discriminación.

El TEDH comienza su argumentación subrayando que las autoridades tienen el deber de prevenir los actos de violencia motivados por el odio realizados, así como investigar la existencia de un posible vínculo entre un motivo discriminatorio y el acto de violencia, lo que hace referencia al aspecto procesal del artículo 3 CEDH y al de asegurar los valores fundamentales del artículo 3 CEDH sin discriminación, basándose en las obligaciones positivas que derivan del artículo 14 CEDH.

En este caso, a la vista de las alegaciones del segundo demandante acerca de la violencia sufrida con insultos homófobos, el TEDH dice que ha tenido la suficiente gravedad para considerarla tratos inhumanos o degradantes basándose en el artículo 3 CEDH y que las autoridades no han investigado la cuestión. Por ello, el TEDH analizará las quejas de los demandantes desde la perspectiva del artículo 3+14 CEDH.

El artículo 3 CEDH no solo cubre el maltrato físico, sino también el maltrato psicológico. Así, el maltrato puede calificarse como degradante cuando provoca en la víctima sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillarlos y degradarlos, como ha dicho en las sentencias recaídas en los casos *Gäfgen c. Alemania*, de 1 de junio de 2010 y *Eremia c. la República de Moldavia*, de 28 de mayo de 2013. El TEDH además recuerda que el trato discriminatorio en sí mismo puede, en principio, suponer un trato discriminatorio en el sentido del artículo 3 CEDH, aunque nuevamente se exige un nivel de gravedad tal que constituya una afrenta a la dignidad humana. Más específicamente, *el trato que se basa en un sesgo predispuesto por parte de una mayoría*

*heterosexual contra una minoría homosexual puede, en principio, atraer la aplicabilidad del artículo 3, como dijo en la sentencia recaída en el caso Smith y Grady c. el Reino Unido, de 27 de septiembre de 1999. Las apreciaciones discriminatorias y los insultos deben ser considerados como un factor agravante al evaluar unos malos tratos a la luz del artículo 3. Al analizar la prueba en una demanda sobre violación del artículo 3 del Convenio, el TEDH aplica el estándar “más allá de toda duda razonable”, en el bien entendido de que deberá darse la coexistencia de inferencias suficientes, claras y concordantes o presunciones de hecho irrefutables, como ha dicho en la sentencia recaída en el caso Farbtuhs c. Letonia, de 2 de diciembre de 2004.*

El artículo 1 del Convenio, interpretado juntamente con el artículo 3, exige a los Estados proteger a cualquier persona que se encuentre en su territorio de todo tipo de malos tratos de los que tenga –o deba tener– conocimiento, lo que exige, además, una adecuada investigación de las alegaciones de violencia, obligación que no es de resultado, sino de medios. Los Estados deben adoptar las medidas que sean necesarias en un plazo razonable en la investigación de las alegaciones de tratos inhumanos o degradantes.

Los Estados, al investigar incidentes violentos, como los malos tratos, tienen el deber de adoptar todos los pasos razonables. En este caso en concreto, el TEDH observa que no ha habido una investigación efectiva y que el Estado ha encubierto la agresión con su pasividad. Por ello, concluye que el Estado no ha cumplido sus obligaciones positivas en relación con los artículos 3+14 CEDH.

Se trata de una sentencia muy relevante si tenemos en consideración, además, que al menos los primeros agresores de M.D. eran menores, lo que no exime al Estado de su obligación de investigar y dar una respuesta *adecuada* a la gravedad de los hechos.

### **3.2 Abuso de derecho: las normas referidas a los derechos fundamentales no deberán interpretarse a favor del agresor y en detrimento de la víctima**

Pavla Sabalić es una ciudadana croata que vive en Zagreb. Una noche, mientras se encontraba con unas amigas en una discoteca, un hombre, M.M., la agredió tras rechazar sus insinuaciones diciéndole que no le gustaban los hombres, que era lesbiana. M.M. comenzó a insultarla gritando, por ejemplo, “¡os tendrían que matar a todas!” o “¡te voy a f..., lesbiana! A continuación, agredió físicamente a la demandante. La demandante tendría que ser llevada al hospital para curar las heridas. El agresor fue sancionado con una multa leve de 40 euros por el quebranto de la paz social y el orden público<sup>9</sup>.

La demandante no tuvo conocimiento de dicho proceso. En cualquier caso, interpuso una querrela alegando que había sido víctima de un delito violento de odio y discriminación. Su solicitud sería desestimada, pues se entendió que M.M. ya había

---

<sup>9</sup> Acerca de la vaguedad de este concepto, me remito a la monografía de GONZÁLEZ BOTIJA, F., *Orden público y libertad*, Atelier, Barcelona, 2018, 382 pp.

sido sancionado y que no había una nueva sanción por los mismos hechos, basándose en la prohibición del *bis in idem*.

Agotada la vía interna, la demandante acude ante el TEDH alegando una violación del artículo 3 (prohibición de los tratos inhumanos y degradantes) en relación con el artículo 14 (prohibición de discriminación). Razona que el procedimiento por una infracción leve de orden público no ha considerado el componente de delito de odio por lo que el agresor ha quedado impune. La demandante también alega el artículo 13 CEDH. Como veremos, los límites a la prohibición del *bis in idem*, contemplados en el artículo 4 del Protocolo n. 7, que no alegó la demandante, serán decisivos para la solución del caso.

Las asociaciones y organizaciones no gubernamentales Zageb Pride, European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans e Intersex, Advice on International Rights in Europe Centre e International Commission of Jurists participaron como terceras partes intervinientes.

El TEDH, en la sentencia *Sabalić c. Croacia*, de 19 de enero de 2021, en primer lugar, estudia si el artículo 3 CEDH es aplicable. Para ello, basándose en su doctrina, determinará si se ha dado el mínimo de gravedad requerido. La evaluación de dicho mínimo dependerá de la duración de la agresión, su efecto físico y psicológico y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima. Se pueden considerar otros factores como la intención o la motivación, así como el contexto en el que la agresión se ha dado.

Como antes he apuntado, la agresión que atañe al mínimo de gravedad exigible para la aplicabilidad del artículo 3 normalmente incluye el daño corporal o un sufrimiento físico o mental intenso. Sin embargo, en el caso de que estos aspectos no concurren, cuando los malos tratos se refieren a una humillación o degrada a una persona, mostrando una falta de respeto o una injerencia en su dignidad humana, o despierta sentimientos de miedo, angustia, o inferioridad aptos para minar la integridad moral y psicológica de una persona, puede considerarse también degradante, por lo que sería aplicable la prohibición del artículo 3. El TEDH a continuación enfatiza que puede ser suficiente que la víctima se vea humillada a sí misma, aunque los demás no tengan esta percepción (parágrafo 64 *in fine*). Se trata, sin duda, de un gran avance en la calificación de las agresiones basadas en motivos de discriminación, ya que la agresión no quedará condicionada por la variada percepción que se pueda tener en las diferentes sociedades y en los ordenamientos nacionales acerca de la orientación sexual o la mayor o menor tolerancia hacia la motivación homófoba de la violencia alimentada por una combinación de comportamientos sociales discriminatorios en el contexto de una cultura dominante y el discurso del odio que legitima y promueve la discriminación basada en la intolerancia.

El TEDH observa, en este mismo orden de consideraciones, que los autores de la agresión pueden tener motivos mixtos influidos por factores situacionales tan intensos como los propiciados por la homofobia.

En este caso, el TEDH constata que, de conformidad con la versión de los hechos ofrecida por la policía en el lugar en el que se produjeron, así como por las declaraciones de la víctima y los testigos, y la investigación judicial llevada a cabo, la

Regap



ESTUDIOS

demandante fue agredida por M.M. cuando expresó su orientación sexual. En el informe policial consta que M.M. primero agarró a la demandante con ambas manos y la empujó contra una pared y luego comenzó a golpearla por todo el cuerpo y, cuando cayó al suelo, continuó pateándola. El ataque concluyó cuando una de las amigas de la demandante disparó su pistola de gas para asustar al agresor. Como consecuencia de la agresión, la demandante sufrió contusiones en la cabeza, un hematoma en la frente, traumatismos en la cara, la frente y la zona alrededor de los labios, tensión en el cuello, contusión en el pecho y traumatismos en las palmas y las rodillas.

Por todo ello, el TEDH considera que el ataque tenía como finalidad menoscabar su integridad y dignidad, por lo que considera que el artículo 3 CEDH es aplicable.

El TEDH observa que el derecho interno ofrece herramientas para investigar los actos violentos con motivación de odio por razón de orientación sexual. La demandante fundamenta su demanda en la ausencia de una respuesta efectiva por parte de las autoridades internas al delito de odio violento que sufrió.

El TEDH constata que inicialmente las autoridades actuaron correctamente. En efecto, la policía se personó en el lugar de los hechos, tomó declaración a los testigos y realizó un informe en el que se describía la agresión. El ordenamiento interno exige que en estos casos la policía actúe de oficio y presente una querrela. Sin embargo, la policía canalizó el caso mediante un proceso de delitos leves por alteración de la paz social y el orden público. Finalmente, el agresor fue sancionado con una multa de 40 euros, por lo que el agravante de discriminación por razón de orientación sexual fue ignorado.

El TEDH, basándose en el principio de subsidiariedad, espera que los tribunales nacionales ofrezcan soluciones justas compatibles con el estándar mínimo de protección de los derechos humanos establecido en el Consejo de Europa. En este caso, el TEDH observa que la sanción impuesta es irrisoria en relación con la gravedad de la agresión. Se trata, por tanto, de una respuesta claramente desproporcionada en perjuicio de la víctima de la agresión. El Gobierno a este respecto alegó que la sanción leve de orden público supuso una barrera formal para la imputación penal de M.M. por el acto violento de odio basándose en el principio *non bis in idem*.

El TEDH, por el contrario, observa que las autoridades internas, al promover innecesariamente el proceso de faltas, menoscabaron la posibilidad de ofrecer una respuesta penal adecuada a la gravedad de la agresión cometida.

Como no se tuvieron en consideración los motivos de discriminación por razón de orientación sexual en la determinación del castigo por los delitos de odio violentos, el TEDH observa que se han dado vicios esenciales en el procedimiento basándose en el artículo 4.2 del Protocolo n. 7 al CEDH. En efecto, si bien el primer párrafo de este precepto prohíbe sancionar dos veces por los mismos hechos, en el párrafo 2.º establece la excepción que se dará cuando haya habido vicios esenciales en el procedimiento. Veamos, en concreto, la redacción de ambos párrafos:

*“1. Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.*

2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado cuando hechos nuevos o ulteriormente conocidos o un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada”.

En este caso, las autoridades internas no han ofrecido una solución adecuada al caso. No han ofrecido a la demandante un resarcimiento justo anulando, por ejemplo, el procedimiento de faltas y el reexamen del caso. Las autoridades internas, dice el TEDH, no han cumplido con su deber de combatir la impunidad de delitos de odio de conformidad con los estándares del Convenio. Por todo ello, el TEDH considera que ha habido una violación del artículo 3 en relación con el artículo 14 CEDH.

Por consiguiente, la prohibición del *bis in idem*, un derecho humano reconocido en el sistema de Estrasburgo al servicio de una sociedad democrática no deberá utilizarse, precisamente, para menoscabar los fundamentos del Convenio. En este caso, el proceso penal adecuado a la gravedad de la agresión cometida no debió quedar desplazado por el proceso administrativo de faltas en aras a la protección de los derechos de la víctima, por lo que la sanción por la alteración del orden público debemos considerar, a la luz del razonamiento del TEDH, que adolece de un vicio esencial –se trataría de un acto nulo de pleno derecho, como diríamos en España–, ya que lesiona, de manera refleja, los derechos fundamentales de la víctima, mientras que favorece injustamente al autor del delito<sup>10</sup>.

Por lo demás, habida cuenta del razonamiento ofrecido en relación con los artículos 3+14 CEDH, el TEDH considera innecesario resolver basándose en el artículo 13 CEDH considerado aisladamente.

## 4 Cirugías a menores intersexuales

La reasignación de género sin consentimiento constituye una interferencia en el derecho a la integridad física, por lo que los ordenamientos nacionales deberán respetar la libre autonomía de la voluntad de las personas, especialmente de las personas transexuales e intersexuales, como dice el TEDH en la Decisión de inadmisión *M. c. Francia*, de 26 de abril de 2022, que comentaré a continuación.

La demandante es una persona intersexual nacida en 1977 que ha sufrido en su infancia y adolescencia operaciones quirúrgicas y tratamientos médicos de feminización. Indica que le han causado graves problemas psicológicos y psiquiátricos

<sup>10</sup> El TEDH, como hemos comprobado, soluciona el caso en base a los límites a la prohibición del *bis in idem* para apoyar la conclusión de que ha habido una discriminación en la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes. Tal y como se han planteado los hechos y se ha resuelto en la vía interna, parece la solución más razonable. No obstante, cabe considerar que la concurrencia del proceso administrativo y penal en este caso no hubiera implicado una violación del *non bis in idem* habida cuenta de que las normas aplicables atienden a bienes jurídicos diferentes. Al respecto, me remito a los trabajos de BUENO ARMIJO, A., “La esperada rectificación de la doctrina sobre el *ne bis in idem* procesal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La ¿inevitable? STEDH de 14 de enero de 2021, Sabalic c. Croacia, rec. n. 50231/13”, Calzadilla Medina, M.ªA. y Martín Quintero, R. (dirs.); Franco Escobar, S. (coord.), *El Derecho de la Unión Europea ante los objetivos de desarrollo sostenible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 677-699; y CANO CAMPOS, T., “Los claroscuros del *non bis in idem* en el espacio jurídico europeo”, Rebollo Puig, M., Huergo Lora, A., Guillén Caramés, J. y Cano Campos, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador* 2022, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2022, pp. 27-69.

y la declaración de trabajador discapacitado, lo que le impide encontrar un trabajo estable. Padece dificultades de inserción social y económica.

La demandante subraya que sus padres recibieron una información incompleta y falaz en el momento de su nacimiento y que la decisión de asignarle el sexo femenino se adoptó cuando era demasiado joven para consentir. No fue informada de la finalidad de los tratamientos que le administraron. No tuvo conocimiento de ello hasta el año 2000. Hasta 2014 no supo el motivo de su estado y el fin de las operaciones.

La demandante denunció en 2015 ante el Tribunal de Gran Instancia, el cual inadmitiesió la denuncia al considerar que en 2005 había prescrito su derecho de acción.

Basándose en el artículo 3 CEDH, la demandante dice que no ha habido una investigación oficial y efectiva en relación con los hechos que relata y denuncia el incumplimiento por parte del Estado de su obligación de adoptar medidas efectivas de protección contra los malos tratos que se le han infligido.

El TEDH comienza su argumentación indicando que los asuntos referidos a tratamientos médicos pueden ser examinados bajo el ángulo del artículo 8 del Convenio, lo que incluye los tratamientos infligidos sin consentimiento del paciente.

En cuanto a la aplicabilidad del artículo 3, el TEDH considera que un maltrato debe tener un mínimo de gravedad. La apreciación de ese mínimo es relativa. Depende de un conjunto de circunstancias, especialmente de la duración del tratamiento y de sus efectos físicos o mentales, así como de la edad, del sexo y del estado de salud de la víctima y de su situación de vulnerabilidad. Si bien la intencionalidad en el daño infligido a la víctima es un criterio para considerar la aplicabilidad del artículo 3, no es determinante.

Un acto de naturaleza médica sin necesidad terapéutica y sin el consentimiento claro de la persona puede constituir un maltrato en el sentido del artículo 3. En relación con lo primero, una medida dictada por una necesidad terapéutica según las concepciones médicas establecidas no sería en principio un trato inhumano o degradante. La necesidad médica debe entonces ser demostrada de manera convincente. Si se adopta una medida médica necesaria para evitar un desenlace fatal sin el consentimiento del paciente, si es adulto y con facultades para consentir válidamente, constituye una violación del derecho a la integridad física de la persona. Si el paciente es menor, su representante legal debe ofrecer un consentimiento claro.

La esterilización de una persona practicada sin finalidad terapéutica, así como la mutilación de los genitales sin consentimiento claro, es en sí mismo incompatible con el respeto de la libertad y de la dignidad humana y constitutiva de un trato contrario al artículo 3 CEDH.

El TEDH se reserva la cuestión acerca de si, a la luz de las consideraciones anteriores, el supuesto de hecho acontecido, esto es, los actos médicos de conformación sexual objeto de este asunto, encajan en el supuesto del artículo 3 ya que no puede admitir el asunto porque no se ha agotado la vía interna.



## 5 Prohibición de discriminación en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar

### 5.1 Insultos homófobos

Nuevamente hay que insistir en la idea de que la aplicación del ordenamiento jurídico debe ser efectiva por parte de las administraciones públicas, para lo que deberán adoptarse las medidas *ex ante* más adecuadas para proteger los derechos fundamentales, como el derecho a la seguridad y la libre asamblea pacífica. Y cuando las medidas preventivas fracasan, deberá contemplarse una solución de reparación equitativa.

En la sentencia recaída en el caso *Asociación ACCEPT y Otros c. Rumanía*, de 1 de junio de 2021, los demandantes son una organización sin ánimo de lucro y cinco ciudadanos rumanos. La asociación se fundó en el año 2000 en Bucarest. Nació con la finalidad de atender y promover fines sociales relacionados con la defensa de los intereses de las personas lesbianas, gais, bisexuales y transexuales del país.

En el transcurso del Mes de la Historia LGTBI que organizó la asociación en 2013, ofreció la filmación de una película sobre una familia LGTBI. Los otros cinco demandantes asistieron al encuentro. La asociación tuvo conocimiento de la convocatoria de una protesta en contra de este acto, por lo que solicitaron protección a la policía. Por ello, el día de la filmación se personaron en el cine diez agentes de policía y el jefe de la comisaría. Permanecieron en un pasillo junto a una sala.

Mientras se proyectaba la película se presentaron unos 50 manifestantes. Entraron en el auditorio e interrumpieron la proyección. Gritaban insultos como “¡muerte a los homosexuales!” , “¡maricones!” , entre otros. Estaban relacionados con el movimiento extremista Nueva Derecha (*Noua Dreaptă*), que se opone al matrimonio entre personas del mismo sexo y a la adopción por parejas LGTBI. De hecho, algunos de los maleantes llevaban banderas con símbolos de la extrema derecha y simbología de otro partido que fue ilegalizado en 2015. La policía entró en la sala de cine, requisó las banderas y demás parafernalia extremista y se marcharon a pesar de que los demandantes les pidieron que permanecieran. Como los manifestantes bloquearon el proyector, los organizadores finalmente no pudieron continuar viendo la película, con lo que cancelaron el acto.

Los informes policiales no hicieron referencia a la homofobia como motivo de la protesta. Apuntaron que se dio un “intercambio de ideas”. La investigación acerca del empleo de simbología fascista finalmente tampoco prosperó. Los demandantes presentarían recursos ante los tribunales, pero sus pretensiones serían desestimadas.

Los demandantes acuden ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando una violación de los artículos 3 (prohibición de los tratos inhumanos y degradantes), 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 14 (prohibición de discriminación). En concreto, lamentan que las autoridades internas no los protegieran frente a la agresión que sufrieron el día en el que se produjeron los hechos. Se quejan también de un tratamiento parcial y prejuicioso por su orientación sexual. Basándose

regap



ESTUDIOS

en el artículo 11 (libertad de asamblea y asociación), leído aislada y juntamente con el artículo 14, dicen que las autoridades no han protegido su derecho de asamblea pacífica. Basándose en el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo), los demandantes dicen que no han dispuesto de un recurso efectivo.

El TEDH comenzará su argumentación observando que la intervención de la policía fue mínima, de tal manera que no evitó la agresión y que en los informes policiales no se hace referencia alguna a los insultos homófobos ni, por tanto, a la homofobia que motivó la agresión.

Por otro lado, el TEDH considera que las autoridades internas debieron investigar el caso como un delito de odio y que el proceso se prolongó excesivamente, más de cuatro años, sin razón objetiva suficiente, lo que denota la indiferencia hacia la agresión acontecida. Además, observa que en los informes policiales se utiliza un lenguaje poco neutral. Reflejan que hubo discusiones, intercambios de ideas entre “simpatizantes” de organizaciones de extrema derecha y “seguidores” de las relaciones de personas del mismo sexo, con lo que se minimizaba la gravedad de la agresión. A modo de ver del TEDH, este lenguaje carecía de neutralidad y ponía en peligro la efectividad del proceso interno.

El TEDH concluye, por todo ello, que las autoridades internas no han ofrecido una protección adecuada en relación con la dignidad de los demandantes y, más ampliamente, con su vida privada, y que no han investigado efectivamente la naturaleza real de la agresión homófoba sufrida. Las autoridades los han discriminado por razón de su orientación sexual por lo que ha habido una violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 CEDH.

En relación con los artículos 3 y 14 CEDH, el TEDH observa que, si bien los demandantes han podido experimentar sufrimiento psicológico debido a los insultos homófobos, la agresión no implicó violencia física, por lo que no alcanza el mínimo de gravedad exigible para considerar la aplicabilidad del artículo 3 CEDH, lo que diferencia el caso de los referidos, por ejemplo, en la sentencia *Identoba y Otros c. Georgia*, de 12 de mayo de 2015, en que sí hubo daños a la integridad física y amenazas, además de insultos homófobos. En fin, el TEDH considera que no ha habido violación del artículo 3 CEDH en relación con el artículo 14 CEDH.

Por las mismas razones, concluye que ha habido una violación del artículo 11 en relación con el artículo 14 CEDH.

## 5.2 Protección de datos y donaciones de sangre

En la sentencia recaída en el caso *Drelon c. Francia*, de 8 de septiembre de 2022, el demandante, Laurent Drelon, intentó donar sangre en un punto de recogida del servicio francés de donación de sangre. En una entrevista médica preliminar se le preguntó si alguna vez había tenido relaciones sexuales con otro hombre. Se negó a contestar y su solicitud de donar sangre fue rechazada. Durante la entrevista, sus datos personales fueron introducidos en una base de datos. La entrada mostraba que se le aplicó la contraindicación para donar sangre que identifica a los hombres que han mantenido relaciones sexuales con otros hombres mediante el código FR08. Unos

meses después, el demandante hizo una nueva solicitud, pero le indicaron que estaba excluido de la posibilidad de donar sangre basándose en el código antes indicado.

El demandante presentaría una querrela por discriminación haciendo referencia a las denegaciones de sus solicitudes para donar sangre y porque el servicio de donación inscribió su presunta homosexualidad.

El juez instructor rechazó iniciar una investigación penal. El tribunal de apelación dijo que el juez de instrucción debió analizar si la grabación de los datos del demandante podía constituir una infracción tipificada en el Código penal.

El tribunal de casación desestimaría su recurso ya que consideró que la recogida de datos practicada se realizó de conformidad con la normativa aplicable.

El demandante presentó una nueva solicitud en 2016, que le sería denegada por los mismos motivos. Al parecer, la norma aplicable había variado, manteniendo el mismo contenido. Presentaría también un recurso ante el Consejo de Estado. Solicitó la eliminación del criterio por el que se le denegó donar sangre en la nueva norma. El Consejo de Estado rechazó su solicitud basándose en los datos estadísticos y epidemiológicos y a la luz del conocimiento científico. Por ello, consideró que el Ministerio de Salud no adoptó una medida discriminatoria al contraindicar la donación de sangre durante 12 meses de los hombres que han tenido relaciones sexuales con otros hombres.

Basándose en el artículo 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar), el demandante dice que los datos que reflejan su presunta orientación sexual fueron tomados y almacenados por el servicio francés de donación de sangre en condiciones que suponen una violación del Convenio. Basándose en los artículos 8 y 14 CEDH, se queja de la denegación de sus solicitudes de donar sangre.

El TEDH comienza su argumentación indicando que la injerencia sufrida por el demandante estaba prevista en la ley. A continuación, indica que, a la vista de la sensibilidad de los datos personales recogidos, es especialmente importante que se respeten los requisitos contemplados en el artículo 5 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981. Los datos deben ser precisos, actualizados, apropiados, relevantes, no excesivos en relación con las finalidades del procesamiento de los datos, y su almacenamiento no debe exceder el periodo necesario. El TEDH, además, observa que los datos en cuestión en este caso, que afectan a la privacidad del demandante, han sido recogidos sin su consentimiento expreso, lo que exige un examen estricto.

El TEDH subraya que la Administración ha atribuido a la entrada de datos del demandante una contraindicación específica a los hombres que tienen sexo con hombres, debido, únicamente, a que se negó a contestar preguntas sobre su vida sexual durante la entrevista médica previa a la donación. Ninguno de los elementos que se remitieron a la evaluación del doctor permiten entender esta conclusión de su conducta sexual. El TEDH concluye que los datos recogidos se han basado en una mera especulación y no en unos hechos probados, y que ello no es apropiado. Con la finalidad de alcanzar el objetivo de la salubridad de la sangre, sería suficiente con mantener simplemente una indicación acerca de la negativa del interesado de

regap



ESTUDIOS

responder preguntas acerca de su sexualidad, ya que este factor justifica la negativa a aceptar donaciones de sangre por el interesado.

Además, el TEDH observa que el Gobierno no ha acreditado que los datos se almacenarían únicamente el tiempo necesario para las finalidades a acometer.

Por todo ello, el TEDH considera que la recogida y retención de los datos personales en cuestión ha constituido una violación del artículo 8 del Convenio.

Como he señalado antes, el demandante también alegó una violación del artículo 8 CEDH en relación con el artículo 14 CEDH. El TEDH subraya que la argumentación del demandante se centraba en la contraindicación temporal de donar sangre que se aplica a hombres que han mantenido relaciones sexuales con hombres, establecida en la norma interna aplicable. A este respecto, el TEDH observa que, si bien hay Estados en los que esta contraindicación se refiere a hombres que mantienen prácticas sexuales de riesgo con otros hombres, como sería el caso de Francia, el Reino Unido, Suecia, Finlandia o Hungría, en otros Estados como España, Italia o Polonia, únicamente se refieren a relaciones sexuales riesgosas sin realizar una indicación específica a hombres homosexuales. En cualquier caso, el TEDH observa que, en el asunto presente, la norma aplicable que impedía donar al demandante cuando presentó la última solicitud no había entrado en vigor todavía, con lo que su solicitud no sería aceptada basándose en el procedimiento anterior que el TEDH ha considerado viciado. Por ello, el TEDH decide no resolver en relación con los artículos 14+8 CEDH. Esta alegación queda cubierta por la condena por el artículo 8 CEDH basándose en la argumentación glosada más arriba, concluye el TEDH.

### 5.3 Responsabilidad parental y derechos de custodia

La aceptación generalizada de un modelo de familia convencional frente a nuevos modelos de familias en una sociedad especialmente conservadora no constituye una justificación suficiente para menoscabar el derecho a la igualdad de trato en el respeto al derecho al respeto de la vida familiar, de conformidad con los estándares europeos. En la sentencia recaída en el caso *X. c. Polonia*, de 16 de septiembre de 2021, la demandante comenzó una relación sentimental con otra mujer y se divorció de su exmarido, Y. Los padres de X no estaban de acuerdo con sus decisiones y solicitaron judicialmente la custodia de sus hijos. Si bien el tribunal de distrito les concedió una custodia temporal, en apelación el tribunal reconoció la guarda y custodia a X.

Y interpondría un recurso ante el tribunal de distrito que decidiría a su favor tras analizar sus capacidades para cuidar de los niños. En dicha evaluación, el tribunal preguntó directamente a Y si mantenía relaciones sexuales con su nueva pareja. La demandante impugnaría sin éxito hasta agotar la vía interna.

El TEDH observa que los tribunales internos han otorgado al padre la custodia de los niños debido a la orientación sexual de X. Se trata de una diferencia de trato que no atiende a justificaciones objetivas ni razonables habida cuenta de que se reconoció que X e Y tenían capacidades similares para cumplir con sus obligaciones parentales. Por ello, concluye que ha habido una violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 CEDH.

## 6 Derecho de asociación y libertad de asamblea

Para finalizar, me voy a referir a las últimas sentencias de condena a Rusia por la restricción injustificada de la libertad de asamblea. Se trata de una situación que se viene prolongando en el tiempo y que parece que se ha consolidado por el momento con la expulsión de Rusia del Consejo de Europa debido a la invasión y ataque militar a Ucrania. La esperanza de que pueda concluir el conflicto y una vuelta a la democracia de este país ayudaría a la recuperación de los derechos y libertades de sus ciudadanos.

En la sentencia recaída en el caso *Alekseyev y Otros c. Rusia*, de 27 de noviembre de 2018, el primer demandante es un conocido activista ruso que defiende los derechos del colectivo LGTBI frente a la política y normativa rusa que ha promovido y consolidado la regresión de los avances alcanzados por las minorías sexuales en el país. No en vano, ya habría obtenido la razón previamente ante el TEDH por hechos similares, que a continuación voy a glosar<sup>11</sup>. En este caso, el demandante se refiere a las actividades relacionadas con el Orgullo LGTBI de los años 2009 a 2014, ambos inclusive.

El TEDH comienza su argumentación indicando que se trata de un supuesto de hecho recurrente, por lo que los principios al respecto se encuentran en su jurisprudencia. Cabe citar en este sentido el precedente *Alekseyev c. Rusia*, de 21 de octubre de 2010, así como, por ejemplo, *Bączkowski c. Polonia*, de 3 de mayo de 2007.

Tras analizar el expediente, el TEDH observa que no hay ningún hecho o argumento que le permita alcanzar una conclusión diferente a la que se ha llegado en los casos anteriores. En este sentido, el TEDH recuerda que no hay una necesidad social imperiosa que justifique la prohibición de la celebración de actos y asambleas del colectivo LGTBI, por lo que la prohibición no es necesaria en una sociedad democrática. El TEDH observa, además, que los demandantes sufren una discriminación injustificada por razones de orientación sexual que es incompatible con los estándares del Convenio y que se les ha denegado un recurso efectivo para hacer valer sus derechos.

Por ello, concluye, sin más, que ha habido una violación del artículo 11, 13+11 y 14+11 CEDH en relación con cada demandante.

Los demandantes reclamaron entre 5.000 y 50.000 euros en concepto de daños. El primer demandante también reclamó 10.000 rublos rusos, unos 141 euros, por daño pecuniario por la multa que pagó como sanción administrativa. Además, reclamó unos 433 euros por los gastos de viaje. El Gobierno consideró que las reclamaciones eran excesivas e irrazonables.

En relación con la reclamación de indemnización del primer demandante por los daños ocasionados por la multa administrativa, el TEDH observa que no hay un vínculo causal directo entre la violación considerada y la multa que pagó el demandante tras su condena por la infracción administrativa. El TEDH no realiza más argumentación, lo cual resulta cuestionable habida cuenta de que la sanción se impuso precisamente por intentar llevar a cabo las actividades que no se permitieron.

<sup>11</sup> *Alekseyev c. Rusia*, de 21 de octubre de 2010.

La multa, en mi opinión, sería contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos, por lo que sí cabe pensar que debió resarcirse al demandante por haber sido víctima de una sanción que es contraria al Convenio.

En relación con las alegaciones de los demandantes sobre daños no pecuniarios, el TEDH observa que las violaciones del Convenio declaradas en este caso son similares a las que previamente se consideraron en el caso *Alekseyev*. Reitera que en virtud del artículo 46 las partes contratantes se han comprometido a acatar las sentencias definitivas del TEDH en los casos en que sean partes, siendo su ejecución supervisada por el Comité de Ministros. En el momento en el que se dicta esta sentencia, el Comité de Ministros continúa su supervisión de la ejecución del precedente *Alekseyev*. A este respecto, el TEDH subraya que este órgano ha adoptado resoluciones por las que se requiere a las autoridades de Rusia adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que la práctica de las autoridades locales y de los tribunales se desarrolla de tal manera que garantice el respeto de los derechos a la libre asamblea y a la no discriminación e invita a las autoridades de Rusia a realizar acciones que permitan obtener resultados concretos. El TEDH reconoce que el Gobierno no ha adoptado ninguna medida desde que se dictó la sentencia.

A este respecto, el TEDH recuerda que los Estados deben cumplir con las obligaciones derivadas de los tratados basándose en el principio *pacta sunt servanda* (artículo 26 del Convenio de Viena sobre Derechos de los Tratados). El Estado dispone de un margen de apreciación en cuanto a los medios para alcanzar los fines derivados del compromiso adquirido y debe ofrecer información actualizada sobre los avances en el proceso de ejecución de la sentencia. Dada la variedad de medios existentes para alcanzar la finalidad y la naturaleza de las materias involucradas, el Comité de Ministros se encuentra mejor situado para evaluar las medidas específicas a adoptar. Por su parte, el TEDH considera apropiado enfatizar que la naturaleza de las violaciones constatadas en el precedente *Alekseyev* y el alcance del problema recurrente en cuestión requiere esfuerzos sostenidos a largo plazo en la adopción de medidas generales con la finalidad de afrontar los hechos basándose en los artículos 11 y 14, en concreto.

Si bien el TEDH reconoce que la manera en la que las autoridades nacionales tratan las solicitudes para celebrar actos públicos LGBTI y la ausencia de recursos efectivos puede resultar frustrante, concluye que la consideración de que la nueva condena al Estado, compeliéndolo a adoptar las medidas arriba mencionadas basándose en su ordenamiento interno, puede considerarse el medio más apropiado de resarcimiento. El TEDH, en consecuencia, rechaza la demanda del Sr. Alekseyev de indemnización por daño no pecuniario. Quizá el TEDH ha observado que la decisión acerca de una indemnización sería infructuosa, con lo que habrá optado por realizar un nuevo requerimiento de cumplimiento de las obligaciones internacionales en cuanto al respeto de los derechos humanos.

El TEDH tampoco reconocerá una indemnización por los gastos de viaje y postales alegados por el primer demandante al no facilitar facturas justificativas.

El juez ruso, Dimitry Dedov, planteó una opinión concurrente. Lamenta que la mayoría haya dicho que el Gobierno de Rusia no ha adoptado ninguna medida tras el precedente. Al mismo tiempo, dice que el TEDH ha decidido igual que en dicho asunto

sin ofrecer un razonamiento sustantivo (la prohibición de celebrar asambleas públicas no constituye una necesidad social imperiosa y no es necesaria en una sociedad democrática; los demandantes han sufrido una discriminación injustificada por su orientación sexual). Es evidente, dice el juez ruso, que todos los participantes, incluyendo el TEDH, no han sido flexibles en la búsqueda de un compromiso. El TEDH enfatizó que la naturaleza de las violaciones y el alcance del problema recurrente requiere esfuerzos mantenidos a largo plazo en la adopción de medidas generales con la finalidad de atender las cuestiones basándose en los artículos 11 y 14 del Convenio. Sin embargo, es difícil divisar ninguna medida si el problema no se identifica. A continuación, el juez ruso hace referencia a cuestiones que en verdad no se sostienen. Dice que en el caso piloto *Alekseyev* el TEDH ignoró las cuestiones referidas a la seguridad que entrañan las manifestaciones del Orgullo Gay. Se trata, ciertamente, de una argumentación pobre, que no desarrolla y que claramente decae si tenemos en consideración que este tipo de manifestaciones se celebran en la mayoría de los Estados de Europa sin que se hayan dado sucesos que comprometan la seguridad de manera diferente a actos similares. Y es que, como ocurre en toda manifestación, las administraciones competentes deberán ofrecer las medidas de seguridad idóneas para asegurar que los manifestantes puedan ejercer su derecho a la libertad de asamblea. A continuación, el juez ruso, cínicamente, dice que en el caso *Identoba c. Georgia* se pusieron de manifiesto los problemas de seguridad que entrañan este tipo de reuniones. Oculta, sin embargo, que los daños que sufrieron los demandantes en dicho caso se debieron, precisamente, a la inactividad de la Administración interna en la adopción de las medidas adecuadas para garantizar el desarrollo pacífico de la manifestación y, por tanto, el ejercicio pacífico del derecho a la libertad de asamblea, como ha ocurrido en casos posteriores. Por otro lado, el juez ruso continúa indicando que en el caso *Bayev y Otros c. Rusia*, de 20 de junio de 2017, el TEDH no consideró los derechos fundamentales de los menores afectados por el debate público sobre la orientación sexual. Estas deficiencias –continúa– crearon la impresión de que la promoción de las relaciones homosexuales, especialmente dirigida a menores, podría considerarse un tema de debate público. El juez ruso, por tanto, vincula la homosexualidad y la libertad de asamblea de las minorías sexuales con cuestiones como la pedofilia, argumento que forma parte del discurso tradicional del odio y de la discriminación por razones de orientación sexual incompatible con una sociedad democrática y avanzada. Finaliza su argumentación proponiendo un mutuo respeto de los derechos humanos requiriendo que no se deje espacio a aquellos que pretenden promover su modo de vida (¡!) y reconocer las uniones civiles entre personas del mismo sexo como un punto de partida. No obstante, cabría plantearse si la defensa del derecho a la igualdad que pretenden las asociaciones LGTBI supone la promoción de un determinado modo de vida o más bien la exigencia legítima de tolerancia y respeto.

La magistrada suiza, Helen Keller, por su parte, manifestó una opinión parcialmente disidente. No está de acuerdo con la decisión de no indemnizar a los demandantes, lo que supone una infracción de la regla de la *restitutio in integrum*. Acertadamente, en mi opinión, argumenta que los daños no pecuniarios que solicitan tienen suficiente fundamento: los demandantes sufren a nivel nacional violaciones sistemáticas de sus derechos fundamentales, debido a una práctica incompatible con

Regap



ESTUDIOS

el Convenio. A modo de ver de la jueza Keller, ello debiera favorecer la indemnización por daño no pecuniario, a diferencia de lo que ha concluido la mayoría.

Además, el TEDH, continúa la magistrada suiza, no ha tenido en cuenta adecuadamente la frustración de los demandantes, el malestar y los sentimientos de injusticia causados por la aplicación repetida de una práctica discriminatoria durante años, sentimientos inevitablemente exacerbados por la carga de defender a un colectivo sometido a una discriminación y exclusión continua en el país en condiciones tan adversas. En fin, habida cuenta de la jurisprudencia del TEDH y de las circunstancias concretas del caso, los demandantes eran merecedores de obtener una compensación por las violaciones sufridas, reconocidas por el TEDH.

En cuanto al estado de la ejecución sobre las dos sentencias previas referidas a la cuestión de la prohibición de actos públicos LGTBI, la magistrada disidente recuerda que no se han realizado avances y que no se realizarán en el futuro próximo, por lo que los demandantes no tienen perspectivas realistas de recuperar la libertad de asamblea en este contexto. Basándose en estas circunstancias, el TEDH no debería, además, privar a los demandantes de una indemnización justa. El carácter declaratorio de la sentencia, por ello, no es una satisfacción suficiente, ya que los demandantes han sufrido daños materiales y morales.

La jueza suiza añade que la denegación de una indemnización justa en casos en los que se da una violación sistemática en el sistema jurídico del Estado contratante tendría la consecuencia perversa de victimizar a aquellos que sufren las violaciones en múltiples ocasiones al penalizar su acceso al TEDH. No considera justificado que se reduzca o se suprima la indemnización por el hecho de que la violación de los derechos de los demandantes se haya producido en múltiples ocasiones. Y es que en *Alekseyev I* el TEDH reconoció una indemnización de 12.000 euros, en *Bayev*, de 8.000 y en el caso actual se ha suprimido, como sabemos. A modo de ver de la jueza Keller, la posición mayoritaria devalúa la gravedad de las violaciones individuales sufridas por los demandantes y parece que niega la seriedad del hecho de que las autoridades no cumplen las obligaciones derivadas del Convenio. El TEDH no debería castigar a los demandantes por el hecho de que el Estado no haya corregido una violación repetida de sus derechos.

Continúa su argumentación considerando que el reconocimiento de una indemnización por daños no pecuniarios hubiera ofrecido al Gobierno ruso un incentivo financiero para corregir y evitar futuras violaciones dando lugar a más daños.

Puede parecer que el TEDH ha ofrecido una argumentación lacónica para la solución del caso. El TEDH suele resolver con concisión los casos repetitivos que no suponen cambio alguno e implican una nueva condena para el Estado contratante. No obstante, la argumentación y la decisión en relación con la indemnización parece irrazonable. No tiene sentido que el mismo TEDH que reconoce una indemnización al primer demandante por hechos similares a los que se han dado en este caso, ocho años después, la deniegue por el hecho de que el Estado ha incumplido sus obligaciones contractuales. El primer demandante, por ello, mostraría su insatisfacción. Se quejó públicamente del carácter inequitativo de esta solución, ya que sufrió sanciones económicas como consecuencia de las actividades que emprendieron para celebrar los



actos. El TEDH razonó la ausencia de indemnización por daños materiales o morales en que se trata de la práctica habitual en los casos repetitivos, que una nueva condena es una satisfacción adecuada y que la problemática del asunto deberá ser controlada por el tribunal europeo mediante la labor de supervisión del Comité de Ministros en la ejecución de las sentencias por parte de los Estados contratantes y esfuerzos realizados a largo plazo. En mi opinión, no se trata de una solución sensible ante la problemática que refleja este caso y el precedente y su gravedad habida cuenta de que se trata de una situación de violación de los derechos humanos que se consolida en el tiempo con una respuesta del TEDH que da la impresión de que normaliza una actuación sistemática de la Administración rusa en este tema que socava los fundamentos del Convenio sin contemplar alguna medida adicional, como podría ser la solución del caso mediante el precepto agravado de la prohibición general de discriminación, contemplado en el Protocolo n. 12, o una advertencia de expulsión de la entidad supranacional –que, como sabemos, finalmente se ha llevado a cabo por la invasión y guerra en Ucrania–.

Las críticas que el primer demandante expresó tendrán como consecuencia que el TEDH inadmita su demanda en un nuevo supuesto de hecho planteado en la sentencia *Zhdanov y Otros c. Rusia*, de 16 de julio de 2019, que voy a glosar a continuación.

Los demandantes son Aleksandr Zhdanov, Nikolay Alekseyev, Kirill Nepomnyashchiy, Aleksandr Naumchik y organizaciones rusas que defienden los derechos de las minorías sexuales. Los primeros son fundadores o presidentes de las segundas.

Las organizaciones demandantes solicitaron su inscripción en el registro de asociaciones. Tanto la Administración como los tribunales internos se negaron por irregularidades formales y porque promovían los derechos LGBT. Consideraron, en concreto, que estas organizaciones tenían como finalidad “destruir los valores morales de la sociedad”, favorecer un decrecimiento de la población e interferir en los derechos de la mayoría de rusos, que consideran que las relaciones entre personas del mismo sexo son ofensivas y que causan enemistad social y religiosa.

Agotada la vía interna, los demandantes acuden ante el TEDH alegando una violación de los artículos 11 (libertad de asamblea y de asociación) y 14 (prohibición de discriminación).

El TEDH inadmite la demanda del Sr. Alekseyev, como he dicho antes. Realizó declaraciones públicas sobre el TEDH y sus jueces en las redes sociales Instagram y VKontakte que eran virulentas, ofensivas y amenazantes. En concreto, tras la sentencia recaída en el caso *Alekseyev y Otros* antes comentada, publicó fotografías de los jueces con los adjetivos “alcohólico”, “drogadicto” (expresiones que recuerdan a las que suele utilizar el presidente de Rusia, Vladimir Putin, contra los adversarios), “corrupto” y “bastardos y degenerados europeos” o “ha llegado el momento de prender fuego al Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. El TEDH considera que estas declaraciones claramente exceden los límites de la crítica normal, cívica y legítima.

Aunque el TEDH le envió un aviso mencionando específicamente las solicitudes presentadas en este caso y el riesgo de que considere que hay un abuso del derecho de petición, el Sr. Alekseyev no las retiró. De hecho, desde entonces ha publicado

regap



ESTUDIOS

declaraciones, calificando a los jueces del Tribunal como “escoria corrupta europea” y “homóforos”. El TEDH consideró que estas declaraciones, realizadas después del aviso del TEDH, están conectadas con las solicitudes presentadas en este caso.

El TEDH considera que la conducta del demandante expresa desprecio hacia la institución a la que ha recurrido para la defensa de sus derechos, por lo que decide inadmitir su solicitud, lo que no impide admitir las solicitudes de los demás demandantes. Da la impresión de que las expresiones gruesas del demandante constituyen la manera de expresar su profundo malestar por un fallo que, como hemos comprobado, es criticable desde la perspectiva de la línea de argumentación ofrecida. No parece realista que el demandante vaya a cumplir la amenaza de prender fuego al Tribunal, bien que objetivamente puede suponer una incitación a la violencia. En cualquier caso, el TEDH debería considerar las circunstancias personales del demandante víctima de la represión de un Estado que le impide ejercer pacíficamente la libertad de asamblea desde hace más de una década, circunstancia que seguramente endurezca su expresión ante la frustración.

En cualquier caso, la solución adoptada por el TEDH parece razonable pero cuestionable desde la perspectiva del contenido que dota en su jurisprudencia a la libertad de expresión. Y es que, como ha dicho en otras sentencias, los jueces deben mostrar un amplio margen de tolerancia hacia la libertad de expresión de los demás, en el ejercicio de sus funciones públicas que hacen referencia al interés general, como dijo en la sentencia recaída en el caso *Benítez Moriana e Íñigo Fernández c. España*, de 9 de marzo de 2021. Como veremos, la opinión parcialmente disidente se enfocará en esta cuestión.

En relación con las alegaciones en torno al artículo 11 CEDH, el TEDH considera que las decisiones de los tribunales rusos denegando el registro han interferido en la libertad de asociación de las organizaciones demandantes y de sus fundadores o presidentes. En concreto, en el caso de la organización sin ánimo de lucro Movement of Equality Marriage no pudo constituirse porque, basándose en el derecho ruso, las organizaciones no gubernamentales no pueden existir sin el registro del Estado. Rainbow House y Sochi Pride House, como son asociaciones públicas, podrían existir sin la necesidad del registro. En cambio, no podrían adquirir el estatus de una entidad legal y los derechos asociados a ello.

La interferencia se basaba en las leyes de organizaciones no gubernamentales y de asociaciones públicas.

El TEDH no considera, a diferencia del Gobierno, que la denegación del registro de las organizaciones persiguiese la finalidad legítima de proteger la moral, la seguridad, la salud pública y los derechos y libertades de los demás. La única finalidad legítima señalada por las autoridades internas y que el TEDH considera relevante es la prevención del odio y la enemistad, que puede conducir al desorden. En concreto, las autoridades creen que la mayoría de los rusos desaprueban la homosexualidad y que, por consiguiente, los demandantes podrían convertirse en las víctimas de la violencia.

Sin embargo, el TEDH observa que el papel de las autoridades en estas circunstancias no consiste simplemente en retirar la causa de la tensión, sino en asegurar que

los grupos enfrentados se toleren respectivamente. Es más, el TEDH subraya que el deber de la Administración rusa es el de adoptar medidas razonables y apropiadas para permitir que las organizaciones como las de los demandantes puedan desarrollar sus actividades sin temor a la violencia física. Las autoridades rusas no adoptaron tales medidas. Por el contrario, simplemente decidieron evitar el riesgo de desorden restringiendo la libertad de asociación de los demandantes. Por ello, el TEDH no acepta que la denegación del registro de las organizaciones demandantes sea necesaria en una sociedad democrática, por lo que decide que ha habido una violación del artículo 11. Además, como el motivo para denegar el registro de las asociaciones es la finalidad de las asociaciones, que consiste en la defensa de los derechos de las minorías sexuales, el TEDH concluye que ha habido también una violación del artículo 14 en relación con el 11 CEDH.

El TEDH, en fin, reconoce indemnizaciones a los demandantes por daños no pecuniarios, que oscilan entre los 10.000 y 13.000 euros; y de 6.500 euros por costos y gastos.

Los jueces Keller, Serghides y Elósegui expresaron una opinión parcialmente disidente, que se centra en la inadmisión de la demanda del Sr. Alekseyev.

Comienzan su argumentación diciendo que sus declaraciones en las redes sociales insultando a los jueces del Tribunal y el mismo TEDH fueron más allá de la crítica ordinaria. No niegan que el lenguaje empleado haya sido “virulento y personalmente ofensivo”. También realizó declaraciones falsas y engañosas acerca de los jueces, lo que es un motivo de gran preocupación. Aunque no creen que sus declaraciones supongan una amenaza real y tangible, observan que los jueces señalados pueden considerar que sus comentarios son “amenazantes”. En cualquier caso, no creen que la conducta del Sr. Alekseyev ponga en peligro la integridad del Tribunal en este caso.

Los magistrados disidentes coinciden con la mayoría del TEDH en que las declaraciones del Sr. Alekseyev se deben a su disconformidad con la sentencia *Alekseyev y Otros c. Rusia*, de 27 de noviembre de 2018, y a la negativa de conocer el asunto por la Gran Sala. Sin embargo, el TEDH nunca ha inadmitido un recurso basándose en el lenguaje agresivo sin conexión con el proceso en cuestión. En este sentido, los jueces disidentes analizan el texto del artículo 35.3, que dispone:

*“El Tribunal declarará inadmisibles cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que: a) la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva”.*

Parece que el precepto establece que la demanda sea en sí misma abusiva. No se refiere a una conducta o comportamiento desconectado de la solicitud. A este respecto, la mayoría dice que “estas declaraciones publicadas tras la advertencia que menciona expresamente las presentes solicitudes pueden por consiguiente ser consideradas conectadas con las mismas”. Este razonamiento va muy lejos, a modo de ver de los jueces disidentes, los cuales dicen que las publicaciones del demandante posteriores a la advertencia no indican que tuvieran como objetivo la presente demanda.

regap



ESTUDIOS

A continuación, los jueces disidentes abordan el tema del posible efecto disuasorio de esta decisión de inadmisión. Dicen que las sentencias del TEDH siempre son ponderadas y, a menudo, controvertidas. El TEDH, de alguna manera, debe responder ante los ciudadanos. Los posicionamientos positivos y negativos sobre su trabajo son inevitables y necesarios en una sociedad democrática. Por ello, consideran que el TEDH debe ser extremadamente cuidadoso y no sentar un precedente que puede tener un efecto disuasorio en la adherencia activa de los ciudadanos con el TEDH.

Seguidamente, los magistrados disidentes endurecen su discurso y señalan que el Tribunal no debería dar la impresión de que adopta esta decisión por venganza. No observan a qué finalidad atiende la inadmisión de la solicitud del demandante y se preguntan si el TEDH volverá a tener en cuenta dichas declaraciones al admitir posibles nuevos recursos del demandante. Añaden que la decisión adoptada por la mayoría realiza un examen peligroso e inaceptable de la presencia *online* del demandante y su conducta fuera del Tribunal. Además, temen que esta decisión pueda constituir una invitación a los gobiernos a realizar una vigilancia de futuros demandantes para encontrar declaraciones que puedan ser ofensivas para el Tribunal.

En fin, la inadmisión de la solicitud del Sr. Alekseyev entra de lleno en la cuestión sensible de la libertad de expresión en la era digital. Dudan si el TEDH ha considerado su impacto y ramificaciones.

En relación con el derecho de acceso al Tribunal, los jueces disidentes dicen que solo debe restringirse en casos muy excepcionales. El Sr. Alekseyev es un activista ruso que asume riesgos personales en la defensa de los derechos de las minorías sexuales. Por ello, consideran desproporcionado sancionar al demandante por los exabruptos. Ofrece un mensaje muy restrictivo a los tribunales nacionales a la hora de admitir demandas. Están, por tanto, en contra de privar a los demandantes del último recurso para restaurar sus derechos fundamentales. En esta ocasión, la demanda ha podido seguir adelante debido a que la demanda de la asociación a la que representa ha sido admitida, pero en el futuro podrían darse casos en los que el demandante no tuviera este recurso adicional. Por todo ello, los disidentes no coinciden con la decisión de la mayoría.

## 7 Final

La reciente jurisprudencia del TEDH que aborda el problema de la homofobia ofrece unos estándares mínimos de protección que deberán ser tenidos en cuenta tanto por los Estados parte en cada caso como por el resto de miembros.

En virtud del principio de subsidiariedad, los Estados deben cumplir con las exigencias establecidas por Estrasburgo realizando las reformas normativas que procedan, interpretando el ordenamiento interno de una manera conforme tanto en el contexto de los jueces y tribunales como en el de la actuación de las administraciones públicas. Para ello, los ordenamientos internos deben prever las garantías suficientes para que el respeto de los derechos humanos se pueda garantizar tanto desde la perspectiva de los derechos de acceso al proceso como, finalmente, desde la perspectiva del derecho sustantivo. La aplicación de dichas garantías deberá ser real y efectiva.

## Bibliografía

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., “La Organización de las naciones Unidas y los derechos de las personas LGTBI: nuevos avances y desafíos de siempre”, Matía Portilla, F.J., Elvira Perales, A. y Arroyo Gil, A. (dir.), *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Brechas convencionales en España. Un reto constitucional del siglo XXI*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, 156 pp.
- BUENO ARMIJO, A., “La esperada rectificación de la doctrina sobre el *ne bis in idem* procesal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La ¿inevitable? STEDH de 14 de enero de 2021, Sabalic c. Croacia, rec. n. 50231/13”, Calzadilla Medina, M.<sup>ª</sup>A. y Martín Quintero, R. (dirs.); Franco Escobar, S. (coord.), *El Derecho de la Unión Europea ante los objetivos de desarrollo sostenible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- CANO CAMPOS, T., “Los claroscuros del *non bis in idem* en el espacio jurídico europeo”, Rebollo Puig, M., Huergo Lora, A., Guillén Caramés, J. y Cano Campos, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2022.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F., *Orden público y libertad*, Atelier, Barcelona, 2018, 382 pp.

Regap



ESTUDIOS



# Regap

## Comentarios y crónicas

# 2







Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_julio-diciembre 2022 | pp. 367-387  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.4966>  
© Francisco José Santandreu Capón  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 21/07/2022 | Aceptado: 29/11/2022

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

A dubidosa localización  
no sistema de fontes do  
acordo de funcionarios

## La dudosa ubicación en el sistema de fuentes del acuerdo de funcionarios

64 Regap

Dubious location of civil  
servant agreements in  
the system of sources

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

FRANCISCO JOSÉ SANTANDREU CAPÓN  
Doctor en Derecho  
Universidad Complutense de Madrid  
[fjsantandreu@gmail.com](mailto:fjsantandreu@gmail.com)

**Resumo:** O artigo trata da difícil localización dos acordos de funcionarios á luz do artigo 38 do texto refundido do Estatuto do empregado público por supor a posibilidade de inversión na orde xerárquica na pirámide normativa entre acordos de funcionarios e normas regulamentarias. Esta situación aproveítase para facer unha indagación na doutrina constitucional referida á natureza dos convenios, pactos e acordos de funcionarios co fin de establecer a súa localización concreta, que dependerá das relacións existentes xa non só entre normas, senón entre os principios constitucionais de distribución de competencias e xerarquía. Realízase un percorrido por diversas sentenzas do Tribunal Constitucional, deténdose finalmente de xeito máis exhaustivo na STC 129/2019, por formular certas hipóteses que poderían conducir a equívocos na posibilidade de establecer unha suposta superioridade entre a lexislación estatal e a autonómica que puidese dar lugar a unha resistencia a toda lei autonómica dos acordos de funcionarios fundada na posibilidade ou non de esgotar a lexislación básica por parte do Estado.

**Palabras clave:** Acuerdo de funcionario, legislación básica, legislación de desenvolvimiento, principio de distribución de competencia, principio de jerarquía, relación flexible entre norma estatal-norma autonómica, inconstitucionalidad mediata o indirecta.

**Resumen:** El artículo trata de la difícil ubicación de los acuerdos de funcionarios a la luz del artículo 38 del texto refundido del Estatuto del empleado público por suponer la posibilidad de inversión en el orden jerárquico en la pirámide normativa entre acuerdos de funcionarios y normas reglamentarias. Esta situación se aprovecha para hacer una indagación en la doctrina constitucional referida a la naturaleza de los convenios, pactos y acuerdos de funcionarios con el fin de establecer su concreta ubicación, que dependerá de las relaciones existentes ya no solo entre normas, sino entre los principios constitucionales de distribución de competencias y jerarquía. Se realiza un recorrido por diversas sentencias del Tribunal Constitucional, deteniéndose finalmente de modo más exhaustivo en la STC 129/2019 por plantear ciertas hipótesis que podrían conducir a equívocos en la posibilidad de establecer una supuesta superioridad entre la legislación estatal y la autonómica que pudiera dar lugar a una resistencia a toda ley autonómica de los acuerdos de funcionarios fundada en la posibilidad o no de agotar la legislación básica por parte del Estado.

**Palabras clave:** Acuerdo de funcionario, legislación básica, legislación de desarrollo, principio de distribución de competencia, principio de jerarquía, relación flexible entre norma estatal-norma autonómica, inconstitucionalidad mediata o indirecta.

**Abstract:** The article deals with the difficult location of civil servant agreements in the light of Article 38 of the revised text of the Statute of Civil Servants, as it implies the possibility of inversion in the hierarchical order in the regulatory pyramid between civil servant agreements and regulatory rules. This situation is used as an opportunity to investigate the constitutional doctrine on the nature of civil servant agreements, pacts and covenants in order to establish their specific location, which will depend on the existing relationships not only between rules, but also between the constitutional principles of distribution of competences and hierarchy. A review is made of various rulings of the Constitutional Court, finally stopping more exhaustively at STC 129/2019 for raising certain hypotheses that could lead to misunderstandings in the possibility of establishing a supposed superiority between state and autonomous legislation that could give rise to resistance to any autonomous law on civil servant agreements based on the possibility or otherwise of exhausting basic legislation on the part of the State.

**Key words:** Civil servant agreement, basic legislation, implementing legislation, principle of distribution of competence, principle of hierarchy, flexible relationship between State and Autonomous Community legislation, mediate or indirect unconstitutionality.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 El acuerdo de funcionarios y su posición en el ordenamiento jurídico. 2.1 El carácter ordinamental del acuerdo y enigmática su posición jerárquica. 2.2 El artículo 37.1 de la Constitución no establece orden jerárquico alguno para el acuerdo o el convenio. 2.3 El principio de competencia y el de jerarquía de los acuerdos en la STC 129/2019, de 31 de octubre de 2019. 2.3.1 La inconstitucionalidad mediata en los acuerdos de funcionarios. 2.3.2 El modelo concreto de relación flexible entre legislador estatal y autonómico en el ejercicio legítimo de sus competencias constitucionales en la STC 129/2019. 2.3.3 La extensión a la legislación básica de la relación flexible norma estatal/norma autonómica en el supuesto de inconstitucionalidad mediata o indirecta. 2.3.4 La adecuación del principio de distribución de competencias y el de jerarquía en la relación flexible entre norma estatal/norma autonómica. 2.3.5 El voto particular: el régimen básico no puede enervarse por medidas instrumentales al servicio de políticas concretas. 2.4 Tres elementos de análisis de la STC 129/2019 en orden a precisar el concreto lugar que ocupa el acuerdo de funcionarios en el ordenamiento jurídico. 2.5 El alcance de los acuerdos de funcionarios y su relación con las normas reglamentarias.

# 1 Introducción

La negociación colectiva, junto a la representación y a la participación institucional, es un derecho reconocido a los empleados públicos en el artículo 31 del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público, con el objeto de determinar sus condiciones de trabajo<sup>1</sup>.

Los funcionarios públicos, como empleados públicos que son, participan de este derecho y así el artículo 33 del mencionado texto refundido de 2015 sujeta la negociación colectiva de estos a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia. Dicha negociación se efectuará mediante el ejercicio de la capacidad representativa reconocida a las organizaciones sindicales en el capítulo correspondiente del mismo texto refundido y por remisión a concretos artículos de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical.

El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos se desarrolla a través de la constitución de mesas de negociación en las que estarán legitimados para estar presentes tanto los representantes de la Administración pública como el conjunto de las organizaciones sindicales en el modo y manera en que queda recogido en el artículo 33.2 del texto refundido de 2015<sup>2</sup>.

La naturaleza de las negociaciones difícilmente puede ser discutido que sea política a la luz de lo que el propio tenor literal del artículo 33.2 establece<sup>3</sup>. Así, la posibilidad señalada en cuanto a que el desarrollo técnico de las negociaciones puedan llevarlo a cabo órganos creados *ad hoc* por las administraciones públicas, ostentando de ese modo la representación de las mismas en la negociación, se hace desde las correspondientes instrucciones políticas previamente expresadas por las administraciones públicas a estos órganos técnicos. El alcance de los acuerdos a que se llegue solo

<sup>1</sup> “Artículo 31 Principios generales. 1. Los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo”. Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público. BOE n. 261, de 31/10/2015.

<sup>2</sup> En este punto parece oportuno señalar que el ejercicio de la capacidad representativa del artículo 33.1 del mencionado Estatuto básico del empleado público es solo atribuida a las organizaciones sindicales. Así, se les reconoce la misma con arreglo a los artículos 6.3.c), 7.1 y 7.2 de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, y, aunque del final del punto pareciera abrir la posibilidad a una representación distinta de la sindical, lo cierto es que en el segundo del mismo artículo, y a modo de cláusula de cierre, queda desechada toda posibilidad del propio tenor literal en relación a delegados y juntas de personal al mencionar expresamente a los sindicatos en el tenor literal: “[...] así como los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para delegados y juntas de personal, en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución”. Salvedad oportuna en todo caso, ya que en el artículo 44, referido al procedimiento para la elección de las juntas de personal y para la elección de delegados de personal, se establece entre los criterios que deberán tenerse en cuenta en su determinación reglamentaria y en el punto c) la posibilidad de presentar candidaturas no solo las organizaciones sindicales, sino los grupos de electores de una misma unidad electoral. Estos con el requisito de que el número de ellos sea equivalente, al menos, al triple de los miembros a elegir. Sin embargo y en todo caso, estos grupos de electores no están legitimados para estar en las mesas de negociación.

<sup>3</sup> “Artículo 33.2 Negociación colectiva: Las administraciones públicas podrán encargar el desarrollo de las actividades de negociación colectiva a órganos creados por ellas, de naturaleza estrictamente técnica, que ostentarán su representación en la negociación colectiva previas las instrucciones políticas correspondientes y sin perjuicio de la ratificación de los acuerdos alcanzados por los órganos de gobierno o administrativos con competencia para ello”. Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público. BOE n. 261, de 31/10/2015.

tendrá validez y eficacia en la medida en que sean ratificados por los órganos de gobierno o administrativos con competencia para ello. Es decir, en la medida en que esos acuerdos alcanzados en la negociación sirvan instrumentalmente al fin político de la Administración pública.

Todo ello quiere decir que, por un lado, tenemos una Administración pública que, dentro de la ley y solo de la ley y esta en la Constitución, tiene una función instrumental al servicio de un proyecto político emanado de las urnas y cuya licitud, a su vez, hunde sus raíces necesaria e inevitablemente en la Constitución vigente. Por otro lado, se encuentran los funcionarios públicos que, en ejercicio del derecho que ostentan, negocian a través de los sindicatos con capacidad representativa las condiciones de trabajo para llevar a cabo dicho proyecto político en la parte que les afecta. No hay en juego, como en la empresa privada, una optimización de los recursos para obtener el máximo beneficio legalmente posible. Lo que hay en juego es una promesa electoral que se concreta en un proyecto político que debe articularse a través de una negociación que pone las bases, en este caso de los medios personales propios de la función pública, para hacerlo realidad de modo eficiente tal y como señala la Constitución. Ambas esferas, política y privada vertidas en lo público, son las que hay que conjugar en este modelo.

## 2 El acuerdo de funcionarios y su posición en el ordenamiento jurídico

El artículo 38 del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público, aborda la cuestión de los pactos y acuerdos circunscribiéndolos al seno de las mesas de negociación y dentro, lógicamente, de las materias objeto de negociación del artículo 37 del mismo texto legal. En ambos casos, no se establece como obligatorio llegar a pacto o acuerdo alguno. Se trata, en definitiva, de una posibilidad que permite configurar, de este modo, sendos instrumentos para alcanzar, en materias concretas, una estabilidad aún mayor en el ámbito negociador.

En el caso de los acuerdos, que es de lo que aquí se trata, el artículo 38.2 establece límites claros al contenido de los mismos. Así, las materias que podrán ser objeto de acuerdo vienen referidas sobre aquellas que sean competencia de los órganos de gobierno de las administraciones públicas<sup>4</sup>. Para su validez y eficacia deberán ser expresa y formalmente aprobados, lo que conlleva la posibilidad de que la negociación

---

<sup>4</sup> Si se compara este punto 3 del artículo 38 con el inmediatamente anterior referido a las competencias del órgano administrativo de turno que celebre pactos, se observará que el tenor literal del punto 2 es considerablemente más riguroso que el del 3, al considerar que los pactos "se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba" rematando que su aplicación no puede sino aplicarse directamente al personal del ámbito correspondiente. Esta limitación da lugar a dos consecuencias que lo diferencian de los acuerdos. La primera es que, al referirse a un ámbito competencial de un órgano administrativo concreto, los pactos no se pueden extender a otros órganos administrativos que no sean los que estrictamente lo han suscrito y dentro de sus concretas competencias. La segunda es que pueden proliferar tantos pactos como órganos haya en la Administración de turno. Los acuerdos, al ser suscritos por órganos de gobierno de las administraciones públicas, no pueden por su propia naturaleza dar lugar a un número indeterminado y diferenciarse entre sí dentro de los límites de la discriminación.

en las mesas esté confiada a órganos técnicos a los que previamente se les hayan dado las correspondientes instrucciones políticas.

Sin embargo, hay una nota claramente característica, distintiva y peculiar que plantea la cuestión de la naturaleza del acuerdo y su correcta ubicación en el ordenamiento jurídico. Así, en el momento en que los acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas<sup>5</sup> que puedan ser decididos de forma definitiva por los órganos de gobierno, se constituye una situación jurídica en cuya virtud el contenido de los Acuerdos así ratificados será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación. Esto es así y derivado directamente *ex lege*, aun cuando se requiera formalmente la modificación o derogación si así se precisase de la normativa reglamentaria correspondiente.

Con esta redacción, la mesa de negociación adquiere un protagonismo político de gran dimensión en términos materiales, puesto que ni tan siquiera queda circunscrita competencialmente a lo que estrictamente le corresponda al órgano de gobierno en cuestión, sino que la cláusula abierta que introduce la indeterminación de la expresión “temas que puedan ser decididos de forma definitiva” nos conduce a un ámbito insólito por lo dinámica que puede llegar a ser la temática.

Parece claro que un desapoderamiento tan radical en el ámbito propiamente estatutario de la función pública no podía quedar sin ciertas cautelas. Y eso es lo que significa exactamente el límite a lo decidido en la mesa de negociación cuando se introduce la condición de la aprobación expresa y formal para su validez y eficacia. En definitiva, la ratificación no es un acto que escape al poder político del órgano de gobierno, puesto que puede no darse y lo será porque el acuerdo no sea suficiente para llevar a cabo el proyecto político concreto que se confió al gobierno de turno. Sin embargo, también es una manifestación de jerarquía en la medida en que nos situamos en el plano de la Administración pública en la que no puede primar hasta la última consecuencia el principio dispositivo. La función pública no puede plegarse a un acuerdo de la naturaleza propia del ámbito laboral por la propia naturaleza jerárquica que la define<sup>6</sup>. Es, definitivamente, una manifestación del carácter bifronte de la Administración que conjuga lo político con lo administrativo.

## 2.1 El carácter ordinamental del acuerdo y enigmática su posición jerárquica

La figura del acuerdo recogida en el artículo 38.3 primer párrafo del texto refundido del Estatuto del empleado público de 2015 manifiesta, por la propia redacción del

<sup>5</sup> Considérese el término incorporado al real decreto legislativo, ya que no puede ser más ambiguo: “temas”. Si lo comparamos con la redacción literal del punto 2 referido a los pactos: “que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial”, podemos observar la nítida diferencia que en el terreno de la interpretación podría llevarnos al desplazamiento, incluso de aquellos pactos que interferieran con los concretos acuerdos que tratasen “temas” que pudieran ser decididos de forma definitiva por los órganos de gobierno ratificadores de los mismos.

<sup>6</sup> Efectivamente, el punto 8 del artículo 38 expresa el procedimiento que, en último término y ante la falta de acuerdo en la negociación y en la renegociación que pudiera darse si en el plazo de un mes alguna de las partes lo solicitara y tras agotar la vía de la solución extrajudicial de los conflictos, permite a los órganos de gobierno de las administraciones públicas establecer bajo unos límites legales las condiciones de trabajo.

precepto, las características de abstracción y generalidad propias de su naturaleza ordinamental<sup>7</sup>. No puede entenderse de otro modo cuando en el primer párrafo *in fine* el legislador, al ordenar su directa aplicación al personal incluido en su ámbito de aplicación, lo haga sin perjuicio de la correspondiente modificación o, incluso, derogación de la normativa reglamentaria correspondiente<sup>8</sup>.

No estamos, por lo tanto y en ningún caso, ante un acto administrativo que constituya una situación jurídica en la ratificación, como así lo ha venido manifestando en reiteradas ocasiones y desde lejos el Tribunal Constitucional<sup>9</sup>. El carácter ordinamental está fuera de toda duda y nace directamente de la Constitución<sup>10</sup>, que eleva la representación de las partes a un plano institucional<sup>11</sup>.

No cabe albergar, por tanto, duda alguna en el carácter ordinamental del acuerdo. Tampoco que la norma nueva que es el acuerdo es fruto de la negociación colectiva en el seno de las mesas de negociación y a través de la representación legítima de los funcionarios por medio de los sindicatos confrontados a los representantes de la Administración pública correspondiente.

Sin embargo, el concreto lugar que ocupa el acuerdo en la pirámide normativa no está, en todo caso, nada claro. La ley es una barrera infranqueable, aunque su legitimidad nace de la propia Constitución. Sin embargo, la redacción del artículo 38.3 deja bien a las claras la obligación de modificación o derogación de la normativa reglamentaria correspondiente en el caso de que se den las condiciones que contempla el artículo. Además, y en el caso de que se den, la validez, eficacia y aplicabilidad del contenido de los acuerdos sería inmediata al personal incluido en los

---

<sup>7</sup> Artículo 38.3: Los acuerdos versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las administraciones públicas. Para su validez y eficacia, será necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos. Cuando tales acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que pueden ser decididos de forma definitiva por los órganos de gobierno, el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación, sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente.

<sup>8</sup> Cierta dificultad podría entenderse existente en esta valoración si partimos del punto de arranque en ese mismo artículo en relación con la necesaria aprobación expresa y formal por parte de los órganos de gobierno de las administraciones públicas para la adquisición de validez y eficacia. Sin embargo, que de la ratificación parta la constitución de una situación jurídica de la que nazca la validez y eficacia de un acuerdo nada obstaculiza para que la naturaleza de ese acuerdo sea ordinamental por su propia abstracción y generalidad.

<sup>9</sup> Como queda manifestado con claridad ya en la STC 58/1985, de 30 de abril (BOE n. 134, de 5 de junio de 1985), en su fundamento jurídico 3.º, "Ciertamente que la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone, entre otras consecuencias que no hace al caso señalar, el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva".

<sup>10</sup> El mismo fundamento jurídico 3.º de la precitada STC 58/1985 lo confirma: "Sí conviene indicar, no obstante, que el mandato que el artículo 37.1 de la Constitución formula a la ley de garantizar «la fuerza vinculante de los convenios» no significa que esta fuerza venga atribuida *ex lege*. Antes al contrario, la misma emana de la Constitución, que garantiza con carácter vinculante los convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario. La facultad que poseen «los representantes de los trabajadores y empresarios» (artículo 37.1 de la CE) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional".

<sup>11</sup> El propio Tribunal Constitucional despejó las dudas sobre la imposibilidad de considerar la negociación con una visión privatista de las facultades representativas de las partes negociadoras en la misma STC 58/1985 en su fundamento jurídico 4.º: "La Constitución Española ha reconocido a los «representantes de los trabajadores y empresarios» un poder de regulación afectado a un concreto fin, cual es la ordenación de las relaciones laborales en su conjunto, que actúa, en un sistema de negociación colectiva como el instituido por el Estatuto de los trabajadores, a través de la representación institucional que ostentan los sindicatos y comités de empresa, de un lado, y las asociaciones empresariales, de otro".

mismos sin perjuicio de que a efectos formales haya que modificarlos o derogarlos. Materialmente, entonces, tendríamos que preguntarnos si no estamos ante una quiebra del principio de jerarquía, ya que, tras la ratificación de lo aprobado, expresa y formalmente nace una norma en forma de acuerdo que, cumpliendo las exigencias del precepto, obliga a eliminar todos los obstáculos formales que se le opongan, incluidas normas con rango superior con excepción de la ley de la propia Constitución<sup>12</sup>.

## 2.2 El artículo 37.1 de la Constitución no establece orden jerárquico alguno para el acuerdo o el convenio

La dificultad en el conocimiento de los límites y extensión de la negociación colectiva, que corresponsabiliza en cuanto a su concreción a la doctrina científica y jurisprudencial, es un hecho que reconoce ya el Tribunal Constitucional en la mencionada STC 58/1985<sup>13</sup>. Los únicos puntos de referencia que se establecen, y de los que debemos partir, son los constitucionales del artículo 37 y los ya conocidos de la garantía del derecho a la negociación colectiva y de la fuerza vinculante de los convenios. Los funcionarios también son beneficiarios de ese marco constitucional expresamente reconocido por el texto refundido de 2015.

El interrogante que se presenta ante nuestra consideración es qué es lo que interpreta el Tribunal Constitucional en lo referido a la naturaleza de la norma convencional y su ubicación en el orden jerárquico. Una primera respuesta la encontramos en la STC 210/1990, de 20 de diciembre, en la que, rechazando claramente ciertas afirmaciones realizadas en el auto por el magistrado proponente, despeja toda duda sobre la superior relación jerárquica de ley ante la cual el convenio colectivo debe someterse<sup>14</sup>.

En todo caso, el Tribunal Constitucional manifiesta con toda claridad, por un lado, que la ley no tiene límites en cuanto al contenido puesto en ella con carácter necesario

<sup>12</sup> En el fundamento jurídico 7.º de la STC 58/1985 con el que se resuelve el conflicto planteado, queda ya meridianamente claro el sometimiento del convenio a la ley, estableciendo de esta manera un límite a la negociación colectiva que cristaliza en un convenio colectivo en la propia ley misma por mandato constitucional. "En el presente caso, no se trata de analizar una concreta disposición de un convenio colectivo, enfrentada con la autonomía individual de cada trabajador afectado, y cuya validez resulta dudosa, sino un precepto legal que, modificando la situación preexistente, autoriza a la negociación colectiva a regular una materia que con anterioridad se había considerado excluida de la misma. Quiere decirse que es el propio legislador quien, en ejercicio de una competencia que no puede negársele, ha realizado el ajuste entre los principios aludidos ponderando las circunstancias concurrentes en un momento determinado de evolución de la negociación colectiva y de equilibrio de los intereses afectados por la permanencia en los puestos de trabajo o la jubilación forzosa".

<sup>13</sup> En el fundamento jurídico 5.º se manifiesta con toda claridad: "Al resolver la presente cuestión de inconstitucionalidad, es evidente que a este Tribunal no le corresponde formular una teoría general sobre la extensión y límites de la negociación colectiva, tarea esta que han de ir elaborando paulatinamente doctrina y jurisprudencia laborales a la vista de las concretas experiencias contractuales y de los cambios y vicisitudes de la legalidad infraconstitucional y del entorno económico y social en que dicha legalidad se desenvuelve".

<sup>14</sup> STC 210/1990, de 20 de diciembre. Fundamento jurídico 2.º: "Solo ha de limitarse el presente enjuiciamiento de constitucionalidad a la incidencia de la reforma legal, que reduce la jornada máxima, en los convenios colectivos en curso, prescindiéndose por ello, por su manifiesta carencia de fundamento, de responder a aquellas afirmaciones que marginalmente se hacen en el auto en relación con la supuesta igualdad de rango de la ley y del convenio colectivo, y la eventual aplicación preferente de este en función del principio de especialidad". [...] "En lo que atañe a la jornada de trabajo, y sin necesidad de hacer referencia al artículo 9.1 CE, la preeminencia de la ley, por lo que hace a la fijación de límites a la misma, ha sido expresamente consagrada en el artículo 40.2 CE, de manera que los convenios colectivos, y no solo los contratos de trabajo, han de respetar ineludiblemente el límite legal, en las condiciones establecidas por la propia ley".

por el legislador y, por el otro, que el sometimiento del convenio no es solo a la ley, sino a toda norma jerárquicamente superior<sup>15</sup>.

En este punto, y aludiendo a tres sentencias del Tribunal Constitucional remitidas en la 210/1990, como son la ya sobradamente mencionada STC 58/1985, de 30 de abril, junto con la STC 177/1988 y la STC 171/1989, de 19 de octubre, es preciso considerar si el espacio constitucional reservado al convenio colectivo es aquél que no es ocupado por el derecho necesario y sus desarrollos reglamentarios subsiguientes. En esa hipótesis, la fuerza vinculante de los convenios nacidos al amparo de la garantía legal constitucional del artículo 37.1 blindaría su contenido durante su vigencia, como así fue defendido en alguna ocasión por algún magistrado proponente que, incluso, fundamentó que el principio que regía las relaciones ley-convenio era el de competencia y no el de jerarquía al ser normas primarias nacidas directamente de la Constitución<sup>16</sup>.

En tal caso, se podría pensar, entonces, que la Constitución habría establecido, tras la expresión “fuerza vinculante”, una reserva material tácita al convenio colectivo que, por otro lado, no ha hecho ni tan siquiera al reglamento, convirtiendo las mesas de negociación en una parte pequeña y aparte de las cámaras legislativas, pero con poder legislativo. Realmente, nada más lejos de la realidad<sup>17</sup>.

La dilucidación del alcance ontológico del convenio es lo que debería ofrecernos certezas sobre su exacta posición en la pirámide normativa. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no termina de señalar con precisión cuál es la ubicación del convenio porque tampoco logra definir su naturaleza. Así, y sujetándose en el fundamento de la irresistibilidad de ley, la exposición se desarrolla entre términos nada claros que van desde la “relevancia cuasi-pública de los convenios, por ser negociados por sujetos dotados de representación institucional, hasta el reconocimiento de la eficacia

---

<sup>15</sup> El mismo fundamento 2.º del STC 210/1990: “Desde un plano más general, puede recordarse, no obstante, que en anteriores ocasiones este Tribunal ha señalado que la ley ocupa en la jerarquía normativa una superior posición a la del convenio colectivo, razón por la cual este debe respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario por aquella, así como, más genéricamente, a lo establecido en las normas de mayor rango jerárquico (SSTC 58/1985, 177/1988 y 171/1989)”.

<sup>16</sup> Así lo expuso en el antecedente 1.º el magistrado proponente en la STC 210/1990. “Durante la vigencia del convenio colectivo, ha de garantizarse «su fuerza vinculante», la inderogabilidad del mismo, por lo que si fuese la norma legal la que atentase contra su vigencia infringiría el mandato constitucional al desnaturalizar el contenido básico del convenio [...] Para regular las relaciones ley-convenio colectivo no puede hablarse en rigor del principio de jerarquía, sino del de competencia, toda vez que tanto la ley como el convenio colectivo son normas primarias que emanan directamente de la Constitución. Junto a la normativa estatal, las partes sociales regulan, dentro de sus competencias, el marco de sus relaciones laborales que el Estado delimita en un doble sentido; de un lado, y por razón «de orden público e interés general», fija unos límites de derecho necesario inmodificables; y, de otro, establece unos mínimos mejorables. Pero no hay una relación de subsidiariedad, sino de complementariedad entre el ordenamiento estatal y el intersindical”.

<sup>17</sup> Efectivamente, así lo deja meridianamente claro el fundamento jurídico 3.º de la STC 210/1990: “El artículo 37.1 C.E., ni por sí mismo ni en conexión con el artículo 9.3 C.E., puede oponerse o impedir la producción de efectos de las leyes en la fecha dispuesta por las mismas. Es el convenio el que debe respetar y someterse a la ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario, siendo constitucionalmente inaceptable que una ley no pueda entrar en vigor en la fecha dispuesta por el legislador. La cuestión de cuándo entra en vigor una ley, y en general de la aplicación en el tiempo de la misma, son materias en principio de plena competencia del legislador, teniendo este una amplísima libertad de configuración y decisión al respecto. Y, si en uso de tal libertad, el legislador establece una concreta fecha de entrada en vigor, la ley habrá de entrar en vigor entonces, aun cuando afecte a convenios colectivos vigentes, sin que tal efecto pueda estimarse lesivo del artículo 37.1 CE, ni este precepto pueda impedir la producción de efectos de la ley en la fecha prevista. Pues, como ya se ha anticipado, del artículo 37.1 CE no emana ni deriva el supuesto derecho a que lo establecido en el convenio colectivo (en nuestro caso, en materia de jornada) permanezca inalterado y sea inmune a lo establecido en una ley posterior hasta el momento en que el convenio pierda vigencia, aun cuando la voluntad de dicha ley sea entrar en vigor inmediatamente en la fecha en ella dispuesta”.



normativa y su inserción en el sistema de fuentes. En ningún caso se concreta ante qué normas se manifiesta como límite, aunque queda claro que el sometimiento lo es ante cualesquiera que tenga un rango jerárquicamente superior<sup>18</sup>.

### 2.3 El principio de competencia y el de jerarquía de los acuerdos en la STC 129/2019, de 31 de octubre de 2019

En esta sentencia se contempla ciertamente la posibilidad de que un convenio se muestre inalcanzable a una ley. El supuesto, sin embargo, no lo es por el fundamento de la fuerza vinculante del artículo 37.1 CE, sino por la atribución de competencias al Estado en virtud del artículo 149.1 y en el contexto de la legislación básica.

Estamos, por lo tanto, ante un hipotético supuesto jurídico en el que, rigiendo el principio de distribución de competencias, una ley autonómica invadiría el espacio legislativo ocupado ya por una ley estatal, incurriendo en inconstitucionalidad mediata o indirecta al contradecir el texto positivo legal estatal. Y es hipotético porque el desarrollo de la sentencia no concluyó con la estimación de la demanda. Simplemente se apuntó una posibilidad. Una posibilidad más en el orden teórico o especulativo, puesto que adoptarse legislativamente dicha solución quedaría con total probabilidad a expensas de un juicio sobre su constitucionalidad, al ser tachada de intensamente restrictiva.

La misma sentencia llega tan lejos, abriendo expectativas ciertas, que acto seguido profundiza en la irresistibilidad de ley por encima de la consideración de cualesquiera otras circunstancias. Así, reconduce el argumentario principal al principio de jerarquía, y más teniendo en cuenta que la materia autonómica era el control del gasto en el duro contexto presupuestario, provocando un voto particular fundamentado en la suavidad del meandro jurisprudencial. Se hace necesario analizarlo por partes.

#### 2.3.1 La inconstitucionalidad mediata en los acuerdos de funcionarios

La STC 129/2019 contempla en su fundamento jurídico cuarto, como una posibilidad cierta de garantizar legalmente la fuerza vinculante de los acuerdos de los funcionarios frente a todo tipo de normas, que el diseño para su suspensión o modificación se recoja en una ley estatal básica al amparo del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE. Esto impediría a cualquier ley autonómica suspender o modificar cualquier acuerdo funcional, siempre que, por otro lado, la norma básica recogiera íntegramente el entero procedimiento para su modificación o suspensión sin posibilidad de desarrollo legislativo alguno. La infracción del mismo supondría, entonces, un supuesto de inconstitucionalidad mediata o indirecta.

<sup>18</sup> Así puede comprobarse en el Fundamento jurídico 2.º de la STC 171/1989, de 19 de octubre. “Es claro que todo lo anterior resulta de aplicarse al convenio colectivo, máxime en el ordenamiento español en el que el convenio, al menos, en la más importante de sus manifestaciones, alcanza una «relevancia cuasi-pública», al ser negociado por sujetos dotados de representación institucional y adquirir, una vez negociado, eficacia normativa e incardinarse en el sistema de fuentes del Derecho, sometiéndose, pues, a las normas de mayor rango jerárquico, al cuadro de derechos fundamentales y, en concreto, a las exigencias derivadas del derecho a la igualdad y a la no discriminación (SSTC 136/1987 y 177/1988 cuya doctrina estamos siguiendo)”.

La hipótesis así configurada, que el mismo Tribunal Constitucional no considera absoluta, sino que establece la cautela del probable juicio correspondiente a su adecuación constitucional, supondría, para comprender la resistencia del acuerdo frente a la ley autonómica, un desplazamiento del principio de jerarquía al de distribución de competencias<sup>19</sup>. Esto blindaría al acuerdo de cualquier posibilidad de modificación o suspensión no solo ya frente a la ley autonómica por el principio de distribución de competencias, sino frente a toda ley, norma con rango de ley y resto de normas de rango jerárquico inferior por la especialización que la normación básica supone al uniformar una materia a nivel estatal.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Constitucional considera previamente diferentes fundamentos constitucionales, en cuanto a las competencias atribuidas se refiere y más allá de las del artículo 149.1 CE, en orden a estudiar la relación entre la norma estatal y la autonómica. De esta forma infiere la posibilidad apuntada de blindaje convencional al concretar que el espacio legislativo que deje de ocupar la legislación básica podría serlo en el desarrollo legislativo de los parlamentos autonómicos. Si, efectivamente, este espacio es ocupado totalmente por la norma estatal, a la autonómica no le quedaría espacio alguno, puesto que cabría sin menoscabar la integridad de la estatal.

### 2.3.2 El modelo concreto de relación flexible entre legislador estatal y autonómico en el ejercicio legítimo de sus competencias constitucionales en la STC 129/2019

La relación que se establece en la citada STC 129/2019 entre la capacidad de las comunidades autónomas para definir sus gastos derivada del artículo 156.1 CE y la de modular dicha capacidad por el Estado con fundamento en el artículo 149.13 CE o en cualesquiera otros títulos competenciales deja un cierto espacio a la ambigüedad.

Podemos observar dicha indefinición en el mismo texto que la recoge expresamente, ya que, tras reconocer dicha capacidad manifiestamente con fundamento en diversos autos del Tribunal Constitucional<sup>20</sup>, pasa no solo a matizarla, sino a cuestionar sus límites en la medida en que el Estado no haya ejercido sus competencias derivadas de cualquier título competencial<sup>21</sup>. Dicho de otro modo, dicha capacidad se legitima por el título competencial habilitante a la comunidad autónoma y no

<sup>19</sup> La STC 129/2019, de 31 de octubre, se expresa en unos términos indubitables al respecto en su fundamento jurídico 4.º: "Una restricción tan intensa de las competencias autonómicas, como la que deriva de la interpretación que los recurrentes proponen, que impediría la intervención del parlamento autonómico en la cuestión de las retribuciones del personal al servicio del sector público, mediante el concreto mecanismo de la suspensión de los pactos y acuerdos suscritos entre las administraciones y los representantes del personal a su servicio, hubiera debido establecerse expresamente en la norma estatal (en un sentido similar, STC 106/2019, de 19 de septiembre, FJ 9), sin perjuicio del juicio que, en su caso, tal restricción mereciera desde la perspectiva de su adecuación al orden constitucional de distribución de competencias".

<sup>20</sup> STC 129/2019, fundamento jurídico 4.º: "La doctrina de este Tribunal ha señalado que tanto el artículo 156.1 CE como el artículo 149.1.13 CE presuponen la capacidad de las comunidades autónomas para definir sus gastos (AATC 5572016, de 1 de marzo, FJ 6; 83/2016, de 26 de abril, FJ 4 y 145/2016, de 19 de julio, FJ 4). Esa capacidad se incardina precisamente dentro de la autonomía financiera que la Constitución reconoce a las comunidades autónomas (artículo 156.1 CE)".

<sup>21</sup> STC 129/2019, fundamento jurídico 4.º: "La capacidad de las comunidades autónomas para definir sus gastos en los correspondientes presupuestos solo queda desplazada o modulada en la medida en la que el Estado haya ejercido sus competencias *ex* artículo 149.1.13 CE o al amparo de otro título competencial".

tendría límites constitucionales más allá de la ortodoxia presupuestaria *per se* si el Estado no hubiera hecho uso de sus títulos competenciales. En ese caso, el único límite que el Tribunal Constitucional establece se recoge en una expresión tan indefinida como difícilmente controlable: los límites que las comunidades autónomas creyeran necesarios<sup>22</sup>.

Esta idea, en virtud de la cual el equilibrio de la relación entre el legislador estatal y el autonómico pende de la posibilidad de que el legislador estatal haya ejercido sus competencias, se reitera en relación con la fijación de la concreta determinación de las condiciones de trabajo por parte de las comunidades autónomas de su personal con independencia de la naturaleza funcionarial o laboral, siempre que las competencias estén recogidas en sus estatutos de autonomía. El ejercicio, así, de estas competencias será legítimamente ilimitado, dentro de la ortodoxia ya mencionada, si el Estado no ejerce las suyas derivadas del artículo 149.1<sup>23</sup>.

El modelo de relación entre legisladores que define la STC 129/2019 es un espacio legislativo flexible que se dilata o se contrae siempre en función de si el legislador estatal ejerce sus competencias o no. En la medida en que lo haga el legislador estatal, el autonómico no puede desconocer o menoscabar las decisiones legítimas que el estatal adopte. Sin embargo, ese espacio que no ocupa el estatal podría ser ocupado ilimitadamente por el autonómico siempre que su título competencial lo legitimara en cuanto a la materia se refiere.

### 2.3.3 La extensión a la legislación básica de la relación flexible norma estatal/norma autonómica en el supuesto de inconstitucionalidad mediata o indirecta

La STC 129/2019 plantea como queja principal un caso de inconstitucionalidad mediata<sup>24</sup> que, por otro lado, va a abordar teniendo en cuenta las consideraciones antes tratadas en la relación norma estatal/norma autonómica. Así, el Tribunal Constitucional analiza esta denuncia contemplando como una posibilidad hipotética que la ley que garantice la fuerza vinculante de los convenios sea presidida al amparo del principio de distribución de competencias. Esto produciría la quiebra del principio de jerarquía en relación con el convenio respecto de todas aquellas leyes o normas con rango de

<sup>22</sup> STC 129/2019, fundamento jurídico 4.º: “Las comunidades autónomas están obligadas a respetar las medidas de contención del gasto de personal establecidas por el Estado, pero, respetando las existentes o no existiendo tales medidas, su competencia en materia económica las faculta para llevar a cabo las medidas de contención del gasto de personal que crean necesarias”. Obviamente, el hecho de que el caso que trata el TC sea en relación con los gastos de personal en nada modifica las aseveraciones en relación con el alcance competencial de la capacidad de definición del gasto.

<sup>23</sup> STC 129/2019, fundamento jurídico 4.º (último párrafo *in fine*): “Ahora bien, el ejercicio que cada comunidad autónoma haga de esta competencia se entiende «sin perjuicio de las competencias estatales *ex* artículo 149.1 CE» (STC 99/2016, FJ 7), esto es, será un ejercicio constitucionalmente legítimo mientras no desconozca o menoscabe las decisiones que el Estado pueda adoptar en virtud de sus competencias propias”.

<sup>24</sup> STC 129/2019, fundamento jurídico 3.º: “Según nuestra reiterada doctrina (STC 82/2017, de 22 de junio, FJ 5), para que dicha infracción constitucional exista será necesaria la concurrencia de dos circunstancias. Primera, que la norma estatal infringida por la ley autonómica sea una norma básica, en el doble sentido material y formal; por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado. E, segunda, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa (STC 104/2018, de 4 de octubre, FJ 3, las allí citadas)”.

ley que le pretendieran afectar si la relación de estas últimas con la norma legal que garantizase la fuerza vinculante del convenio estuviera presidida por el principio de distribución de competencias.

Los denunciantes, fundamentando su escrito en que la ley presupuestaria autonómica habría infringido lo establecido en el artículo 38.10 del texto refundido del Estatuto básico del empleado público 5/2015, de 30 de octubre, al haber suspendido un acuerdo de funcionarios sin la observancia del procedimiento establecido en el susodicho artículo, afirman que la ley autonómica habría incurrido en inconstitucionalidad mediata o indirecta. Para todo ello, la construcción jurídica de los denunciantes se basa en el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE, que atribuye al Estado la competencia en exclusiva para dictar las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos<sup>25</sup>, bases que incluyen dicho procedimiento de suspensión que impiden, por tanto, su modificación por la autonómica.

La primera respuesta del Tribunal Constitucional al mencionado planteamiento del denunciante es negarle el fundamento positivo basado en el artículo 149.1.18.<sup>a</sup>. Así, y apelando a la doctrina expuesta en la propia sentencia, esta manifiesta que las medidas coyunturales de contención de los gastos de personal funcionario que las comunidades autónomas puedan adoptar se encuadran en el artículo 149.1.13.<sup>a</sup> CE y su relación ya comentada con el artículo 156.1 CE y en ningún caso con el artículo 149.1.18.<sup>a</sup>.

Este desplazamiento de los fundamentos constitucionales supondría una suerte de elusión de dicho régimen básico. En ese caso, la relación norma estatal/norma autonómica no estaría presidida por el principio de distribución de competencias y, por lo tanto, la norma estatal no serviría de garantía en relación con la fuerza vinculante del acuerdo de funcionarios, al menos respecto de su régimen de suspensión. El acuerdo de funcionarios tendría una relación jerárquica con la ley presupuestaria autonómica, no pudiendo resistirse a la suspensión.

Sin embargo, el propio planteamiento expuesto por el Tribunal Constitucional le aboca a una disyunción. Por un lado, y en la medida en que el Estado, ex artículo 149.1.18.<sup>a</sup>, tiene la competencia en exclusiva para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, el texto refundido del Estatuto básico del empleado público establece en su artículo 38.10 una concreta regulación básica que hace referencia a la suspensión de los acuerdos de funcionarios que, con independencia del encaje conceptual que se realice referido al caso concreto de la contención del gasto, tiene un alcance propio. El procedimiento de suspensión forma parte de las bases de dicho régimen y, por lo tanto, la legislación autonómica no lo puede ignorar.

En ese punto es donde el Tribunal Constitucional sitúa la posibilidad hipotética recogiendo las pretensiones del denunciante. De este modo, si el legislador básico hubiera agotado el régimen de suspensión del acuerdo, ese régimen hipotético habría supuesto una restricción absoluta al legislador autonómico en cuanto a la posibilidad

<sup>25</sup> STC 129/2019, fundamento jurídico 3.º: "De acuerdo con el artículo 149.1.18 CE y la doctrina constitucional que lo ha interpretado, el Estado tiene competencia para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, expresión que ha de entenderse referida a los de todas las administraciones públicas, incluyendo al personal estatutario de los servicios de salud (STC 2072017, de 2 de febrero, FJ 2)".

de suspender el acuerdo por medio de actos legislativos autonómicos. En la medida en que no se ha dado, es donde el Constitucional fundamenta la intervención del autonómico suspendiendo; es decir, gracias a que la norma estatal no agota el régimen, el autonómico tiene espacio para desarrollar el régimen legal de suspensión siempre que no menoscabe ni desconozca el estatal.

A su vez, si el estatal lo hubiera agotado, esto supondría una restricción tal que el verdadero alcance de la restricción comprendería una completa desvinculación del principio de jerarquía del acuerdo de funcionarios que solo lo vincularía jerárquicamente con la norma básica estatal, desvinculación no solo ya en relación con el legislador autonómico, sino con cualquiera otra norma legal, estableciendo en este caso una suerte de reserva convencional en garantía de la fuerza vinculante<sup>26</sup>. Situación que el mismo Tribunal Constitucional manifiesta que no puede interpretarse así en el caso concreto que trata en la STC 129/2019, pero que, a la luz de la propia redacción del artículo 38.10 del texto refundido del Estatuto básico del empleado público, interpreta abriendo una vía hipotética de agotamiento del régimen de suspensión por parte del legislador básico.

Y esa interpretación, en el caso concreto de esta sentencia, no es posible, según el Constitucional, porque una restricción tan intensa debería haberse recogido expresamente en el tenor literal del artículo, sin perjuicio del juicio de su adecuación al orden constitucional. De esta manera, el Tribunal Constitucional extiende la ya comentada relación flexible entre norma estatal-norma autonómica al orden de las relaciones entre la legislación básica y la de desarrollo como una de las posibles del artículo 149.1, como se afirma en el también ya citado fundamento jurídico tercero último párrafo, aunque de modo genérico para todas las competencias que ahí se recogen. Esto permite inferir que la intervención estatal básica en el concreto artículo 38.10 del texto refundido del Estatuto básico del empleado público es facultativa y superior jerárquicamente, al ser la norma estatal la que marca el límite de flexibilidad, la medida de lo infranqueable, para la autonómica, que no puede desconocer ni menoscabar las decisiones que el Estado pueda adoptar en virtud de sus competencias propias, de tal modo que, si el Estado, por medio de la norma básica, hubiera querido una restricción tan intensa, la habría recogido expresamente. Como no lo ha hecho, esto permite al legislador autonómico suspender la aplicación del acuerdo de funcionarios.

### 2.3.4 La adecuación del principio de distribución de competencias y el de jerarquía en la relación flexible entre norma estatal-norma autonómica

La vía interpretativa que abre el Constitucional en el susodicho fundamento jurídico cuarto de la STC 129/2019 es tan profunda, aun siendo una mera posibilidad

<sup>26</sup> STC 129/2019, fundamento jurídico 4.º: “No puede deducirse de los artículos 32.2 y 38.10 TRLEEP que el legislador estatal haya querido reservar un margen de libertad a las administraciones, sin someterse a normas legales de ningún tipo, de modo que no pueda el legislador (aquí el legislador presupuestario de la Comunidad de Madrid) interferir ni regular ningún aspecto del régimen de los acuerdos, pactos o convenios suscritos con el personal laboral y funcionario del sector público autonómico, so pena de inconstitucionalidad de la ley que así lo establezca”.

hipotética, que le obliga a reconducir la situación afirmando como primordial en la relación de los pactos, acuerdos o convenios la subordinación, en todo caso, a la ley<sup>27</sup>.

En ese zigzag que la sentencia presenta, esta afirmación se nos da, por su contundencia, como un hito que sirve como un punto de referencia para encuadrar en sus justos términos la hipótesis anteriormente presentada. Y tanto es así, que en la remisión a una sentencia anterior lo tratado en esta que se comenta se considera como “un caso ya examinado por la doctrina constitucional, bien que desde una perspectiva diferente”<sup>28</sup>. En definitiva, la afirmación que encuadra esencialmente las relaciones entre ley y pactos, acuerdos y convenios en el principio de jerarquía obliga al Constitucional a explicar cuándo entra en juego, entre leyes y normas con rango de ley, el principio de distribución de competencias.

Y, en este punto, la clave de bóveda del razonamiento jurídico de la Sentencia 129/2019 se encuentra en el sentido de las leyes y en los objetivos buscados por las mismas. La norma estatal básica tiene como finalidad regular con carácter general el régimen de suspensión frente a la norma autonómica, cuyos objetivos son coadyuvar a un fin concreto que en este caso es el cumplimiento de objetivos de estabilidad presupuestaria. Para alcanzar tales fines, la autonómica afecta, entre otras medidas legales, a condiciones concretas reconocidas a empleados públicos, tanto de aquellos que prestan sus servicios en la Administración como aquellos que lo hacen en el sector público en general.

Es la naturaleza de las leyes la que explica que, en un contexto de reducción del gasto y del déficit público, el legislador autonómico adopte medidas concretas de política retributiva de los empleados públicos, entre las que se encuentran la suspensión de acuerdos de funcionarios. No se pretende modificar el régimen general de suspensión de los acuerdos, sino que éstos se suspenden como una de las medidas estabilizadoras dentro de un conjunto de carácter estatal y autonómico que, incidiendo en las condiciones laborales de los empleados públicos, persiguen objetivos distintos a la regulación abstracta de la suspensión de pactos, acuerdos y convenios. Y todo ello se realiza con fundamentación jurídico-constitucional distinta y sin perjuicio de las competencias estatales *ex* artículo 14.9.1 CE<sup>29</sup>.

Por lo tanto, las relaciones que establece el Tribunal Constitucional en orden a cuándo entra en juego el principio de distribución de competencias y cuándo el de jerarquía quedan claramente delimitadas. El carácter abstracto propio del régimen general le corresponde a la norma estatal básica que impediría por agotamiento y

<sup>27</sup> El último párrafo del punto a) del fundamento jurídico 4.º de la STC 129/2019 es inequívoco: “Además, no puede pasarse por alto que los acuerdos, pactos o convenios están subordinados a las normas con rango de ley, por lo que estas pueden acordar su suspensión o modificación, sin que resulte de aplicación lo dispuesto en los artículos 32.2 y 38.10 TRLEEP. No cabe aquí hablar de una “reserva de administración” de determinadas decisiones que serían así inaccesibles al legislador”.

<sup>28</sup> En el fundamento jurídico cuarto de la STC 129/2019 se hace una remisión a la STC 104/2019 en su fundamento jurídico duodécimo, que expresamente recoge la subordinación no solo a la ley, sino al reglamento de toda situación jurídica objetiva en la que se encuentra cualquier funcionario con independencia de los cambios lícitos que unilateralmente se produzcan por parte del legislador: “El funcionario que ingresa al servicio de la Administración pública se coloca en una situación objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso”.

<sup>29</sup> Cfr. fundamento jurídico 4 b) STC 129/2019.

amparado en el principio de distribución de competencias la invasión de cualquier ley autonómica si superase el juicio de constitucionalidad. El de jerarquía permitiría medidas de corte instrumental y coyuntural a la norma autonómica que podrían contemplar, entre otras, la suspensión. Y, yendo aún más lejos y con el mismo razonamiento, esa suspensión instrumental podría ser adoptada, y amparada por el de jerarquía, por una norma estatal no básica si fuese necesaria para la obtención de un fin justificado suficientemente y amparado constitucionalmente.

Con este razonamiento, podría parecer que el propio Tribunal Constitucional incurre en una *contradictio in terminis*. Si, efectivamente, el legislador autonómico no está afectando al régimen general de suspensión, entonces sería indiferente agotar el mismo en la norma básica, ya que el propio carácter instrumental justificaría la suspensión. Sin embargo, el propio Tribunal manifiesta que semejante medida restrictiva, que impediría suspender el acuerdo por la autonómica creando una especie de reserva de administración, hubiera sido necesario recogerla expresamente en la ley básica.

### 2.3.5 El voto particular: el régimen básico no puede enervarse por medidas instrumentales al servicio de políticas concretas

La encrucijada a la que llega en este punto el Tribunal Constitucional provoca un voto particular del magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré, que señala en el último párrafo y como lo más relevante del mismo dos puntos íntimamente conectados y referidos a los límites en la relación norma estatal-norma autonómica.

El primero de ellos sitúa la cuestión en los mismos fundamentos constitucionales, de tal manera que niega la posibilidad de distinguir un régimen abstracto y general y otro concreto e instrumental para la suspensión. Todo queda sujeto, en lo que se refiere a los acuerdos de funcionarios, en el artículo 149.1.18.<sup>a</sup>, que faculta al Estado a dictar las bases del régimen estatutario de los funcionarios. Así, niega la posibilidad de elusión a través de la fundamentación del artículo 149.1.13.<sup>a</sup> en combinación con el artículo 156.1 de medidas de contención del gasto en un contexto de legislación presupuestaria, señalando un desplazamiento indebido que supone, una vez más, una *vis* expansiva de las bases y coordinación de la planificación general.

Esto le lleva, a su vez, a establecer una relación entre la norma básica y la de desarrollo mucho menos flexible al afirmar que la suspensión de los acuerdos por parte del acto legislativo de la Comunidad Autónoma de Madrid únicamente es posible por estar prevista en el artículo 38.10 del texto refundido del Estatuto básico del empleado público. Todo ello quiere decir que, de no haberlo estado, el legislador autónomo habría vulnerado las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos e incurrido en inconstitucionalidad. Al poner, por lo tanto, el parámetro de contraste de la constitucionalidad en las bases del artículo 149.1.18.<sup>a</sup>, está reconociendo explícitamente que a la suspensión solo cabe atribuirle un régimen general y abstracto.

El segundo punto se infiere inmediatamente del anterior en el hecho de que la suspensión instrumental, elusiva del régimen general recogido en el texto refundido del Estatuto básico del empleado público, al servicio de una política de contención

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

del gasto con fines estabilizadores, no tendría amparo constitucional alguno, aunque estuviera recogida en una ley. Un fundamento constitucional no exime el desconocimiento de otros. Dicho de otro modo, el diseño de una concreta política al amparo de algún título competencial constitucional no hace quebrar la comprensión sistemática de la Constitución<sup>30</sup>.

## 2.4 Tres elementos de análisis de la STC 129/2019 en orden a precisar el concreto lugar que ocupa el acuerdo de funcionarios en el ordenamiento jurídico

La combinación entre los razonamientos vertidos en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto junto con algunos extremos vertidos en el voto particular da lugar a la posibilidad de centrar el análisis en tres elementos.

El primero de ellos se encuentra en el voto particular, donde se afirma lo siguiente: “Pero me importa sobre todo destacar que, de no estar prevista la suspensión de pactos y acuerdos en el TRLEEP, la norma autonómica no hubiera superado el juicio de constitucionalidad, lo que corrobora que son los artículos 32.2 y 38.10 TRLEEP el parámetro decisivo de contraste. En efecto, sin contar con el soporte de lo dispuesto en el TRLEEP, la Comunidad de Madrid habría invadido la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación laboral y vulnerado las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos”.

La legislación básica ha sido definida por el Tribunal Constitucional originariamente desde un concepto material de bases<sup>31</sup>. Con el paso del tiempo, el mismo Tribunal estableció definitivamente los requisitos formales en orden a garantizar la seguridad jurídica<sup>32</sup>. El régimen de la normación básica se ha construido combinando

<sup>30</sup> El voto particular, no obstante, salvó el fallo desestimatorio en relación con la inconstitucionalidad mediata, ya que a su juicio no cabía apreciar contradicción efectiva e insalvable en relación con la citada regulación estatal que, en lo que a este estudio le interesa, se centra en el artículo 38.10 del texto refundido del Estatuto básico del empleado público. Dos son las consideraciones apuntadas para salvar el fallo. La primera se funda en que el Estado carece de competencias para determinar qué órgano autonómico debe ejercer una determinada competencia por formar parte de la potestad autonómica de autoorganización. La segunda se refiere al deber de información a las organizaciones sindicales que daba por cumplida al no contemplar la normativa estatal si debía ser previa o posterior (cfr. voto particular STC 129/2019).

<sup>31</sup> “Por de pronto, ya en la temprana STC 32/1981 (FJ 6), se formuló lo que ha pasado a denominarse concepto material de bases: «la noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente». Esta importantísima declaración ha sido con posterioridad numerosas veces reiterada (entre otras más, SSTC 48/1988, 49/1988, 13/1989, 147/1991, 135/1992, 225/1993, 197/1996, etc.), consolidándose, pues –sin perjuicio de ciertos matices en verdad, como luego se verá–, una noción material de bases que pone de relieve ante todo que la calificación de norma básica depende en última instancia de su naturaleza y contenido”. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*, Iustel, Madrid, 2005, p. 251.

<sup>32</sup> STC 69/1988, de 19 de abril. BOE n. 108, de 5 de mayo de 1988, fundamento jurídico 6.º: “En los primeros años de vigencia de la Constitución, en los que la tarea urgente que imponía la implantación del sistema de distribución de competencias consistía en adaptar la legislación anterior al nuevo orden constitucional y no era posible al Estado desplegar una actividad legislativa tan intensa que pudiera, de manera inmediata, configurar todas las ordenaciones básicas que contemplan la Constitución y los estatutos, resultaba inevitable que el concepto material de «norma básica» adquiriese excepcional relevancia al objeto de conseguir, de la manera más rápida y eficaz, la progresiva determinación de los espacios normativo estatal y autonómico, quedando, por consiguiente, en un segundo plano el componente formal incluido en la referida doctrina constitucional. Superada esa inicial situación por la realidad actual de un orden distributivo competencial en avanzado estado de construcción, ese componente formal adquiere una mayor trascendencia como garantía de certidumbre jurídica en la articulación de las competencias estatales y autonómicas, lo cual se manifiesta imprescindible en logro de una clara y segura delimitación de las mismas a través de instrumentos normativos que reduzcan, de manera inequívoca, la



el reconocimiento de unos criterios objetivos que, según su propia naturaleza, uniformizan en todo el territorio nacional una materia, creando un marco legislativo básico en orden a defender el interés general. Este marco deja el espacio normativo correspondiente a las comunidades autónomas para que en sus legislaciones de desarrollo defiendan sus intereses particulares dando lugar a una multiplicidad de soluciones autónomas dentro de un marco básico común<sup>33</sup>. La doble garantía de que, por un lado, sea la ley formal votada en las Cortes la que defina lo básico impide que el espacio de normación básica quede dentro de una masa normativa indeterminada y, por otro, el propio juicio de constitucionalidad reservado al Tribunal Constitucional referido a la calificación que dé el legislador estatal en relación con lo que se entiende materialmente por básico aseguran la seguridad jurídica exigida constitucionalmente<sup>34</sup>.

Todo lo anterior hace que la afirmación referida a la imprevisión de régimen alguno de suspensión en la ley básica llevaría inevitablemente a un juicio de inconstitucionalidad por invasión competencial sea rotunda en exceso. El hecho de que el régimen de suspensión esté formalmente recogido en la ley no conlleva necesariamente que sea básico por su naturaleza, ya que podría desbordar los límites de lo básico o ser contrario a su propia naturaleza e incurrir en inconstitucionalidad en la medida en que sea recurrida y declarada como tal por el Tribunal Constitucional. Por otro lado, la inexistencia de régimen de suspensión alguno en la ley no tendría que impedir la posibilidad de su contemplación en la legislación de desarrollo si esta lo considerase motivadamente como un desarrollo de las bases. También, y con arreglo al artículo 149.3 CE, las comunidades autónomas pueden asumir en sus estatutos competencias no básicas en la materia de turno siempre que no entren en contradicción con la legislación básica. Y, por último y sin pretensión de ser exhaustivos, tampoco el hecho mismo de que no existiese formalmente legislación básica alguna impediría un desarrollo legislativo en ese sentido siempre que pudiese inferirse de la legislación vigente, pre o postconstitucional<sup>35</sup>.

---

indeterminación formal de las normas básicas hasta el nivel que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica, que proclame el artículo 9.3 de la Constitución y cuya presencia efectiva en el ordenamiento jurídico, especialmente en el tan complicado e importante de la organización y funcionamiento del Estado de las autonomías, es esencial al Estado de derecho que la propia Constitución consagra en su artículo 1.1”.

<sup>33</sup> Esto ya queda claro en la ya lejana en el tiempo STC 32/1981, de 28 de julio (BOE n. 193, de 13 de agosto de 1981): “La garantía constitucional es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado, y ello conduce, como consecuencia obligada, a entender que corresponde al mismo la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado. La fijación de estas condiciones básicas no puede implicar en ningún caso el establecimiento de un régimen uniforme para todas las entidades locales de todo el Estado, sino que debe permitir opciones diversas, ya que la potestad normativa de las comunidades autónomas no es en estos supuestos de carácter reglamentario. En el respeto de esas condiciones básicas, por tanto, las comunidades autónomas podrán legislar libremente”.

<sup>34</sup> STC 69/1988, de 19 de abril, fundamento jurídico 5.º: “A la satisfacción de la primera de dichas finalidades responde el concepto material de «norma básica», acuñado por la citada doctrina constitucional, conforme a la cual la definición de lo básico por el legislador estatal no supone que deba aceptarse que, en realidad, la norma tiene ese carácter, pues, en caso de ser impugnada, corresponde a este Tribunal, como intérprete supremo de la Constitución, revisar la calificación hecha por el legislador y decidir, en última instancia, si es materialmente básica. [...] A la segunda finalidad atiende el principio de ley formal que la misma doctrina acoge en razón a que solo a través de este instrumento normativo se alcanzará, con las garantías inherentes al procedimiento legislativo, una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas”.

<sup>35</sup> “Ahora bien, admitida desde el primer momento, y mantenida a lo largo del tiempo, la posibilidad de inferir normas básicas de la legislación vigente, sea pre o postconstitucional (entre las más recientes, STC 14/2004, que deduce el carácter básico

El segundo de ellos se plantea en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia en el que la relación flexible de la normación básica y de desarrollo apunta a cierta superioridad de la básica sobre el desarrollo y que puede significar la clave interpretativa en orden a la dilucidación del lugar que ocupa el acuerdo de funcionarios en la pirámide normativa.

Así, y partiendo de la cita de cierta jurisprudencia del mismo Tribunal Constitucional en el sentido de que la negociación colectiva “no es límite ni condición para la potestad legislativa del parlamento autonómico, solo limitado en derecho por la norma suprema y por el control estrictamente jurídico derivado de ella que este Tribunal tiene encomendado (STC 87/2018, de julio, FJ 3), se reconoce la posibilidad, como ya se ha comentado anteriormente, de establecer una restricción tan intensa que sitúe la negociación y el fruto de la misma – en el caso que nos ocupa, el acuerdo de funcionarios – fuera del alcance del legislador autonómico”. Todo ello, “sin perjuicio del juicio que, en su caso, tal restricción mereciera desde la perspectiva de su adecuación al orden constitucional de distribución de competencias”.

Lo primero que se debe exponer es que en dicha relación entre leyes básicas y de desarrollo no hay una posición de subordinación. Una ley es una ley, es decir, la expresión de la voluntad popular y dentro de la Constitución, y siempre compatible con ella, ocupa la cúspide de la jerarquía normativa. No hay confusión alguna con la delegación legislativa<sup>36</sup>. La relación existente entre la legislación básica y la de desarrollo se rige por la distribución de competencias que viene expresada en la Constitución, de tal manera que esta reserva la competencia exclusiva al Estado para regular la legislación básica. Establece, de este modo, el alcance concreto que una determinada ley en relación con una materia determinada y recogida en el artículo 149.1 CE debe tener. La legislación básica no puede tratar cualquier materia ni de cualquier modo; debe establecer una regulación que incorpore al ordenamiento jurídico los criterios objetivos que unifiquen en todo el territorio nacional una materia en defensa del interés general, dejando el espacio suficiente para que estos criterios se desarrollen legislativamente en cada una de las comunidades autónomas, concretando así, desde

---

de diversos preceptos de la Ley 25/1964, de energía nuclear), las SSTC 37/2002 y 1/2003 han terminado por imponer un límite taxativo, al haberse planteado, tal como se dice en la primera de esas Sentencias (FJ 9), si es posible «inferir normas básicas de la legislación preconstitucional en una materia en la que el legislador estatal postconstitucional ha procedido a establecer de una manera aparentemente completa, en el ejercicio de sus competencias, las bases de la misma, sin que hubiera declarado básicas aquellas normas preconstitucionales» [...] las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas mal se compadecen con la posibilidad de poder seguir infringiendo bases de las normas legales preconstitucionales cuando el legislador estatal constitucional ha procedido en el ejercicio de la competencia constitucionalmente atribuida a establecer de manera aparentemente completa e innovadora las bases sobre una determinada materia, a menos que declare expresamente la pretendida naturaleza básica de esas normas legales preconstitucionales o dicha naturaleza resulte, sin lugar a dudas, de ser estas un complemento indispensable de las normas básicas postconstitucionales por deducirse de su propia estructura que no han pretendido agotar la regulación de todos los aspectos de la materia”. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*, cit., p. 309.

<sup>36</sup> El Tribunal Constitucional no dejó lugar a dudas reiterando la ya temprana jurisprudencia STC 1/1982, de 28 de enero: “Este Tribunal, en el fundamento sexto de su Sentencia de 28 de julio de 1981, ya ha señalado que «el ejercicio de la competencia estatal para el establecimiento de las bases o legislación básica a que en distintos párrafos de su apartado primero se refiere el artículo 149 no requiere, en modo alguno, la promulgación de leyes de bases o de leyes marcos». Así, pues, las bases a que se refieren en nuestro caso los párrafos 11 y 13 del artículo 149.1 CE, no tienen nada que ver con la delegación legislativa de que tratan los artículos 82 y 83 de la Constitución, ni se identifican con leyes marco reguladas por el artículo 150.1”.

el respeto a estos criterios básicos, los concretos intereses autonómicos. Esto dará lugar a una pluralidad de soluciones dentro de un mismo ordenamiento jurídico.

La legislación básica, aprobada en las Cortes, debe agotar el mandato constitucional y regular enteramente las bases, no simplemente aquellos aspectos que considere oportunos políticamente. Esto no quiere decir que la legislación básica sea promulgada de una vez y para siempre, puesto que una ley básica puede modificarse o derogarse, ya que la consideración de los criterios objetivos, ese mínimo común denominador normativo, no deja de ser objeto de apreciación política. Sin embargo, los criterios unificadores no son objeto de componendas, de tal manera que queden al arbitrio del poder en las Cortes, pudiendo restringir el alcance de las bases para dar mayor espacio al desarrollo legislativo o expandirlas para reducir las al mínimo o agotarlas en función de la oportunidad política definiendo las bases así por el alcance que de las mismas le dé la ley formal que las regula en cada momento. Las bases se definen ontológicamente y no están sometidas al principio de oportunidad política, lo cual no quiere decir que esta naturaleza objetiva no sea objeto de aprobación en las Cortes y fruto de la negociación, pero lo aprobado en las Cortes, en la medida que no se ajuste materialmente a lo que debe ser entendido por bases, podrá ser declarado inconstitucional.

Por lo tanto, lo manifestado por el Tribunal Constitucional en el sentido de que una restricción tan intensa que hubiera impedido al parlamento autonómico intervenir en una cuestión concreta hubiera debido establecerse en la ley estatal podría entenderse como una aplicación del principio de oportunidad en el concreto ámbito del legislador. No se agota el mandato constitucional de regular enteramente las bases para dar más espacio legislativo al poder político autonómico, lo que realmente convertiría en una norma flexible la ley básica, que se ensancharía o se estrecharía a conveniencia política.

Esto no es así, la ley estatal debe regular enteramente las bases y estas tienen una naturaleza que define su alcance y límites que es lo que precisamente controla el Tribunal Constitucional. A partir de las mismas el legislador autonómico las desarrolla para dar forma legal a las peculiaridades de su ámbito territorial autonómico. Las bases protegen el interés general de la nación, y los desarrollos, el de los ámbitos autonómicos. La unión de ambas legislaciones forma un todo unitario sobre una materia cuya expresión es plural autonómicamente. Por lo tanto, estamos ante dos espacios legislativos regidos por el principio de distribución de competencias que en cada uno de ellos las leyes respectivas cumplen un concreto mandato constitucional que no pueden desbordar ni el poder político puede moldear a sus concretos intereses.

El tercero de ellos se corresponde con lo expresado en el fundamento cuarto a) y b) y en el voto particular referido a la posibilidad de desactivar u orillar, como con gran precisión se manifiesta en el voto particular, lo dispuesto en el texto refundido del Estatuto básico del empleado público. En síntesis, y tras defender la posibilidad de configurar una restricción tan intensa al poder legislativo creando lo que sería una “reserva de administración” como efecto de esa restricción, el Tribunal razona que todo tipo de fruto de la negociación colectiva, es decir, los acuerdos de funcionarios, entre otros, están sometidos jerárquicamente a la ley. A todo tipo de ley. Por lo tanto,

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

expresa tajantemente: “No cabe aquí hablar de una «reserva de administración». Para ello, viene a fundamentar que la legislación emanada del mandato del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE, es decir, los artículos del estatuto básico, quedaría desactivada ante el desplazamiento a distintos fundamentos constitucionales y autonómicos, en este caso el artículo 149.1.13.<sup>a</sup> y el artículo 156.1 CE, junto con el artículo 51 del Estatuto de autonomía de la Comunidad de Madrid, que de esta manera permitirían al legislador autonómico no caer en inconstitucionalidad mediata al no perseguir su actuación legislativa sustituir en el mandato constitucional al legislador estatal básico”.

Y en este punto cabe decir que el voto particular apunta en la correcta dirección, al señalar que no puede desconocerse una parte de la Constitución para fundamentar actuaciones legislativas en otra. Esto sería constitucionalismo a la carta. Como el objeto de mi legislación no es regular las bases por mandato del artículo 149.1.18.<sup>a</sup>, puedo desconocerlas siempre con un fin instrumental al servicio de políticas de carácter superior. En este caso presupuestarias<sup>37</sup>.

Y, en esta situación límite en la que el poder legislativo en su faceta presupuestaria quedaba limitado por lo acordado en el seno de una negociación colectiva, se pone de manifiesto con total claridad que en un Estado descentralizado como el nuestro los centros políticos autonómicos no pueden quedar sometidos a lo acordado en negociaciones colectivas. La soberanía nacional que se expresa en las Cortes Generales y en los parlamentos autonómicos no puede quedar subordinada, bajo ninguna circunstancia, a acuerdos que no dejan de responder a intereses particulares por mucha representación institucional que quiera darse a la configuración de las mesas de negociación.

El nudo gordiano de la cuestión está perfectamente expresado en el fundamento cuarto: “Además, no puede pasarse por alto que los acuerdos, pactos o convenios están subordinados a las normas con rango de ley”. A toda norma con rango de ley, con independencia de que haya sido promulgada por las Cortes o por cualquier parlamento autonómico. De ahí que prosiga: “por lo que estas pueden acordar su suspensión o modificación, sin que resulte de aplicación lo dispuesto en los artículos 32.2 y 38.10 TREBEP”.

La subordinación a la ley, a cualquier ley, queda meridianamente clara; lo que ya es más discutible es la desactivación de una parte de una ley básica en favor de otra en determinados casos. Lo que cabe plantearse es si no estaremos ante un exceso de la ley básica que ha legislado tan detalladamente que ha provocado un conflicto tan evidente como el que estamos tratando. La propia lógica constitucional lleva a rechazar tanto en los fundamentos como en el voto particular la pretensión de los demandantes de someter el poder legislativo autonómico a lo acordado en una negociación colectiva y, sin embargo, la solución del Tribunal pasa por un cambio en la fundamentación que desactiva una parte de la misma en el caso concreto.

---

<sup>37</sup> Como claramente expresa el magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré remarcando la unidad sistemática de la Constitución: “La autonomía de las comunidades autónomas para determinar su propia política de ordenación de gasto no las habilita, en modo alguno, para desconocer o invadir las competencias del Estado en otros ámbitos materiales distintos al artículo 149.1.13.<sup>o</sup>”.

## 2.5 El alcance de los acuerdos de funcionarios y su relación con las normas reglamentarias

En definitiva, la posición en el ordenamiento jurídico de los acuerdos de funcionarios encuentra una barrera infranqueable en la ley a la que quedan sometidos en cualesquiera de los casos, como ya ha quedado demostrado. Sin embargo, la posición de este y de los reglamentos vuelve a generar muchas dudas (o quizás ninguna) por la propia redacción del artículo 38 del texto refundido del Estatuto básico del empleado público.

De nuevo, estamos en el contexto de una ley formalmente básica y en el capítulo IV intitulado *Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión*. El punto tercero del artículo 38 en su primer párrafo establece en su redacción la posibilidad de alterar el sistema de fuentes infralegales al contemplar que los acuerdos de funcionarios, que únicamente versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las administraciones públicas, tendrán que ser aprobados expresa y formalmente por tales órganos de gobierno para su validez y eficacia. Una vez ratificados y que afecten a temas que pueden ser definitivamente decididos por los órganos de gobierno, el contenido de los mismos será válido, eficaz y directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación. Esto con independencia de las normas reglamentarias que estén en vigor, que, a efectos formales, habrá que modificar o derogar.

El texto nos sitúa en ámbito de indeterminación considerable. En primer lugar, establece que los acuerdos solo versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno y, dentro de las mismas, aquellas que afecten a temas que puedan ser decididos de forma definitiva por dichos órganos serán válidos y eficaces y en relación al personal incluido en su ámbito de aplicación, además directamente aplicables. Todo ello producirá un cambio en la vinculación positiva al ordenamiento jurídico, en este concreto ámbito definido en cuanto al alcance de estos acuerdos, que producirá una alteración en el sistema de fuentes real y práctica, con independencia de que formalmente haya que modificar o derogar los reglamentos correspondientes.

El tenor literal es lo suficientemente indeterminado como para avizorar que no será sencillo saber con total certeza en qué casos se aplicará el convenio, en qué otros habrá que acudir al reglamento y cuándo habrá que modificar o derogarlos, ya que la expresión “temas que pueden ser decididos de forma definitiva por los órganos de gobierno” es de una indeterminación tan evidente que su interpretación, al introducir la mera posibilidad de que puedan ser decididos, es en sí misma muy difícilmente casable con la necesaria seguridad jurídica que debe presidir el entero ordenamiento jurídico.

## Bibliografía

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*, Iustel, Madrid, 2005.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_julio-diciembre 2022 | pp. 389-401  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.4971>  
© Ángela María Viqueira Allo  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 05/10/2022 | Aceptado: 29/11/2022  
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Reclamación das retribucións complementarias dun posto de categoría superior

### Reclamación de las retribuciones complementarias de un puesto de categoría superior

64 Regap

Claiming supplementary remuneration for a higher-ranking post

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

ÁNGELA MARÍA VIQUEIRA ALLO

Funcionaria de la Administración local con habilitación de carácter nacional

Subescala de secretaría-intervención

[angelaallo@hotmail.com](mailto:angelaallo@hotmail.com)

**Resumo:** Análise sobre o dereito a percibir os emolumentos derivados do complemento de destino e específicos propios do posto de superior categoría que efectivamente desempeñan. Problemática sobre reclamacións económicas por parte de traballadores que veñen realizando funcións de superior categoría con carácter estable, continuado e por orde expresa da propia Administración cando realmente desempeña un posto de menor categoría á que non lle corresponden as funcións que efectivamente está a realizar de conformidade co previsto na relación de postos de traballo. Requisitos e procedencia ou improcedencia da solicitude.

**Palabras clave:** Diferenzas retributivas, complemento específico, complemento de destino, reclamación económica, funcións de superior categoría.

**Resumen:** Análisis sobre el derecho a percibir los emolumentos derivados del complemento de destino y específicos propios del puesto de superior categoría que efectivamente desempeñan. Problemática sobre reclamaciones económicas por parte de trabajadores que vienen realizando funciones de superior

categoría con carácter estable, continuado y por orden expresa de la propia Administración cuando realmente desempeña un puesto de menor categoría a la que no le corresponden las funciones que efectivamente está realizando de conformidad con lo previsto en la relación de puestos de trabajo. Requisitos y procedencia o improcedencia de la solicitud.

**Palabras clave:** Diferencias retributivas, complemento específico, complemento de destino, reclamación económica, funciones de superior categoría.

**Abstract:** Analysis of the right to receive emoluments stemming from additional allowances and specific payments for the higher category position that they actually hold. Problems concerning financial claims by workers who have been performing higher category functions on a stable, continuous basis and by express order of the Administration itself when they actually hold a position of a lower category to which the functions they are in fact performing do not correspond in accordance with the provisions of the list of positions. Requirements and the appropriateness or inappropriateness of the application.

**Key words:** Differences in remuneration, specific allowance, destination allowance, financial claim, higher category duties.

El artículo 128 del 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 (TRRL), indica que: “1. *Las corporaciones locales aprobarán y publicarán anualmente, dentro del plazo de un mes desde la aprobación de su presupuesto, la oferta de empleo público para el año correspondiente, ajustándose a la legislación básica del Estado sobre función pública y a los criterios que reglamentariamente se establezcan en desarrollo de la normativa básica estatal para su debida coordinación con las ofertas de empleo del resto de las administraciones públicas (...)*”.

No obstante, durante los últimos años los presupuestos generales del Estado, prorrogados en algunos casos, como el último de 2018, establecen limitaciones a las ofertas de empleo público a través de la conocida y controvertida tasa de reposición, teniendo en la actualidad en cuestión la excepcional oferta de empleo público para la estabilización de empleo temporal.

Esta decisión conllevó que la Administración viera incrementada su carga de trabajo como consecuencia de la implantación de nuevos sistemas de gestión y plataformas tendentes a avanzar en el campo de la Administración electrónica, sin que se incrementara de manera proporcional el personal necesario para afrontar estos cambios.

Esta situación condujo a que en incontables ocasiones el personal al servicio de las administraciones tuviera que realizar funciones de superior categoría como consecuencia de la escasez de efectivos, sin que se le retribuyera por las tareas realizadas.

Así, nos encontramos ante una situación de desprotección de los trabajadores de la Administración que, de buena fe, y en aras del buen funcionamiento de la misma, realizan tareas que no solo no les corresponden, sino que en las relaciones de puestos de trabajo están previstas para categorías superiores a las que desempeñan.

Esta implantación de nuevos sistemas de gestión y plataformas tendentes a avanzar en el campo de la Administración electrónica ha puesto de manifiesto el absoluto retraso existente en la Administración municipal, el desconocimiento por parte del personal y, por lo tanto, la puesta a punto en tiempo récord para adaptarse a una realidad que le quedaba lejos. Unas entidades se han adaptado aunando esfuerzos



por parte de todo el personal, si bien otras se niegan a evolucionar, lo cual genera una terrible frustración en ese personal responsable que sí quiere cumplir con la nueva normativa y no dispone de los medios humanos y materiales necesarios y, al mismo tiempo, de la posibilidad de remunerar a quien los desempeñe a través de la confección de una objetiva relación de puestos de trabajo.

Por este motivo, los juzgados de lo contencioso-administrativo se han visto sobrecargados de demandas en las que se solicita que se reconozca el derecho a percibir los emolumentos derivados del complemento de destino y específicos propios del puesto de superior categoría que efectivamente desempeñan.

Estas demandas basan su petición en que el demandante viene realizando funciones de superior categoría con carácter estable, continuado y por orden expresa de la propia Administración, cuando realmente ocupa un puesto de menor categoría, a la que no le corresponden las funciones que efectivamente está realizando de conformidad con lo previsto en la relación de puestos de trabajo.

En un primer momento, la jurisprudencia había fijado con claridad y de manera reiterada cuales son los requisitos que se debían cumplir para que se reconozca el derecho al percibo de las retribuciones complementarias de un puesto de categoría superior: el desempeño efectivo de todas y cada una de las funciones de categoría superior, la adscripción formal al puesto de trabajo y la existencia de dotación presupuestaria.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 enero de 2003 (EDJ 2003/1122), precisó que:

*“En el caso examinado, la adscripción al puesto solicitado por el recurrente tuvo un carácter provisional y la percepción de retribuciones complementarias no estaba asignada a dicho puesto de trabajo, que sólo pueden percibirse cuando tal puesto se haya dotado presupuestariamente con dichos complementos y en tanto se produce una adscripción al mismo funcionario que reclama los haberes.*

*Tales circunstancias no concurren en la cuestión examinada, no ya solo en lo que concierne al período temporal en el que la Sala de instancia le reconoce las diferencias retributivas, fijándose un criterio erróneo y gravemente dañoso para el interés general, sino además teniendo en cuenta que la eventual reiteración del criterio jurisdiccional impugnado causaría grave quebranto para el interés público y al erario de la Administración Pública Autonómica, lo que justifica la estimación del recurso extraordinario y la fijación de doctrina legal en los términos solicitados por la parte recurrente en el sentido de que «no puede percibirse diferencias retributivas aunque se haya desempeñado de hecho el puesto de trabajo y se haya solicitado por parte del funcionario su adscripción o nombramiento provisional hasta tanto el puesto no esté dotado presupuestariamente» y todo ello con respeto a la situación jurídica particular reconocida por el fallo recurrido”.*

Los anteriores requisitos fueron analizados de manera extensa por la jurisprudencia. En primer lugar, en cuanto a la efectiva realización de los trabajos, la jurisprudencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 27 de junio de 2007 y

21 de junio de 2011, permitió que un funcionario que realizara funciones de categoría superior percibiera las retribuciones complementarias objetivamente vinculadas al puesto de trabajo, siempre y cuando las funciones de categoría superior se realizaran de forma completa, estable y exclusiva, no de modo ocasional, discontinuo o compartido. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de 1 de junio de 2016 (EDJ 2016/107916), exigiendo la asunción íntegra de la responsabilidad, de tal manera que no se puede entender realizado por el hecho de ejercer alguna función que pueda ser coincidente:

*“En relación con esta cuestión hemos de comenzar por recordar lo que resolvimos en la St. 576/2015 de 21 de octubre de 2015 (Recurso 362/2015) en la que señalamos que la equiparación retributiva pretendida solo puede comprender la diferencia entre los complementos objetivos existentes entre el puesto de trabajo que se desenvuelve y aquel por el que se perciben las retribuciones, de ser aquel superior, señalábamos lo siguiente:*

*... la jurisprudencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 27 de junio de 2007 y 21 de junio de 2011, ha permitido que un funcionario que desempeña funciones de categoría superior perciba las retribuciones complementarias objetivamente vinculadas al puesto de trabajo, pero para ello resulta inexcusable, en primer lugar, un nombramiento o investidura formal, y en segundo lugar que las funciones de categoría superior se realicen de forma completa, estable y exclusiva, no de modo ocasional, discontinuo o compartido...”*

Llegados a este punto, debemos recordar que la carga probatoria pesa sobre el actor en cuanto al deber de acreditar tanto que desarrolla, con carácter principal y por encomienda de un superior, tareas que exceden su puesto de trabajo como que desarrolla todas y cada una de las tareas relativas al puesto del que pretende beneficiarse, motivo que, en caso de no acreditar este extremo, conllevaría la desestimación de la demanda, como ocurren en el supuesto enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de abril de 2018 (EDJ 2018/94268):

*“Por último, respecto a la identidad sustancial de funciones.*

*La jurisprudencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 27 de junio de 2007 y 21 de junio de 2011, ha permitido ... «que un funcionario que desempeña funciones de categoría superior perciba las retribuciones complementarias objetivamente vinculadas al puesto de trabajo, pero para ello resulta inexcusable, en primer lugar, un nombramiento o investidura formal, y en segundo lugar que las funciones de categoría superior se realicen de forma completa, estable y exclusiva, no de modo ocasional, discontinuo o compartido ... En definitiva, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo se acepta el argumento de que la previsión de que habrán de abonarse las retribuciones correspondientes al puesto de categoría superior mientras lo desempeñe el funcionario no vulnera en sí lo establecido en el*

*artículo 93 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, pues no contradice la normativa general de la función pública teniendo en cuenta que por retribuciones del puesto de categoría superior han de entenderse necesariamente retribuciones objetivas y sólo estas, que son las que únicamente están vinculadas al puesto y no al funcionario que lo sirve, impidiéndose de ese modo el eventual enriquecimiento injusto de la Administración, que se habría beneficiado de la actividad desempeñada por el funcionario en un determinado puesto de trabajo sin abonarle como contraprestación las retribuciones complementarias asignadas al mismo...».*

No es nuestro caso.

*Además, la alegación de un trato desigual que produce discriminación siempre implica la comparación con un tercero que, estando en una situación equivalente a la de quien lo alega, recibe un trato diferente. De ahí la importancia de invocar un término de comparación capaz de acreditar la identidad sustancial de funciones y que constituya el elemento de prueba que permita deducir la razonabilidad o no de la diferencia de trato.*

*Ello nos conduce inexorablemente a la cuestión de la carga de la prueba y la actora ha de aportar un término de comparación válido que ponga de manifiesto la existencia de esa situación equivalente a la suya propia que es objeto de un trato retributivo diferente. Se dijo en sentencias de esta sala de fecha 21 de diciembre de 2006 y 21 de septiembre de 2007, y se ha reiterado, la vulneración del principio consagrado en el artículo 14 CE exige, para su apreciación, que quien invoque dicha infracción aporte un término de comparación válido, demostrativo de la identidad sustancial de situaciones jurídicas que han recibido un trato diferente, sin causa objetiva y razonable, y, a su vez, dicho principio actúa como límite al propio legislador, que no puede establecer desigualdades cuando la diferencia de trato carezca de una justificación de tales características, dentro siempre de la idea de que, entre situaciones idénticas, deben establecerse soluciones que también lo sean.*

*No es suficiente con describir las funciones propias que se vienen desempeñando y aportar a los autos una serie de informes que se han emitido en el curso de los 14 años que la actora desempeña ese puesto de trabajo de Técnico de la Unidad de Aguas, ya que, para obtener una resolución favorable, hubiera sido preciso que otro funcionario de mayor nivel realizara sustancialmente las mismas, acreditándolo igualmente, no dándose la equiparación si sólo hay cierta similitud o se comparten algunas de ellas de forma general o esporádicamente.*

*No se niega el posible exceso de responsabilidad y competencia ejercidas por la actora, que la propia sentencia de instancia reconoce, y en cierto modo la administración, sin que la apelante vaya más allá en su constatación, pero, en cualquier caso, no vale a los efectos pretendidos el desarrollo ocasional, discontinuo o compartido de algunas tareas que sobrepasen los límites de las competencias*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*asignadas a su puesto de trabajo, pues, para dar viabilidad a la pretensión actora, sería exigible, además, que esas funciones se desempeñasen de modo estable, completo y exclusivo y de una manera sustancial, y es eso lo que no consta acreditado; la documental acompañada con el escrito de demanda no demuestra de forma inequívoca y bastante la «identidad sustancial» funcional existente entre las funciones asignadas al puesto ocupado por la actora y desempeñadas en exceso y aquellas que figuran atribuidas a una jefatura de servicio; no figura en autos documento alguno que detalle que los cometidos desempeñados en la práctica por la Sra. Esther (más allá de los asignados por el Decreto 529/2003) son idénticos de una manera sustancial, como exige la más reciente jurisprudencia (véase Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2018 dictada en el recurso 874/2017) a los atribuidos a una Jefatura de Servicio, por lo que no existiría base ninguna para deducir que los complementos que tiene asignados el puesto que ocupa la recurrente que puntualmente viene percibiendo difieran en aquel grado, intensidad o contenido que reclama”.*

En segundo lugar, aun en el caso de que hubieran desarrollado todas y cada una de las funciones de categoría superior y se probara este extremo, tampoco sería suficiente para reconocer las cantidades reclamadas, siendo necesaria una adscripción formal al puesto de trabajo establecido en la relación de puestos de trabajo tal y como se adelantó anteriormente. La jurisprudencia entendía que, de reconocer el derecho a las cantidades reclamadas en concepto de diferencias retributivas, se estaría provisionando un puesto de trabajo por un procedimiento anómalo y no previsto en la ley, sin haber superado un proceso selectivo conforme los principios de mérito y capacidad.

Así, conforme a consolidada jurisprudencia, se debe interpretar y aplicar muy restrictivamente la posibilidad de reconocimiento a un funcionario del derecho a percibir las retribuciones de un puesto de la relación de puestos de trabajo de categoría superior a la de aquel para el que ha sido formalmente nombrado.

Esta era la línea seguida, entre otros por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su Sentencia de 18 de mayo de 2017 (EDJ 2017/110845):

*“A mayor abundamiento, tampoco consta que la actora haya realizado labores propias de la adjuntía referida, y ello porque es imposible desempeñar funciones propias de un puesto inexistente tanto en la plantilla como en la relación de puestos de trabajo; inexistencia que produce idénticos efectos desestimatorios en relación a la reclamación de abono de diferencias salariales complementarias como las que persigue la demandante. En todo caso, no ha habido una adscripción formal de la recurrente, provisional o definitiva, que llevase implícito el pleno desempeño de las funciones encomendadas al adjunto de servicio. Ni ha habido una formal investidura en el cargo ni se ha acreditado que la actora haya desarrollado en su plenitud y de modo constante las tareas correspondientes al puesto de trabajo de adjunto de servicio.*

*Que la actora haya desarrollado funciones que van más allá de las que corresponden a su puesto de trabajo no autoriza para que le sea asignado un puesto de categoría superior fuera de los cauces procedimentalmente establecidos. Que haya desarrollado más tareas de las asignadas a su específica categoría no implica que le pueda ser adjudicado, sin más, un puesto reservado, en cuanto a su cobertura, por la vía de concurso en proceso de concurrencia competitiva. Ni siquiera el haber realizado labores correspondientes a una categoría superior avala esa posibilidad ni le faculta para exigir unas remuneraciones más elevadas y no acordes con su específica categoría.*

*Así lo ha determinado ya esta propia sala y sección al señalar, en Sentencia de fecha 16 de octubre de 2013, que no basta con ejercer de hecho las funciones propias de un puesto de trabajo para el percibo de las retribuciones complementarias previstas en el catálogo o en la relación de puestos de trabajo, ya que es preciso que exista una resolución formal de adscripción al mismo tras superar, por vía de concurso, el proceso de selección al efecto convocado. Así lo ha venido estableciendo este tribunal en sentencias de 25 de junio y 16 de octubre de 2013, intentando evitar procedimientos anómalos e irregulares de provisión de puestos de trabajo, conculcadores de la norma básica contemplada, a tal fin, en el artículo 78 del Estatuto básico del empleado público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril (EDL 2007/17612).*

*Es decir, se exige no solo que el puesto en cuestión se halle dotado presupuestariamente, sino también la formal adscripción del interesado para su desempeño como colofón a un proceso selectivo acorde a los principios de acceso a la función pública. Y ello requiere la existencia de un acto de investidura formal que aquí no se aprecia, por lo que tampoco cabe exigir el abono de diferencias retributivas ni de atrasos económicos como indebidamente postula la parte demandante, a la que se le adjudicó la plaza de ingeniera técnica topógrafa sin que tal adjudicación conllevara la adjuntía de servicio, en principio, a ella vinculada”.*

Por último, en cuanto a la necesidad de dotación presupuestaria del puesto de trabajo, la jurisprudencia entendía que las retribuciones complementarias solo podrían abonarse cuando del que se pretende beneficiar se haya dotado presupuestariamente con dichos complementos, tal y como precisó el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencia de 14 de julio de 2004 (EDJ 2004/268190), haciéndose eco de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 28 de enero de 2003, que estima el recurso de casación en interés de ley:

*“Es cierto que el motivo que la Administración opone para denegar al recurrente las retribuciones complementarias correspondientes a un puesto que desempeñó provisionalmente parece en principio excesivamente formalista, pero la forma o el procedimiento es consustancial al derecho administrativo para el debido control de la actividad administrativa en sus variados aspectos. De ahí que en uno tan importante como es el económico, donde los fondos son públicos, es lógica la existencia de*

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*determinadas exigencias y específicas cautelas en orden al abono de retribuciones a los funcionarios públicos que estrictamente deben sujetarse a las previsiones presupuestarias. Y por ello, para percibir los complementos de destino y específico correspondientes a puesto distinto al propio del funcionario que reclama, es preciso que la designación para el desempeño de ese puesto sea ordenada o aprobada por la autoridad correspondiente en cada caso, pues de otro modo es obvio el descontrol presupuestario que se produciría en un sistema donde son tan variados los puestos de trabajo y consiguientes complementos, como frecuentes situaciones de vacancia provisional. Es por ello que tanto para la adscripción provisional como para la atribución temporal de funciones, previstas en los artículos 63 y 66 del Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración general del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración general del Estado aprobado por Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, se exige el oportuno procedimiento, en el que han de respetarse los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, que ha de concluir mediante resolución motivada de la autoridad competente.*

*En consecuencia, estando ausente en el caso de autos la adscripción formal o nombramiento del actor para los puestos desempeñados de hecho, además de no haberse sometido el recurrente a los sistemas ordinarios de provisión y no constando dotación presupuestaria para su abono al actor, no puede acogerse la pretensión formulada”.*

No obstante, con el paso del tiempo esta jurisprudencia anteriormente analizada dejó de ser clara, apareciendo pronunciamientos que reconocen el derecho a percibir las cantidades reclamadas a los demandantes, bajo el pretexto de que en caso contrario se estaría produciendo un enriquecimiento injusto por parte de la Administración, llegando a suprimir los requisitos relativos a la adscripción formal al puesto de trabajo y la existencia de dotación presupuestaria.

Con estos primeros pronunciamientos se buscó proteger la figura del funcionario que de buena voluntad desarrollaba funciones que correspondían a una categoría superior como consecuencia de la escasez de efectivos y en aras del buen funcionamiento de la Administración, penalizando a las administraciones que se veían favorecidas no solo por el ahorro en personal cargando el trabajo en los funcionarios disponibles, sino que a mayores negaban el pago de los servicios de superior categoría efectivamente prestados por los funcionarios, dando lugar a un claro enriquecimiento injusto por parte de las administraciones. También en este caso debería ponerse en valor a ese funcionario de categoría superior que realice funciones de categoría inferior además de las propias y sin remuneración alguna, no recibiendo remuneración alguna ya se encuentre en la situación de inexistencia de personal o en la situación todavía más flagrante de existencia de personal, pero ausencia absoluta por parte de este de querer aprender e involucrarse en la nueva en la que le toca trabajar.

En este sentido podemos destacar entre otras la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de junio de 2017 (EDJ 2017/135549):

*“En cuanto a la exigencia de nombramiento o investidura formal.*

*Esta segunda cuestión también la tratamos en otras ocasiones, aunque también en la sentencia anteriormente transcrita, en la que advertimos que lo relevante es la efectiva prestación de las funciones al margen del nombramiento porque de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto. Pero más concretamente en la St. de 18 de mayo de 2016, recaída en el recurso de apelación 329/2015, en el que los operarios de cementerios del Ayuntamiento de Ourense reclamaban la percepción de los mismos complementos que los oficiales, en la que por remisión a anteriores pronunciamientos indicamos:*

*Pues bien, en el plano teórico, general y abstracto asiste razón al Ayuntamiento de Ourense cuando insiste en que dos categorías diferentes, con puestos de trabajo distintos, tienen legítimamente atribuidos complementos dispares y que el trabajo en equipo de alguien dependiente (Operario de Cementerios) con el superior (Oficial de Cementerios) no comporta el automático derecho a la equiparación retributiva.*

*Sin embargo, en el plano práctico y en las concretas circunstancias, el Derecho debe remediar las situaciones abusivas o discriminatorias si concurre un escenario en que alguien prueba que realiza funciones de otra categoría o puesto y las acomete bien por investidura expresa de la Administración o bien por complacencia y tolerancia tácita e inequívoca, en condiciones de frecuencia, intensidad y modos que se impone evitar el enriquecimiento injusto de aquella o el desequilibrio en el binomio prestación/contraprestación que inspira toda relación de servicios, laboral o funcional”.*

De este modo, convivían en el mismo espacio temporal sentencias contradictorias dictadas por el mismo Tribunal, en las que en unas se exigía la adscripción formal y la dotación presupuestaria (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de abril de 2018, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de noviembre de 2017) y en otras se eliminaban estos requisitos (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de junio de 2017, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 1 de junio de 2016, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de noviembre de 2015).

Ante esta situación, se generó un clima de inseguridad jurídica, con disparidad de sentencias y criterios, incluso dentro de un tribunal superior de justicia tal y como se expuso, hasta que la Sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2018, recurso de casación 874/2017 (EDJ 2018/1899), decidiendo asimismo sobre la reclamación de las retribuciones complementarias de un puesto de categoría superior, ha venido a consolidar esta última corriente jurisprudencial, permitiendo que se reclamen y obtengan las retribuciones complementarias de un puesto de categoría superior cuyas funciones esenciales se ejerzan con carácter continuado, sin exigencia alguna de adscripción formal o nombramiento previo para ese puesto superior, ni exigencia de dotación presupuestaria del puesto:

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*“Nadie ha discutido en todo el litigio que, efectivamente, existe una jurisprudencia consolidada según la cual al funcionario que acredita la realización de las funciones de un puesto de trabajo distinto del suyo y con retribuciones complementarias superiores se le deben satisfacer los complementos de destino y específico del que efectivamente ha desempeñado. Esa jurisprudencia no ha considerado que el significado del nombramiento en el que se detiene el escrito de oposición impidiera dar igual trato retributivo a quien realice iguales cometidos. El mismo hecho de que se haya formado y mantenido pone de manifiesto una realidad de la Administración pública: la existencia de supuestos en que funcionarios realizan cometidos de puestos que no son los suyos o qué puestos de trabajo con el mismo contenido funcional tienen asignados complementos diferentes. Se trata, desde luego, cuando menos de una disfunción, pero es un fenómeno que se ha dado en la medida suficiente para que el Tribunal Supremo haya llegado a establecer esa doctrina.*

*Asimismo, debe destacarse que es una práctica imputable a la propia Administración, que es la que debe asegurar la correcta provisión de los puestos de trabajo necesarios para el cumplimiento de sus funciones y crear las condiciones en las que no exista la posibilidad o la necesidad de que funcionarios destinados en un determinado puesto realicen las tareas de otro.*

*Es significativo que diga «entre otros, a los siguientes factores» cuando el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, no lo hacía y que bajo sus prescripciones se desarrollase la jurisprudencia que se ha seguido manteniendo y que, para la Sala de Madrid, ya no permitirían los preceptos de las leyes presupuestarias. Así pues, el verdadero obstáculo lo ofrecerían únicamente estos últimos que repiten año tras año en el periodo relevante que las tareas concretas que realicen los funcionarios no pueden amparar su retribución diferente a la que corresponde al puesto para el que se les haya nombrado.*

*Contrastada esa prescripción con el principio de igualdad, concretado ahora en la afirmación de que a igual trabajo debe corresponder igual retribución, no parece representar el impedimento advertido por la Sala de Madrid. La realización de tareas concretas se supone que, de otro puesto mejor retribuido, no es el presupuesto a partir del que se ha formado la jurisprudencia de la que se viene hablando. El dato que ha considerado es, en realidad, el ejercicio material de otro puesto en su totalidad o en sus contenidos esenciales o sustantivos –es la identidad sustancial la relevante– pero a eso no se refiere la norma presupuestaria porque tal desempeño es algo diferente a llevar a cabo tareas concretas. Así, pues, mientras que ningún reproche parece suscitar que un ejercicio puntual de funciones de otro puesto no comporte el derecho a percibir las retribuciones complementarias de este último, tal como dicen esos artículos, solución diferente ha de darse cuando del ejercicio continuado de las funciones esenciales de ese ulterior puesto se trata. Mientras que el primero no suscita dudas de que cae bajo las previsiones de los*



*preceptos presupuestarios, el segundo caso, contemplado desde el prisma de la igualdad, conduce al reconocimiento del derecho del funcionario en cuestión a las retribuciones complementarias del puesto que ejerce verdaderamente con el consentimiento de la Administración”.*

Con motivo de esa consolidación jurisprudencial llegaron las primeras sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo y de los tribunales superiores de justicia en las que se acoge esa nueva interpretación en la cual se prescinde del requisito de la adscripción formal y de la existencia de dotación presupuestaria. A meros efectos ilustrativos, se puede citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de mayo de 2018 (EDJ 2018/513936).

*“Innecesaridad del requisito del nombramiento o investidura formal.-*

*El segundo requisito que considera el apelante que no concurre en el caso presente es el de la adscripción formal al puesto de trabajo, porque, de reconocerse el derecho a las cantidades reclamadas, se estaría provisionando un puesto de trabajo por un procedimiento anómalo y no previsto en la ley, sin haber superado un proceso selectivo conforme a los principios de mérito y capacidad.*

*Tampoco puede acogerse este segundo motivo de apelación, pues ha de entenderse superado el criterio anteriormente mantenido que exigía dicha adscripción formal desde que la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2018 no lo exige, ya que, como hemos visto, de cara a la percepción de las retribuciones complementarias de un puesto de categoría superior, para ella basta con el ejercicio material de ese otro puesto en su totalidad o en sus contenidos esenciales o sustantivos, de modo que es la identidad sustancial lo relevante.*

*Ya lo había anticipado asimismo esta sala y sección en la Sentencia de 14 de junio de 2017 (recurso de apelación 409/2016), con cita de la anterior de 18 de mayo de 2016, recaída en el recurso de apelación 329/2015, cuando argumentamos:*

*«en el plano práctico y en las concretas circunstancias, el derecho debe remediar las situaciones abusivas o discriminatorias si concurre un escenario en que alguien prueba que realiza funciones de otra categoría o puesto y las acomete bien por investidura expresa de la Administración o bien por complacencia y tolerancia tácita e inequívoca, en condiciones de frecuencia, intensidad y modos que se impone evitar el enriquecimiento injusto de aquella o el desequilibrio en el binomio prestación-contraprestación que inspira toda relación de servicios, laboral o funcional».*

*En consecuencia, sería suficiente con que la situación de la realización de funciones de categoría superior de modo pleno, continuo y estable, se realizase por complacencia o tolerancia tácita de la Administración, pues de ese modo puede prevenirse*

*el enriquecimiento injusto, ya que resultaría paradójico que quien incumple el deber de velar por que la distribución del trabajo en las diversas dependencias se lleve a cabo con arreglo a los distintos niveles recogidos en la relación de puestos de trabajo se pudiera beneficiar de aquel desempeño de tareas de un puesto de categoría superior por parte de un empleado público.*

*Irrelevancia de la ausencia de dotación presupuestaria.-*

*El tercer requisito que, en opinión del apelante, no concurre para que sea factible la percepción de las retribuciones complementarias por quien desempeña un puesto de categoría superior es la dotación presupuestaria.*

*Del mismo modo que se argumentó en el anterior fundamento jurídico, en la reciente Sentencia TS de 18 de enero de 2018, una vez acreditada la realización plena, exclusiva y permanente de las funciones de un puesto de categoría superior, no se condiciona la percepción de las retribuciones complementarias a la existencia de dotación presupuestaria, por lo que ha de entenderse superada la anterior exigencia en una parte de la jurisprudencia precedente.*

*Es más, en el caso planteado en dicha sentencia se opuso a la posibilidad de percepción de las retribuciones complementarias el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que se fundaba, para negar aquella posibilidad, en el tenor de los artículos 26 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2013, 24 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2014; y de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2015; y el artículo 23 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de presupuestos generales del Estado para el año 2016, todos con la misma redacción y dedicados a las retribuciones de los funcionarios del Estado incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, los cuales establecen que «las retribuciones que en concepto de complemento de destino y complemento específico perciban los funcionarios públicos serán, en todo caso, las correspondientes al puesto de trabajo que ocupen en virtud de los procedimientos de provisión previstos en la normativa vigente, sin que las tareas concretas que se realicen puedan amparar que se incumpla lo anterior, con excepción de los supuestos en que dicha normativa les reconoce otras cuantías, y en todo caso la garantía del nivel del puesto de trabajo regulada en el artículo 21.2 de la Ley 30/1984 y el derecho a percibir las cantidades que correspondan en aplicación del artículo 33.Dos de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1991».*

*Indudablemente la inclusión de dicho precepto de índole presupuestaria estaba destinada a evitar el incremento del gasto público, pero en dicha Sentencia TS de 18/1/2018 se superó ese óbice entendiendo que aquellos preceptos de las leyes presupuestarias se referían a la realización de tareas concretas de un puesto*

*de categoría superior, no cuando se desempeñan de forma completa, estable y exclusiva”.*

Sentado lo anterior, parecen despejadas las dudas sobre el derecho a percibir los emolumentos derivados del complemento de destino y específicos propios del puesto de superior categoría que efectivamente desempeñan siempre y cuando esas funciones de categoría superior se realizaran de modo pleno, continuo y estable, aunque sea por complacencia o tolerancia tácita de la Administración. Es decir, suprime definitivamente el requisito de la adscripción formal, a la vez que suprime el requisito consistente en la necesidad de que el puesto estuviera dotado presupuestariamente, eliminando de este modo las desigualdades retributivas presentes en la Administración a la hora de realizar trabajos iguales.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_ julio-diciembre 2022 | pp. 403-418  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.5001>  
© Patricia Iglesias Rey  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 15/11/2022 | Aceptado: 29/11/2022  
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

O desafío do sector público  
ante a aplicación da Directiva  
de protección do informante.  
As canles de denuncia

## El desafío del sector público ante la aplicación de la Directiva de protección del informante. Los canales de denuncia

64 Regap

The challenge of the public  
sector before the application of  
the whistleblower protection  
Directive. Complaint channels

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

PATRICIA IGLESIAS REY  
Letrada de la Xunta de Galicia  
Letrada Mayor del Consello de Contas de Galicia  
[piglesias@ccontasgalicia.es](mailto:piglesias@ccontasgalicia.es)

**Resumo:** O pasado 23 de setembro de 2022 foi publicada no *Boletín Oficial de las Cortes Generales* a configuración definitiva do Proxecto de Lei reguladora da protección das persoas que informen sobre infraccións normativas e de loita contra a corrupción. Esta iniciativa normativa realízase a instancia da UE e, máis en concreto, baixo a necesidade de dar cumprimento á transposición da Directiva 1937/2019 do Parlamento Europeo e do Consello, do 23 de outubro de 2019, relativa á protección das persoas que informen sobre infraccións do dereito da Unión (a "Directiva") e que fixaba como prazo de transposición para os Estados membros ata o 17 de decembro de 2021. O texto do Proxecto de Lei de protección de denunciante supón un paso fundamental cara á integridade na xestión pública, e vai supor un auténtico "revulsivo" para as entidades do sector público incluídas no seu ámbito subxectivo de aplicación, ao teren que regular canles internas e externas de denuncias. Estas cuestións serán analizadas de forma sucinta neste artigo, centrando a análise na afectación das canles de denuncias no sector público. Finalizarán estas reflexións cunhas conclusións positivas.

**Palabras clave:** Directiva *whistleblowing*, Proyecto de Ley de protección del informante, sector público, canales de denuncia.

**Resumen:** El pasado 23 de septiembre de 2022 fue publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* la configuración definitiva del Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Esta iniciativa normativa se realiza a instancia de la UE y, más en concreto, bajo la necesidad de dar cumplimiento a la transposición de la Directiva 1937/2019 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión (la "Directiva") y que fijaba como plazo de transposición para los Estados miembros hasta el 17 de diciembre de 2021. El texto del Proyecto de Ley de protección de denunciantes supone un paso fundamental hacia la integridad en la gestión pública, y va a suponer un auténtico "revulsivo" para las entidades del sector público incluidas en su ámbito subjetivo de aplicación, al tener que regular canales internos y externos de denuncias. Estas cuestiones serán analizadas de forma sucinta en este artículo, centrando el análisis en la afectación de los canales de denuncias en el sector público. Finalizarán estas reflexiones con unas conclusiones propositivas.

**Palabras clave:** Directiva *whistleblowing*, Proyecto de Ley de protección del informante, sector público, canales de denuncia.

**Abstract:** On September 23, 2022, the definitive configuration of the Draft Law regulating the protection of people who report regulatory infractions and the fight against corruption was published in the *Official Gazette of the Cortes Generales*. This regulatory initiative is carried out at the request of the EU, and more specifically under the need to comply with the transposition of Directive 1937/2019 of the European Parliament and of the Council, of October 23, 2019, regarding the protection of people who report violations of Union Law (the "Directive"), and which set the deadline for transposition for Member States until December 17, 2021. The text of the draft Law on the protection of whistleblowers represents a fundamental step towards integrity in public management, and it will be a real "revulsive" for public sector entities included in its subjective scope of application, by having to regulate internal and external channels of complaints. These issues will be analyzed succinctly in this article, focusing the analysis on the impact of the complaint channels in the Autonomous Communities (CC. AA.). These reflections will end with some forceful propositional ideas.

**Key words:** Whistleblowing Directive, Informant Protection Law Project, public sector, complaint channels.

**SUMARIO:** 1 Introducción: situación de partida antes de la publicación de la Directiva *whistleblowing*. 2 El papel protagonista de las CC. AA. en la lucha y prevención de la corrupción. 3 Ideas fuerza sobre el impacto de los canales de denuncia en el sector público. 4 Conclusiones propositivas.

## 1 Introducción: situación de partida antes de la publicación de la Directiva *whistleblowing*

Hasta los años noventa del siglo pasado, se pensó que la clave en la lucha contra la corrupción era fundamentalmente la mejora de las leyes penales, mediante el perfeccionamiento de los tipos penales relativos a la corrupción, la mejora del proceso penal y la creación de organismos de persecución especializados como, en el caso de España, la Fiscalía Anticorrupción<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La Fiscalía Anticorrupción en España fue creada en 1995, en la época del Gobierno de Felipe González, a través de la Ley 10/95, de 24 de abril, siendo ministro de Justicia Juan Alberto Belloch y fiscal general del Estado el magistrado del Tribunal

No obstante, es cierto también que desde hace décadas los diferentes ordenamientos jurídicos advirtieron de la importancia de la figura del alertador y de la necesidad de protegerlo en la lucha contra la corrupción e irregularidades. Señaladamente, en Estados Unidos lo hizo con precisión la Ley de protección al denunciante (*Whistleblower Protection Act*) en 1988, tal y como advertía la doctrina laboralista de principios de los años noventa al señalar que “(...) considerar como muy positivo la proliferación de normas sobre este tema –denominado «whistleblowing»– que se ha dado en Estados Unidos en las últimas dos décadas, y que no sólo tiene una dimensión legal, sino también profundas implicaciones morales, filosóficas y sociales”<sup>2</sup>.

Más recientemente, los escándalos de las emisiones (*Dieselgate, Luxleaks, Cambridge Analytica*) han llevado a la Unión Europea a la necesidad de regular esta figura y de fijar unos estándares mínimos para asegurar la protección de los denunciantes que alerten sobre materias clave para los intereses de la Unión, puesto que su valentía ayuda al mejor funcionamiento democrático y a luchar contra la corrupción, pero, obviamente, para ello necesitan un “*estatuto protector para quienes ponen en conocimiento público estos hechos*”<sup>3</sup> que les proteja de represalias. El 81 % de los consultados en el *Eurobarómetro especial sobre corrupción*<sup>4</sup> contestaron que no denunciarían actos de corrupción a los que hubieran tenido acceso. El motivo: el miedo a las consecuencias de esas denuncias.

En el ámbito del derecho comparado europeo, destaca la falta de homogeneidad en la regulación de protección del *whistleblower*. Solo diez países de la UE disponen de una ley que los proteja (Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Países Bajos, Eslovaquia, Suecia y Reino Unido), lo que ha requerido la intervención legislativa a nivel comunitario para fijar un mínimo común en esta materia.

El pasado 16 de diciembre de 2019 entró en vigor la directiva que fijaba como plazo de transposición para los Estados miembros hasta el 17 de diciembre de 2021. En el caso de las entidades jurídicas del sector privado de entre 50 y 249 trabajadores, se fija el 17 de diciembre de 2023 como fecha en la que deben estar en vigor las normas nacionales que den cumplimiento a la obligación de establecer canales de denuncia interna<sup>5</sup>.

De hecho, en enero de 2022 la Comisión Europea, salvo honrosas excepciones<sup>6</sup> por citar el caso maltés, inició un procedimiento de infracción contra España (INFR (2022)0073), si bien, de acuerdo con la propia Comisión, tras la respuesta de las autoridades españolas, la Comisión emitió un dictamen motivado en julio de 2022

Supremo Carlos Granados. Su primer fiscal jefe fue Carlos Jiménez Villarejo, nombrado en 1995, que ocupó el cargo hasta el año 2003.

<sup>2</sup> DEL REY GUANTER, S., *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 100 y ss.

<sup>3</sup> NIETO ROJAS, P., “*Whistleblowers*. Aspectos laborales de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones de Derecho de la UE”, *El Foro de Labos*, 17 de octubre de 2019.

<sup>4</sup> Acceso web: [https://data.europa.eu/data/datasets/s2247\\_92\\_4\\_502\\_eng?locale=es](https://data.europa.eu/data/datasets/s2247_92_4_502_eng?locale=es) (8 de noviembre de 2022).

<sup>5</sup> IGLESIAS REY, P., “La regulación autonómica”, López Donaire, B. y Gimeno Beviá, J. (dirs.), *La directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

<sup>6</sup> REGO VILAR, S., “De alertadores e infraestructuras éticas globais: aplicación práctica”, *ECO. Revista do Eixo Atlântico*, 28 de septiembre de 2022. Acceso web: [www.ecodixital.com](http://www.ecodixital.com).

en el que aceptaba el compromiso de garantizar la aplicación de la directiva de la UE sobre denunciantes. La transposición tardía podrá no acarrear sanciones, pero la Comisión evaluará con especial celo la forma en que se realiza la transposición<sup>7</sup>.

Aunque la directiva se configura como una norma de mínimos y, por consiguiente, los Estados miembros podrán ampliar su ámbito de aplicación introduciendo disposiciones más favorables para los denunciantes, su contenido permite aventurar cambios importantes en la, todavía escasa, regulación de los canales de denuncia en España. Y ello porque, como regla general, los canales de denuncia pasarán de ser una herramienta potestativa, como elemento clave en un sistema de integridad holístico<sup>8</sup>, a una medida preceptiva para muchas de las entidades de los sectores público y privado.

Hasta ahora, en el ámbito nacional no existía una disposición normativa que se haya ocupado de regular, desde un punto de vista integral, la figura del denunciante y su estatuto jurídico (al menos no en los términos a los que va a obligar la transposición de la directiva)<sup>9</sup>.

El pasado día 23 de septiembre de 2022 se publicó en el *Boletín Oficial del Congreso de las Cortes Generales* el Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción<sup>10</sup>. El texto tiene por objeto otorgar una protección adecuada frente a las represalias a las personas físicas que informen sobre alguna de las acciones u omisiones a que se refiere la propia ley.

El proyecto de ley, siguiendo las pautas de la directiva, contiene una serie de previsiones muy concretas en relación con diversos aspectos, siendo una de las más importantes (a la que vamos a acotar el alcance de estudio de este artículo) la obligación que se impone a todas las entidades y organizaciones, tanto públicas como privadas, de establecer internamente sistemas que permitan que quienes mantienen una relación laboral o profesional con las mismas puedan informar o alertar de las

<sup>7</sup> Puede consultarse la respuesta de la Comisión en el Parlamento Europeo a una pregunta al respecto. Acceso web: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-002602-ASW\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-002602-ASW_EN.html).

<sup>8</sup> El concepto holístico de integridad institucional es defendido por distintas instituciones públicas, nacionales e internacionales, como la OCDE, agencias anticorrupción creadas o el Consello de Contas de Galicia, órgano de control externo que desde el año 2015 ha asumido las competencias en materia de prevención de la corrupción; así como por la doctrina reputada en esta materia, contando con las aportaciones brillantes como JIMÉNEZ ASENSIO, R., "Los Códigos de conducta: nuevas formas de autorregulación como fundamento para la integridad y ejemplaridad institucional", *www.rafaeljimenezasensio.com*, 2020; VILLORIA MENDIETA, M., "El reto de la transparencia", *Anuario de Transparencia Local*, n. 1, 2018, pp. 15-41; CAMPOS ACUÑA, M.C. (dir.), *Guía práctica de compliance en el sector público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020; LÓPEZ DONAIRE, M.ªB., "Marcos de integridad y los canales de denuncia. El derecho a la buena administración", *La Protección de Denunciantes: Propuesta de Regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

<sup>9</sup> En este sentido, cabe destacar que en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 20 de diciembre de 2019 (número 27-1) y de acuerdo con los artículos 97 y 126 de la Cámara se ordena la publicación de la 123/000003 "Proposición de Ley de protección integral de los alertadores". Antes, en septiembre de 2016, se llegó a presentar para su tramitación por el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes, que hubiera supuesto un verdadero hito normativo en esta materia, con anterioridad, incluso, a la aprobación y publicación de la Directiva. No obstante, los avatares sobradamente conocidos de las últimas legislaturas paralizaron *sine die* su tramitación parlamentaria. A este respecto, *vid.* CAMPOS ACUÑA, M.C., "Modificación de la Ley de Transparencia en la Propuesta de Ley de Lucha Integral contra la corrupción y protección de los denunciantes", *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 2, 2018.

<sup>10</sup> Proyectos de ley - Congreso de los Diputados. Último acceso el 8 de noviembre de 2022.



irregularidades de que hayan tenido conocimiento en el contexto de dicha relación, y todo ello con plenas garantías de que no van a ser objeto de represalias por tal motivo<sup>11</sup>.

La aprobación del proyecto en nuestro ordenamiento jurídico va a suponer, sin duda, un gran avance en el fortalecimiento de los sistemas de integridad institucional en el sentido proclamado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)<sup>12</sup>, al otorgar un nuevo estatuto al denunciante de infracciones del derecho de la Unión y de sus normas de transposición o ejecución que hayan sido cometidas tanto por empresas como por administraciones. Analizamos a continuación el papel de las comunidades autónomas (CC. AA.) en la prevención y lucha contra la corrupción respecto a la regulación de los canales de denuncia antes de la Directiva.

## 2 El papel protagonista de las CC. AA. en la lucha y prevención de la corrupción

El panorama existente en nuestro ordenamiento jurídico antes de la publicación de la directiva, en materia de protección de los “denunciantes” o *whistleblowers*, es ciertamente heterogéneo, si bien no existía hasta el proyecto de ley en tramitación una disposición normativa que se haya ocupado de regular, desde un punto de vista integral, la figura del denunciante y su estatuto jurídico (al menos no en los términos a los que va a obligar la transposición de la Directiva).

De hecho, las agencias anticorrupción han nacido en España vinculadas a la Administración autonómica, ante la ausencia de un órgano estatal.

En los últimos años hemos asistido a la eclosión de las agencias anticorrupción autonómicas y en menor medida locales. En el momento actual, las agencias autonómicas creadas están en Cataluña, Galicia, Valencia, Aragón, Baleares, Navarra, País Vasco, Asturias, Canarias, Castilla y León, así como la más recientemente creada agencia andaluza y dos agencias locales en Madrid y Barcelona<sup>13</sup>.

La mayoría de las autoridades antifraude o anticorrupción autonómicas creadas antes de la entrada en vigor de la directiva son, de acuerdo con las leyes aprobadas por los parlamentos autonómicos, entidades adscritas que ejercen sus funciones con personalidad jurídica propia y con plena independencia de las administraciones públicas. Estas autoridades y órganos autonómicos tienen una experiencia importante, desde el ámbito público, que debería ser respetada por el legislador estatal en el proyecto de ley de protección del informante que se tramita en el Congreso de los Diputados, por cuanto no puede constituir motivo para reducir el nivel de protección

<sup>11</sup> SÁEZ HIDALGO, I., “Claves para la implantación en el sector público de los canales de denuncias internas”, *Actualidad Administrativa*, n. 5, Sección Actualidad, 2022 (también en: *Diario La Ley*, n. 10084, Sección Tribuna, 22 de abril de 2022).

<sup>12</sup> En palabras de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) “*la integridad pública se refiere al constante alineamiento y apropiación de valores éticos, principios y normas compartidas, para proteger y priorizar el interés público sobre los intereses privados en el sector público*”. (OCDE, 2017). Acceso web: <https://www.oecd.org/gov/government-at-a-glance-2017-highlights-en.pdf> (8 de noviembre de 2022).

<sup>13</sup> IGLESIAS REY, P., “La necesaria implantación de los sistemas sólidos de integridad institucional y de gestión de conflictos de intereses”, *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria = Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 22, 2022, pp. 70-87.

ya garantizado dentro de los diferentes territorios propios del Estado español en los ámbitos en los que la propia Directiva regula, como son los canales de denuncia y la protección de las personas denunciantes.

En España, la primera agencia, la Oficina Antifraude de Cataluña, data de 2008. Durante casi una década fue la única existente. En 2015, al órgano de control externo gallego (OCEX), el Consello de Contas de Galicia (CCG)<sup>14</sup>, se le atribuye la competencia en materia de prevención de la corrupción, así como la de colaborar con las entidades del sector público en la elaboración de instrumentos internos de gestión de riesgos, en el diseño e implantación de los sistemas de prevención de la corrupción y en la evaluación de manera sistemática de los planes de prevención de riesgos. La irrupción se produce poco después entre 2016 y 2018, apostando claramente por el modelo catalán en lugar del gallego, a salvo de la Audiencia de Cuentas de Canarias, que emula al OCEX gallego, asumiendo la competencia de prevención de la corrupción. El primero compagina las labores preventivas con investigación, mientras que en el CCG la competencia es puramente preventiva, aparte de ubicarse en el OCEX autonómico, que conserva, además, su función clásica de fiscalización y control *ex post* del sector público gallego.

En las agencias autonómicas<sup>15</sup> creadas en primer grupo puede catalogarse de actividades relacionadas con la autorregulación y el fortalecimiento del control interno para prevenir el fraude y la corrupción. Así, por ejemplo, se establecen competencias como el asesoramiento y la colaboración a las instituciones bajo su control en la adopción de medidas de prevención (Galicia, Baleares, Cataluña), la evaluación de las medidas de prevención (Navarra), la supervisión de la contratación pública (Navarra), la elaboración de un código ético general y la gestión del código (Navarra), la supervisión del sistema de prevención y las propuestas de mejoras (Galicia), realizar análisis de riesgos generales o sectoriales (Galicia, Valencia, Baleares, Navarra) y la formación de funcionarios (Valencia, Baleares, Galicia).

Se trata de competencias que tienen que ver fundamentalmente con la supervisión y el apoyo a medidas de prevención que han de adoptar las entidades sujetas a su supervisión. Es importante señalar, por ello, que las agencias autonómicas españolas parten, al menos implícitamente, de que existen dos planos distintos en la prevención de la corrupción. La actividad principal en materia de prevención debe desarrollarse en cada organización pública, como autorregulación y fortalecimiento del control interno<sup>16</sup> (primer estadio), mientras que la labor de la agencia consistiría en supervisar y apoyar el desarrollo de esta autorregulación preventiva (segundo estadio).

<sup>14</sup> Ley 8/2015, de 7 de agosto, de reforma de la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Consejo de Cuentas, y del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre, para la prevención de la corrupción. No obstante, el Consello de Contas de Galicia carece de competencias de investigación de irregularidades e infracciones y no es un órgano receptor de denuncias como canal externo, como sí sucede en otras agencias antifraude creadas, por ejemplo las de Cataluña, Valencia o Baleares.

<sup>15</sup> NIETO MARTÍN, A., "Las agencias anticorrupción", Campos Acuña, M.C. (dir.), *Guía práctica de compliance en el sector público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

<sup>16</sup> En la Estrategia en materia de prevención de la corrupción aprobada por el CCG, se considera que el control interno es una parte esencial para conducir las actividades hacia el logro de objetivos y metas institucionales de cualquier organización. Además, la existencia de un control interno sólido constituye uno de los elementos clave en la prevención de la corrupción. Entre los modelos de control interno de mayor reconocimiento internacional, destaca el publicado por el Comité de Organiza-

El segundo núcleo duro de su actividad es la investigación de casos de irregularidades. La mayoría de las regulaciones distinguen entre dos tipos de procedimientos de investigación: el destinado a realizar recomendaciones a la organización que ha sido investigada y un procedimiento sancionador propiamente dicho, cuyo objetivo es la imposición de las sanciones administrativas que se prevén en algunas regulaciones, pero no en todas. Por ejemplo, la ley navarra constriñe la actividad de investigación a supuestos de conflictos de interés de autoridades, altos cargos y personal al servicio de las administraciones públicas o fundaciones y empresas públicas; al uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público y el aprovechamiento en beneficio particular o de terceros de bienes y recursos públicos; y a la conculcación de los principios de igualdad, mérito, publicidad y capacidad en la provisión de los puestos de trabajo en el sector público, incluyendo fundaciones y empresas públicas.

Por otra parte, en el 2018 se creó la Red Estatal de Oficinas y Agencias Anticorrupción de España de la que forman parte las Agencias autonómicas y locales existentes, el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA), la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIREscon). En la última reunión semestral, celebrada el 30 de septiembre de 2022<sup>17</sup>, la red ha presentado la Declaración institucional conjunta fruto del XI encuentro. El texto recomienda que el proyecto de ley en tramitación de protección del informante reconozca las demandas y propuestas de las autoridades y órganos, autonómicos y locales, que realizan ya funciones de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción y el fomento de buenas prácticas.

En definitiva, las entidades autonómicas firmantes que cuentan con una regulación legal propia en materia de prevención, persecución de la corrupción y canales de denuncia instan a que el Gobierno central respete en el Proyecto de Ley de protección al denunciante el sistema de distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas y que ya cuenten con un engranaje institucional propio de protección de las personas alertadoras; todo ello sin perjuicio de la previsión de los mecanismos necesarios de relación entre autoridades estatal y autonómicas, sobre todo en relación con la necesaria coordinación, colaboración, el intercambio de informaciones y experiencias o la recogida de datos previstos en la directiva europea (arts. 14 y 27).

Sin embargo, seguramente debido al carácter ecléctico de competencias de las agencias que forman parte de la Red, la Declaración institucional sobre el Proyecto de

ciones Patrocinadoras de la Comisión Treadway (COSO) en 1992, actualizado en mayo de 2013 sobre la base de experiencias observadas desde su primera emisión. Acceso web al documento de la Estrategia: [http://www.consellodecontas.es/sites/consello\\_de\\_contas/files/contents/static\\_content/plan\\_extratexico/Plan\\_Estrat%C3%A9xico\\_2019\\_2022\\_C.pdf](http://www.consellodecontas.es/sites/consello_de_contas/files/contents/static_content/plan_extratexico/Plan_Estrat%C3%A9xico_2019_2022_C.pdf).

<sup>17</sup> La Declaración institucional conjunta fruto del XI encuentro celebrado el 22 de septiembre de 2022 recomienda que el proyecto de ley en tramitación de protección de los informantes reconozca las demandas y propuestas de las autoridades y órganos, autonómicos y locales, que realizan ya funciones de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción y el fomento de buenas prácticas. Las autoridades antifraude autonómicas (Cataluña, Comunidad Valenciana, Islas Baleares, Andalucía y Navarra), de acuerdo con las leyes aprobadas por los parlamentos autonómicos, son entidades adscritas que ejercen sus funciones con personalidad jurídica propia y con plena independencia de las administraciones públicas. Estas autoridades y órganos tienen una experiencia importante, desde el ámbito público, que debe tener en cuenta el legislador, recoge la declaración conjunta. Acceso web: <https://www.antifrau.cat/es/red-estatal-agencias-oficinas-antifraude-recomienda-proyector-ley-transposicion-directiva-proteccion-alertadores-reconozca-demandas-autoridades-contra-corrupcion>.

Ley del informante no ha sido rubricada por todas entidades que la integran. Sólo han firmado la Declaración la Oficina Antifraude de Cataluña, la Agencia de Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona, la Agencia Valenciana Antifraude, la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares, la Oficina Andaluza Antifraude y la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra.

Dicho lo cual, el avance de las enmiendas del proyecto de ley nos mostrarán si el contenido de última Declaración institucional firmada el 30 de septiembre de 2022 por algunas de las entidades que componen la Red de Agencias Anticorrupción será o no la antesala de un futuro conflicto constitucional cuando entre en vigor la futura ley de protección del informante en relación con la posible invasión competencial del Estado respecto a la regulación de las especialidades derivadas de la propia organización autonómica en relación con las agencias anticorrupción autonómicas ya creadas (art. 149.1.18 de la CE).

### 3 Ideas fuerza sobre el impacto de los canales de denuncia en el sector público

La lucha contra la corrupción ocupa un puesto muy destacado en la agenda institucional de todo el mundo. Una de las herramientas más importantes entre la batería de medidas que se están estudiando, proponiendo e implantando es la que tiene que ver con el *whistleblowing*, y que hace referencia a la señal de alarma que alguien lanza dentro de una organización cuando se detecta que algo funciona mal<sup>18</sup>.

En los últimos años, particularmente desde la obligatoriedad impuesta por la ley norteamericana de 2002 *Sabarnes-Oxley Act*, se ha venido desarrollando e implantando en diferentes organizaciones y empresas a nivel internacional una herramienta conocida como Canal de Denuncias o Canal Ético, con el objetivo de proporcionar a los empleados, y en su caso a terceros, un medio para reportar e informar de posibles conductas que puedan ser constitutivas de delito, acoso o contrarias a los principios y valores de la organización. A aquellas personas que, a través del canal o de cualquier otro medio reportan e informan de las conductas descritas, se las conoce como denunciantes, informantes o con el ya conocido término anglosajón *whistleblowers*, algunos de los cuales renuncian a reportar infracciones por miedo a las represalias. Por este motivo, era absolutamente necesario contar con un marco normativo uniforme entre los Estados miembros que garantice una protección equilibrada y efectiva a los denunciantes.

Dentro de la Unión Europea, países como el Reino Unido (desde 1998), Holanda, Bélgica, Italia y Hungría cuentan con disposiciones legales que contemplan la figura del *whistleblowing*. En el año 2015 el Defensor del Pueblo Europeo hizo público su malestar con las instituciones continentales por el retraso en la implantación de

---

<sup>18</sup> BENÍTEZ PALMA, E., "El control externo y el *whistleblowing* (canales de denuncia)", *Revista Española de Control Externo*, n. 20(59), 2018, pp. 11-42. Acceso web: [https://www.tcu.es/repositorio/2388e0c6-5eaf-4f9f-8b0b-b6a1a4b52c1b/R59\\_01\\_BenitezPalma\\_CEyWB.pdf](https://www.tcu.es/repositorio/2388e0c6-5eaf-4f9f-8b0b-b6a1a4b52c1b/R59_01_BenitezPalma_CEyWB.pdf).

canales de denuncias, incumpliendo un mandato acordado un año antes, en enero de 2014. Sólo dos de las instituciones europeas (el propio Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas) disponían de los mencionados canales internos de denuncias o habían adoptado medidas en línea con las propias obligaciones reconocidas.

No obstante, la dispersión normativa y los heterogéneos niveles de protección en cada país (prácticamente carente de regulación específica en España y en muchos países de la Unión Europea) han requerido la intervención legislativa a nivel comunitario para fijar un mínimo común en esta materia<sup>19</sup>.

El proyecto de ley, siguiendo las pautas de la Directiva, contiene una serie de previsiones muy concretas en relación con diversos aspectos, siendo una de las más importantes la obligación que se impone a todas las entidades y organizaciones, tanto públicas como privadas, de establecer internamente sistemas que permitan que quienes mantienen una relación laboral o profesional con las mismas puedan informar o alertar de las irregularidades de que hayan tenido conocimiento en el contexto de dicha relación, y todo ello con plenas garantías de que no van a ser objeto de represalias por tal motivo.

Del mismo modo, tanto la directiva como el proyecto regulan los cauces para formalizar dos tipos de denuncias, internas y externas, y, cuando concurren determinadas condiciones, otorgan también protección a la revelación pública de las infracciones.

Respecto a las ideas fuerza sobre impacto de los canales de denuncia en el sector público, sin ánimo de ser exhaustivos, podemos extraer las siguientes:

#### 1.- Canales internos: su aplicación en el sector público

Por canal interno de denuncia se entiende la comunicación, verbal o por escrito, de información sobre infracciones dentro de una entidad jurídica perteneciente al sector privado o al público.

Si la reforma en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas supuso la generalización de los sistemas de *compliance penal* en el sector privado y en las sociedades mercantiles públicas, quizás el proyecto de ley suponga una ventana de oportunidad para que el resto de entidades del sector público puedan avanzar en un ámbito inexplorado para muchas de ellas, como es la integridad institucional y la lucha contra la corrupción.

Tanto la directiva como el proyecto de ley instan a promover que las denuncias se cursen preferentemente por los canales de denuncia interna, por considerar que en ellos se garantiza que la información va a llegar rápidamente a quienes estén más cerca de la fuente del problema y tengan más posibilidades de resolverlo, sin perjuicio

<sup>19</sup> La necesidad de protección del denunciante es la principal razón de ser de la Directiva UE 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión, que, en su considerando primero, advierte: "[...] los denunciantes potenciales suelen renunciar a informar sobre sus preocupaciones o sospechas por temor a represalias. En este contexto, es cada vez mayor el reconocimiento, a escala tanto de la Unión como internacional, de la importancia de prestar una protección equilibrada y efectiva a los denunciantes".

de que, por diversos motivos, puedan acudir directamente a los canales externos que los poderes públicos están obligados a establecer<sup>20</sup>.

## 2.- ¿Qué entidades del sector público están obligadas a crear canales internos?

Respecto al ámbito subjetivo de aplicación de los canales de denuncia internos, el proyecto de ley realiza una proyección más ambiciosa si lo comparamos con la directiva, ya que elimina los umbrales que establece la norma europea como ámbito mínimo de aplicación. Y es que, a pesar de que en su artículo 8.9, la norma europea permite a los Estados eximir de la implantación del canal interno a los municipios de menos de 10.000 habitantes o entidades del sector público de menos de 50 trabajadores, el proyecto, al enunciar el ámbito de aplicación en su artículo 13, por el momento prescinde de esta opción.

Por tanto, las entidades que integran el sector público, independientemente de su tamaño, deberán contar con este canal de denuncias<sup>21</sup>.

No obstante, no todas las entidades públicas tienen las mismas características (así, por ejemplo, no es comparable la situación de partida de una Administración autonómica con la de un municipio de menos de 5.000 habitantes), de modo que también resultará necesario hacer, cuando menos, un primer diagnóstico de la situación de cada cual, sus posibilidades y sus necesidades en orden a plantearse el compartir los canales y los recursos con otras entidades (art. 8.9 de la Directiva y 14 del proyecto de ley) o, en su caso, de acudir a la gestión a través de un tercero externo (art. 15 del proyecto de ley).

En este ámbito, las comunidades autónomas y, sobre todo, las diputaciones provinciales, deberían también ir diseñando las actuaciones posibles para ayudar a su puesta en marcha, a través de subvenciones o de asistencia, prestando especial atención a los municipios más pequeños<sup>22</sup>.

## 3.- Requisitos garantistas de los canales internos

En el proyecto de ley se regula cómo han de configurarse los procedimientos de denuncia interna y de seguimiento, que han de incluir, entre otros elementos, los siguientes:

- Internamente, deben establecerse, con carácter previo, estrictos protocolos de seguridad. Los canales para recibir denuncias de una forma segura que garantice la confidencialidad de la identidad del denunciante y de cualquier tercero

<sup>20</sup> LOZANO CUTANDA, B., "La directiva de protección del denunciante", *Diario La Ley*, n. 950, Sección Tribuna, 10 de enero de 2020.

<sup>21</sup> Salvo en el ámbito de las sociedades mercantiles públicas, que ya avanzaron de forma notable en esta materia como consecuencia de la extensión a las mismas del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículo 31 quinquies del Código penal tras la reforma operada por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo), no son muchas las entidades del sector público que disponen actualmente de estos sistemas, a salvo de los canales de denuncias en el marco de los planes antifraude a que se refiere la Orden HFP 1030/2021, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, pues se recomienda a las entidades decisoras o ejecutoras o que participen en la ejecución de las medidas del PRTR la creación de un comité antifraude y de canales de denuncias.

<sup>22</sup> Como defiende, y comparto su opinión, SÁEZ HIDALGO, I., "Claves para la implantación en el sector público de los canales de denuncias internas", cit.

mencionado en la denuncia. El artículo 5.2.b) del proyecto de ley impone que el sistema garantice la confidencialidad de la identidad del informante y de cualquier tercero mencionado en la comunicación y de las actuaciones que se desarrollen en la gestión y tramitación de la misma, la protección de datos, impidiendo el acceso de personal no autorizado. Se debe permitir la presentación de comunicaciones por escrito o verbalmente, o de ambos modos (art. 5.2.c).

- En su diseño, es necesario que estos canales aparezcan diferenciados y sean independientes respecto de los canales o sistemas internos de información de otras entidades u organismos. Esta cuestión es importante tenerla en cuenta para determinados canales de denuncia que ya tienen establecidos algunas administraciones públicas, y que, a fecha actual, dan servicio a otros organismos o entidades de su propio ámbito. En el caso de existir diferentes canales internos de denuncia, estos deberán integrarse y estar disponibles de manera unificada en la página principal del espacio web de la entidad, en una sección separada y fácilmente identificable. Además, el canal de denuncias y su funcionamiento deben ser transparentes, obligando a publicar información de forma clara y fácilmente accesible sobre el uso de todo canal interno de información que hayan implantado, así como sobre los principios esenciales del procedimiento de gestión (art. 5.2.d).
- En el plano tecnológico, los canales no sólo deben permitir que las alertas sobre infracciones se presenten de forma anónima, sino que deben garantizar que ese anonimato se proteja. La mayoría de las entidades del sector público no disponen de experiencia en canales confidenciales, pues todos los procedimientos administrativos existentes hasta la fecha exigían una identificación previa del interesado, y los espacios administrativos en los que opera la confidencialidad a menudo son relativos a información procedente de terceras personas con respecto a otros terceros.
- En cuanto a sus destinatarios, deberá garantizarse que puedan acudir a estos canales, al menos, las personas a las que se refiere el artículo 3 del proyecto de ley, y que, a través de estos canales, estos puedan alertar o informar sobre todo el catálogo de irregularidades previstas en la norma de transposición siempre que hayan tenido conocimiento en el contexto laboral o profesional.
- Un plazo razonable para dar respuesta, que no será superior a tres meses; en esta respuesta se informará al denunciante de las medidas previstas o adoptadas para seguir la denuncia, sin perjuicio de que con posterioridad deba ser informado de todos los avances y del resultado de la investigación.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

- Se impone la obligación de realizar consulta previa con los sindicatos y representación legal de los trabajadores (empleados públicos), a quienes se les reserva por tanto un papel relevante en la configuración del canal (art. 5.1).
- Debe existir un procedimiento de gestión de las informaciones recibidas.

El proyecto de ley propone, en definitiva, una serie de requisitos mínimos que deberán cumplir los canales internos, pero lo cierto es que, aun así, presenta dudas interpretativas en su articulado sobre cómo debe garantizarse, por ejemplo, el carácter de confidencialidad de los canales internos, lo que comportará no pocos problemas en la práctica.

#### 4.- Órgano o *unidad responsable del seguimiento del canal interno*

Según el proyecto de ley, este puede ser una persona física u órgano colegiado, si bien en este caso se deberán delegar en uno de sus miembros las facultades de gestión del sistema interno de información y de tramitación de expedientes de investigación (art. 8).

Evidentemente, en el proyecto se exige que este órgano o persona responsable goce de la suficiente autonomía funcional con respecto al resto de órganos de gobierno, aunque de nuevo esta circunstancia podrá presentar problemas de aplicación, y más aun teniendo en cuenta la estructura orgánica administrativa muy jerarquizada, que dificultará la consecución del objetivo de independencia al quedar la elección del órgano o unidad de seguimiento en la elección de cada entidad pública.

En determinados casos, además, se prevé la posibilidad de externalizar el servicio de gestión del sistema interno de información para su gestión por un tercero externo, muy limitado para el sector público, al establecer que la gestión externa comprenderá únicamente el procedimiento para la recepción de las informaciones sobre infracciones y, en todo caso, tendrá carácter exclusivamente instrumental. Esto evita que la externalización del canal pueda derivar en un ejercicio de potestad o de autoridad pública por actores privados (art. 15).

#### 5.- *Posibilidad de cooperación interadministrativa para la gestión de los canales internos*

El proyecto posibilita la cooperación interadministrativa para la gestión conjunta o la delegación de la gestión de un canal interno a otra Administración. Se habilita con carácter general a externalizar el sistema de denuncias siempre que se justifique que no existen medios propios suficientes para su gestión; el artículo 14, que aborda la posibilidad de gestionar de manera conjunta un canal de denuncias entre varias administraciones, limita su uso a municipios de menos de 10.000 habitantes y a otras entidades del sector público con menos de 50 trabajadores. Así, se desprende *a sensu contrario* que, por encima de este umbral no será posible “externalizar” el canal de denuncias a otra Administración.

#### 6.- *Denuncias externas*

Por *denuncia externa* se entiende la comunicación verbal o por escrito de información sobre infracciones ante las autoridades competentes.



El propio texto del proyecto establece, como ya hace la Directiva, que los canales internos de información deben ser complementados con un canal externo, esto es, con la posibilidad de que quien conozca el hecho susceptible de ser comunicado pueda acudir a una autoridad pública que, con todas las garantías, tenga constancia del hecho informado y proceda a investigarlo y, en su caso, pueda colaborar con el Ministerio Fiscal cuando aprecie que el hecho objeto de la comunicación es constitutivo de delito.

Según la Directiva, los Estados deberán establecer canales de denuncia externa, para lo cual designarán a las autoridades competentes, las dotarán de los recursos apropiados y formarán a su personal para tratar adecuadamente las denuncias. En cuanto a estas autoridades competentes, deberá garantizarse lo siguiente:

- que establezcan canales de denuncia externa independientes y autónomos, de forma que garanticen la integridad y confidencialidad de la información y permitan su almacenamiento duradero para que puedan efectuarse nuevas investigaciones;
- que sigan las denuncias diligentemente;
- que den respuesta al denunciante en un plazo razonable, no superior a tres meses, o seis meses en casos debidamente justificados;
- que comuniquen al denunciante el resultado final de toda investigación desencadenada por la denuncia, según los procedimientos previstos en el derecho nacional;
- que trasladen la información contenida en la denuncia a los organismos de la Unión para que se siga investigando cuando así esté previsto en el derecho comunitario o nacional.

#### 7.- La Autoridad Independiente de Protección del Informante

Los Estados miembros pueden designar como autoridades competentes a organismos muy diversos, según explica la directiva en sus considerandos: autoridades judiciales, entidades de regulación o de supervisión competentes en los ámbitos específicos de que se trate, autoridades con una competencia más general a escala central dentro de un Estado miembro, autoridades encargadas del cumplimiento del derecho, organismos de lucha contra la corrupción o defensores del pueblo.

Entre las diferentes alternativas que ofrece nuestro ordenamiento interno, el legislador considera idóneo acudir a la figura de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (en adelante Autoridad) como el núcleo gordiano del sistema institucional en materia de protección del informante, ya que entiende que “*el carácter específico de la materia hace aconsejable que las funciones que la Directiva atribuye a las autoridades competentes sean ejercidas por una Autoridad de nueva creación sin posibilidad de acudir a otras ya existentes dentro del sector público*”.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

La Autoridad se configurará así como un ente de derecho público con personalidad jurídica propia dotado de autonomía e independencia orgánica y funcional respecto del Ejecutivo y del sector público, y en su configuración jurídica se distingue, por un lado, un régimen jurídico general y, por otro, ciertas singularidades, como la posibilidad de elaborar circulares y recomendaciones que establezcan los criterios y prácticas adecuadas para el cumplimiento de la ley, así como la atribución del ejercicio de la potestad sancionadora.

*8.- Posibilidad de que las CC.AA. regulen sobre los canales externos y de que su llevanza se encomiende a una Autoridad autonómica independiente*

Como no podía ser de otro modo, por el respecto al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA., como pauta el artículo 149.1.18 de la CE, el proyecto de ley permite la posible implantación de canales externos de información por parte de las comunidades autónomas. La llevanza de dichos canales externos será asumida por autoridades independientes autonómicas análogas a la Autoridad Independiente de Protección del Informante Estatal, cuya competencia podrá extenderse tanto a las informaciones sobre infracciones que sean cometidas en el ámbito de las entidades del sector público autonómico y local del territorio de la correspondiente comunidad autónoma, como a las relativas a incumplimientos imputables a entidades del sector privado que produzcan efectos únicamente en el territorio de dicha comunidad autónoma.

*9.- Revelación pública de las infracciones*

Las personas que pongan la información a disposición del público (por ejemplo, mediante plataformas web o redes sociales, o acudiendo a medios de comunicación, cargos electos u organizaciones de la sociedad civil) podrán acogerse a las medidas de protección del proyecto de ley si cumplen alguna de las condiciones siguientes:

- que hayan denunciado primero por los canales internos y externos, o directamente por canales externos, sin que se hayan tomado medidas apropiadas en los plazos fijados por el proyecto;
- que tengan motivos razonables para pensar que la infracción puede constituir un peligro inminente y manifiesto para el interés público o, en el caso de denuncia externa, cuando exista un riesgo de represalias o haya pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso.

## 4 Conclusiones propositivas

1. En el ámbito del derecho comparado europeo, la falta de homogeneidad en la regulación de protección del *whistleblower* ha requerido la intervención legislativa a nivel comunitario para fijar un mínimo común en esta materia.

2. En España no existía antes del Proyecto de Ley de protección del informante una disposición normativa que se hubiese ocupado de regular, desde un punto de vista integral, la figura del denunciante y su estatuto jurídico, al menos no en los términos a los que obligaba la transposición de la Directiva.

3. Las agencias anticorrupción han nacido en España vinculadas a la Administración autonómica, ante la ausencia de un órgano estatal.

4. El proyecto de ley en tramitación regula los cauces para formalizar dos tipos de denuncias, internas y externas, y, cuando concurran determinadas condiciones, otorga también protección a la revelación pública de las infracciones.

5. Todas las entidades del sector público, incluidas las que sean propiedad o estén sujetas al control de dichas entidades están obligadas a crear canales de denuncias internos.

6. El proyecto de ley regula también los canales de denuncia externa, para lo cual prevé la creación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, si bien posibilita que las CC. AA. regulen sobre sus propios canales externos y que su llevanza se encomiende a una Autoridad autonómica independiente. Tanto la Autoridad estatal como las autonómicas deben ser dotadas de los recursos apropiados y formarán a su personal para tratar adecuadamente las denuncias.

7. Tanto en el caso de denuncias internas como externas, los canales de denuncia deben permitir denunciar por escrito (por correo, usando un buzón físico destinado a recoger denuncias o mediante una plataforma en línea) o verbalmente; en este segundo caso, podrá hacerse por vía telefónica o mediante sistemas de mensajería de voz, o, previa solicitud del denunciante, por medio de una reunión presencial en un plazo razonable.

8. Las personas que pongan la información a disposición del público, podrán acogerse a las medidas de protección de la Directiva si cumplen determinadas condiciones previstas en el proyecto de ley.

## Bibliografía

- BENÍTEZ PALMA, E., “El control externo y el *whistleblowing* (canales de denuncia)”, *Revista Española de Control Externo*, n. 20(59), 2018, pp. 11-42. Acceso web: [https://www.tcu.es/repositorio/2388e0c6-5eaf-4f9f-8b0b-b6a1a4b52c1b/R59\\_01\\_BenitezPalma\\_CEyWB.pdf](https://www.tcu.es/repositorio/2388e0c6-5eaf-4f9f-8b0b-b6a1a4b52c1b/R59_01_BenitezPalma_CEyWB.pdf).
- CAMPOS ACUÑA, M.C., “Modificación de la Ley de Transparencia en la Propuesta de Ley de Lucha Integral contra la corrupción y protección de los denunciantes”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 2, 2018.
- CAMPOS ACUÑA, M.C. (dir.), *Guía práctica de compliance en el sector público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- CASTILLO BLANCO, F.A. (coord.), *Compliance e integridad en el sector público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- DEL REY GUANTER, S., *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1994.

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

- GIMENO FELIÚ, J.M., “Las reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública”, *V Seminario de contratación pública. Formigal*, septiembre de 2014.
- GOZÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Los denunciantes como instrumento de lucha contra la corrupción: a propósito de la denuncia administrativa en las leyes «anticorrupción»”, *Actualidad Administrativa*, n. Extra 1, Sección Actualidad, 2019.
- IGLESIAS REY, P., “La regulación autonómica”, López Donaire, B. y Gimeno Beviá, J. (dirs.), *La directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- IGLESIAS REY, P., “La necesaria implantación de los sistemas sólidos de integridad institucional y de gestión de conflictos de intereses”, *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria = Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 22, 2022, pp. 70-87.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Los Códigos de conducta: nuevas formas de autorregulación como fundamento para la integridad y ejemplaridad institucional”, [www.rafaeljimenezasensio.com](http://www.rafaeljimenezasensio.com), 2020.
- LÓPEZ DONAIRE, M<sup>a</sup>.B., “Marcos de integridad y los canales de denuncia. El derecho a la buena administración”, *La Protección de Denunciantes: Propuesta de Regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- LOZANO CUTANDA, B., “La directiva de protección del denunciante”, *Diario La Ley*, n. 950, Sección Tribuna, 10 de enero de 2020.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, D., ABRIL MARTÍNEZ, J., RODRÍGUEZ CELADA, E. y REYES RICO, L.I., “La protección del Whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 53, 2019, pp. 24-68.
- MIRANZO DÍAZ J., “El proyecto de Ley de protección de protección del denunciante y su incidencia en la contratación pública”, *El Observatorio de Contratación Pública* ([www.obcp.es](http://www.obcp.es)), 13 de octubre de 2022.
- NIETO MARTÍN, A., “Las agencias anticorrupción”, Campos Acuña, M.C. (dir.), *Guía práctica de compliance en el sector público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- NIETO ROJAS, P., “Whistleblowers. Aspectos laborales de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones de Derecho de la UE”, *El Foro de Labos*, 17 de octubre de 2019.
- REGO VILAR, S., “De alertadores e infraestructuras éticas globais: aplicación práctica”, *ECO. Revista do Eixo Atlántico*, 28 de septiembre de 2022. Acceso web: [www.ecodixital.com](http://www.ecodixital.com).
- SÁEZ HIDALGO, I., “Claves para la implantación en el sector público de los canales de denuncias internas”, *Actualidad Administrativa*, n. 5, Sección Actualidad, 2022 (También en: *Diario La Ley*, n. 10084, Sección Tribuna, 22 de abril de 2022).
- VILLORIA MENDIETA, M., “El reto de la transparencia”, *Anuario de Transparencia Local*, n. 1, 2018, pp. 15-41.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_ julio-diciembre 2022 | pp. 419-441  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.5013>  
© Francisco de Cominges Cáceres  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 29/11/2022 | Aceptado: 29/11/2022

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-  
administrativa

**Jurisprudencia contencioso-  
administrativa**

Contentious-administrative  
jurisprudence

64 Regap

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES  
Magistrado (Galicia, España)

[f.cominges@poderjudicial.es](mailto:f.cominges@poderjudicial.es)

**SUMARIO:** 1 Administración local. 1.1 Ordenanza lingüística municipal. 1.2 Cuestión de confianza vinculada a una modificación presupuestaria. No permite eludir la fase de información pública preceptiva para la aprobación de los presupuestos municipales. 1.3 Competencia del presidente de diputación provincial para adquirir participaciones de Tragsa como medio propio para el servicio de conservación de zonas verdes. 1.4 Policía local. El plus de nocturnidad y festividad debe integrarse en el complemento específico del puesto, remunerándose mensualmente incluso en períodos de vacación y permisos o ausencias justificadas. 1.5 Encargos verbales de obras o servicios con omisión absoluta del procedimiento de contratación. Solo se podrían abonar por el procedimiento de revisión de oficio de contrato nulo. Responsabilidad penal de la autoridad municipal contratante. 2 Extranjería. 2.1 Inmigrantes en situación irregular. No procede su expulsión, ni su sanción con multa, si no concurren circunstancias agravantes. Incidencia de informes policiales desfavorables, antecedentes penales e indocumentación. 3 Medio ambiente y urbanismo. 3.1 Costas. Constitucionalidad de la Ley de cambio climático en lo que afecta a la extensión de las concesiones de ocupación del dominio público marítimo-terrestre y sus prórrogas. 3.2 Edificaciones en situación

de fuera de ordenación por caducidad de la potestad de disciplina urbanística. El mantenimiento o el cambio de uso requiere del cumplimiento de la normativa sobre seguridad, salubridad y ornato. 4 Procedimiento administrativo. 4.1 Notificaciones realizadas en papel por el servicio de correos. Si el destinatario se halla ausente, debe dejarse un aviso en su buzón, con constancia fidedigna de ello. 4.2 Procedimiento de “comunicación previa” para la habilitación de actividades. No cabe ampliar el plazo para resolver. 4.3 Incumplimiento de la obligación de realizar por vía electrónica, en lugar de en papel, las notificaciones a las personas jurídicas. Irregularidad formal no invalidante. 5 Proceso contencioso-administrativo. 5.1 Litigios entre administraciones públicas. Plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo. 5.2 Determinación de la cuantía en los procesos dirigidos frente a actos de la Tesorería General de la Seguridad Social. 5.3 Rehabilitación de plazos en el trámite de subsanación de deficiencias de la fase inicial de interposición de un recurso contencioso-administrativo. 6 Sanidad. 6.1 Vulneración del régimen de incompatibilidades del personal sanitario facultativo. Falta muy grave. 6.2 Responsabilidad patrimonial sanitaria. 6.3 Instrucción sobre continuación del tratamiento crónico del farmacéutico de Atención Primaria en situaciones especiales. 7 Tributos. 7.1 Ordenanza fiscal municipal reguladora de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica. 7.2 Caducidad del expediente de comprobación de valores. Principio de buena administración. 7.3 Embargo de cuentas bancarias en régimen de cotitularidad. 7.4 Carácter no automático de recargos por pago retrasado de la deuda tributaria antes del inicio de la fase de apremio. 8 Universidades. 8.1 Evaluación virtual de los alumnos del curso académico 2019-2020 durante el estado de alarma de la pandemia de coronavirus.

## 1 Administración local

### 1.1 Ordenanza lingüística municipal

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG), en su Sentencia de 7 de noviembre de 2022 (rec. 7649/2021, ponente: Villares Naveira), desestima el recurso interpuesto por la asociación Hablamos Español contra la ordenanza municipal de uso de la lengua gallega, aprobada por el Ayuntamiento de A Coruña en junio de 2021 (BOP 22/06/2021). La sentencia, de más de 60 páginas, analiza de manera profusa y detallada el régimen jurídico aplicable a este tipo de reglamentaciones, concluyendo finalmente la total conformidad a derecho de la impugnada en el proceso, tanto desde una perspectiva formal como sustantiva, con las siguientes consideraciones:

*«(...) Empregar e promover o uso do galego por parte da administración coa cidadanía non nega a cada cidadán/á o seu dereito de escolla lingüística relational se así o desexa, simplemente establece un uso normal do galego por parte do Concello, o cal deriva directamente de mandatos de carácter estatutario e legal que apuntan a esta solución como política de normalización lingüística dunha lingua historicamente sometida a un proceso sociolingüístico de diglosia. (...) en ningún destes preceptos, como no texto da Ordenanza, se impide o uso do castelán polo Concello a instancias do cidadán (...). a Ordenanza ten por obxecto regular o uso do galego no Concello, e se ese é o seu cometido, é normal que, na súa técnica normativa, se poña o acento nos aspectos da vida municipal nos que se quere proxectar a súa presenza e a forma ou os medios cos que se quere*

*concretar; primeiro porque é un mandato do propio EAG e o resto de normas legais de desenvolvemento sectorial, e segundo, porque se a Ordenanza fose un simple corta e pega de normas de rango superior, sería superflua, dado que a súa achega ao ordenamento xurídico consiste precisamente en explicar e desenvolver en que consistirá a promoción e normalización do uso do galego no eido municipal, de xeito que o resto de aspectos relativos ao castelán logo dunha primeira cita de recoñecemento do seu status de oficialidade, poderán ser sobreentendidos pola vixencia do principio de xerarquía normativa (...). Debemos ter en conta especialmente unha clara e constante doutrina constitucional que indica que a omisión en normas desta natureza –é dicir, de regulación de uso e normalización de linguas oficiais do Estado diferentes do castelán– das referencias á outra lingua oficial non implica nin unha exclusión do seu estatuto constitucional nin un menosprezo ou unha pretensión de inseguridade á cidadanía (...)».*

## **1.2 Cuestión de confianza vinculada a una modificación presupuestaria. No permite eludir la fase de información pública preceptiva para la aprobación de los presupuestos municipales**

El alcalde del Ayuntamiento de Ourense planteó en el pleno municipal una cuestión de confianza vinculada a la aprobación de una modificación presupuestaria (créditos extraordinarios y suplementos de crédito) de más de 62 millones de euros, por el cauce procedimental establecido en el artículo 197.bis) de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG). Rechazada la cuestión de confianza y transcurrido un mes sin que se presentase una moción de censura con candidatura alternativa, el alcalde procedió, mediante decreto, a aprobar definitivamente la modificación presupuestaria, amparándose en el artículo 197.bis.5 LOREG.

Varios concejales lo impugnaron. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Ourense, en su Sentencia de 13 de mayo de 2022, estimó el recurso y lo anuló. El TSJG, en la posterior Sentencia de 4 de noviembre de 2022 (rec. 7108/2022, ponente: Paz Eiroa), rechaza la apelación del Ayuntamiento.

La anulación se motivó, en esencia, en el criterio establecido sobre este tipo de procedimientos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) en su Sentencia de 13 de febrero de 2015 (rec. 6446/2008). Según consideró el Juzgado de Ourense en la sentencia objeto de apelación:

*«Con arreglo a dicha doctrina emanada del Tribunal Supremo, podemos llegar a la conclusión de que tras el transcurso del plazo sin presentación de moción de censura estaríamos ante una aprobación inicial de la modificación, tras lo cual restaría tan solo la exposición pública durante 15 días hábiles y el posterior examen de las reclamaciones presentadas por parte del pleno, admitiendo o rechazando las mismas.*

*Es cierto, como afirma la Administración, que ello podría derivar en una nueva situación de bloqueo, en cuanto que la modificación presupuestaria terminaría*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*nuevamente en el pleno, que podría rechazar definitivamente la misma, por lo que nos situaríamos nuevamente en la casilla de salida y sin que se atisbe una solución futura a la situación de estancamiento.*

*Ahora bien, no puede ignorarse tampoco que la exposición al público y las posibles alegaciones que los ciudadanos puedan hacer no tienen un contenido ilimitado sino tasado, y el mismo aparece recogido en el artículo 170.2 de la Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (...). Entiendo que el hecho de que las reclamaciones aparezcan extraordinariamente limitadas impediría que, de haberse cumplido los requisitos necesarios para la modificación presupuestaria a que se refiere el citado artículo, en la posterior votación que se produzca en el pleno pueda acogerse alguna de ellas, aunque estando por el medio intereses políticos hipotéticamente podría darse tal situación, ya que podría admitirse cualquier reclamación por peregrina que fuese para que, en tanto en cuanto se tramite el correspondiente proceso judicial contra dicha decisión, se produzca una situación de paralización institucional.*

*Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo da prioridad a la participación ciudadana en los asuntos públicos sobre esa posible situación futura, con lo cual debe asumirse ese riesgo.*

*Por ello, si bien la posición del Concello de Ourense es razonable y está debidamente razonada, lo cierto es que la doctrina del Tribunal Supremo, al menos a día de hoy y aunque manifestada en una sola sentencia, es la que es, y no consta que tras esta conocida sentencia se haya producido algún tipo de modificación legislativa bien encaminada a excluir la participación ciudadana en la aprobación o modificación presupuestaria en casos como el que nos ocupa, tal y como se advertía en la sentencia, o bien dirigida a precisar que la aprobación no es inicial, sino definitiva sin necesidad de ningún trámite adicional (...).*»

### **1.3 Competencia del presidente de diputación provincial para adquirir participaciones de Tragsa como medio propio para el servicio de conservación de zonas verdes**

La Sentencia del TSJG de 21 de octubre de 2022 (rec. 7102/2022, ponente: Fernández López) desestima el recurso interpuesto frente a la decisión del presidente de la Diputación Provincial de Lugo de adquirir una participación de la sociedad mercantil Empresa de Transformación Agraria, SA (Tragsa), como medio propio para atender el servicio de mantenimiento y conservación de las zonas verdes, con esta motivación:

*«La resolución del presidente de la Diputación Provincial de Lugo de 13.12.19 que se impugnó (...) se limitó a aprobar la adquisición de una participación de una sociedad mercantil, en este caso pública. (...) En este caso, una de las competencias*



o potestades con que cuentan las entidades locales, es la de autoorganización a que se refiere el artículo 4.1.a) de la LRBRL, texto legal que, al referirse a la organización de las diputaciones, dispone en su artículo 33.2.a) que tal competencia le corresponderá a sus órganos plenarios, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 33.2.a), al igual que también les corresponde a estos las demás competencias que les atribuyan las leyes, como sucede con la conferida en la disposición adicional segunda de la LCSP, para el caso de que se quieran adjudicar contratos administrativos por encima de un determinado umbral económico, o con la recogida en el artículo 85.2.A.d) de la LRBRL, para el caso de que se quisiera prestar un servicio a través de una empresa pública de capital exclusivamente local, como fue el caso de la que mantenía y conservaba las zonas verdes antes de decidir que pasaran a prestarse por “Tragsa”.

Debe repararse en que el citado artículo 85, al igual que los artículos 85.bis, 85.ter y 86 de la misma ley, no están alojados dentro de un capítulo o sección referidos a la organización local, sino relacionados con el modo de prestar un servicio de competencia local (artículo 85) o de una actividad económica (artículo 86), en este caso la gestión de los propios intereses provinciales a que se refieren sus artículos 1.2 y 2.1, gestión que aquí se manifestaba en el mantenimiento y conservación de los espacios verdes, para lo que se hacía preciso adquirir una acción de la sociedad mercantil pública, en los términos estipulados en el apartado 3 de la disposición adicional décimo cuarta de la LCSP, referido a “Tragsa”, como medio propio de los contemplados en su artículo 32.2, pero sin que ello comportara que se estuviera en presencia de una sociedad mercantil de capital exclusivamente provincial (artículo 85.ter de la LRBRL), como sucedió al comienzo, ni menos aún que esa decisión de participar en la empresa pública tuviera algo que ver con el ejercicio de una potestad de autoorganización.

Así es, ya que las cuestiones de tipo organizativo o estructural que conciernen a las diputaciones se recogen en el artículo 32 de la LRBRL, que enumera sus órganos obligatorios, así como los complementarios que se pueden crear, dentro de la potestad de autoorganización a que se refieren los artículos 4.1.a) de esa ley y 5.2 de la LRJSP, precepto éste que dispone que “corresponde a cada Administración Pública delimitar, en su respectivo ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización”, a lo que añade su apartado 3 que la creación de cualquier órgano administrativo exigirá, al menos, que se determine su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica, que se delimiten sus funciones y competencias y que se les dote de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.

No era este el caso de la decisión de adquirir una participación societaria para utilizar, de forma legítima, a “Tragsa” como medio propio para prestar un servicio, gasto que en este caso tan sólo ascendió a 8.225,00 euros, que entraba

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*dentro del límite de disposición que al presidente le reconoce el artículo 34.1.f) de la LRRL, en relación con el 185.2 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, de lo que resulta que se tenga que acoger la pretensión revocatoria de la sentencia apelada, lo que comporta que se desestime el recurso principal y que se confirme la adecuación a derecho de la resolución presidencial de 13.12.19, pero también del acuerdo de la Junta de Gobierno Provincial de 27.12.19 que trajo su causa de aquélla, que tampoco tenía contenido organizativo, ni se separó de lo permitido en la disposición adicional vigésimo cuarta de la LCSP».*

#### **1.4 Policía local. El plus de nocturnidad y festividad debe integrarse en el complemento específico del puesto, remunerándose mensualmente incluso en períodos de vacación y permisos o ausencias justificadas**

Los agentes de la Policía Local del Ayuntamiento de Vigo, que perciben pluses de nocturnidad y festividad por las jornadas concretas realizadas en franja nocturna o en día festivo, solicitaron recibir la parte proporcional de dichos complementos retributivos en período vacacional, de disfrute de permisos, bajas laborales, etc. Fundaron su pretensión en el precedente del personal del Servicio de Extinción de Incendios del Ayuntamiento de Ourense resuelto por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en su Sentencia de 1 de octubre de 2020 (rec. 7908/2018).

En fase de apelación, el TSJG estimó sus demandas, entre otras en sus sentencias de 18 de octubre y 14 de septiembre de 2022 (recs. 187/2022 y 173/2022, ponentes: Seoane Pesqueira y López González). En ellas la Sala les reconoce a los policías recurrentes el derecho «Al percibo de los pluses de festividad y nocturnidad durante los períodos de vacaciones, situaciones de incapacidad temporal, días de libre disposición y demás permisos retribuidos». Con una doble motivación:

– «lo que el actor percibe por nocturnidad y festividad no remunera prestaciones fuera del turno ordinario, sino las realizadas dentro de la jornada ordinaria y con arreglo a los turnos asignados. (...) Los turnos y horas asignados al actor constituyen el trabajo ordinario y habitual del recurrente y no corresponden a ninguna actividad u organización extraordinaria o especial».

– En la relación de puestos de trabajo (RPT) de dicho Ayuntamiento, en los complementos específicos de los agentes de policía no se incluyó la penosidad derivada de esos turnos nocturnos y festivos. Dicho concepto se quiso remunerar aparte, como gratificación o productividad. «El propio ente local demandado no solo no afirmaba tal inclusión, sino que, amparándose en la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1995 (hoy ya superada) señalaba la imposibilidad de aquella inclusión».

## 1.5 Encargos verbales de obras o servicios con omisión absoluta del procedimiento de contratación. Sólo se podrían abonar por el procedimiento de revisión de oficio de contrato nulo. Responsabilidad penal de la autoridad municipal contratante

La Sentencia del TSJG de 19 de julio de 2022 (rec. 7016/2022, ponente: Villares Naveira) avanza en la clarificación del régimen jurídico aplicable a estos supuestos de alegalidad contractual, frecuentes en determinadas administraciones locales. En pronunciamientos anteriores, reseñados en el número 62 de la REGAP, dicho tribunal estableció que no existe la obligación de compensar por “enriquecimiento injusto” al empresario que realiza el encargo con “mala fe”, beneficiándose conscientemente de la omisión del procedimiento contractual exigible. En esta sentencia alcanza otra conclusión novedosa (ciertamente polémica): No procede realizar el abono de este tipo de obras o servicios directamente mediante el mecanismo del “reconocimiento extrajudicial de créditos” (REC) al que aluden el artículo 60.2 del Real decreto 500/1990, de 20 de abril, y el artículo 23.1.e) del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL). Antes debe tramitarse un procedimiento de “revisión de oficio de contratos nulos”:

*«(...) non discutida polas partes a inexistencia absoluta de procedemento de contratación (...) é evidente que concorre unha nulidade de pleno dereito prevista no art. 32 do TRLCSP (análoga á actual do art. 39 LCSP no que agora interesa) e no art. 47.1.e. LPACAP. Ante unha nulidade de pleno dereito, a propia administración tiña como mecanismo de reacción autónomo a revisión de oficio de actos nulos de pleno dereito. Neste sentido, se ben o TRLCSP refire só os actos de preparación e adxudicación, isto faise para establecer determinadas especialidades, sen que impida acudir con carácter xeral ao art. 106.1. LPACAP. É por isto que cando en sede administrativa son consultados os órganos de asesoramento técnico do Concello, Secretaría e Intervención, incidan nesta opción, que é á que se agarra o apelante.*

*Só unha vez que se declara a nulidade de pleno dereito de todo o actuado, por inexistencia absoluta de procedemento de contratación, é cando hai que reparar as consecuencias que afecten negativamente a terceiros de boa fe, e cuxo contexto normativo pode ser o REC. Pero iso debe corresponder a unha fase ulterior do camiño administrativo.*

*Esta actuación para emendar o mal feito en casos de ausencia de procedemento de contratación, como presuposto do aboamento das obras ou servizos é o que late na recente STS n. 722/2022, de 13 de xuño, en cuxo FX 3º dá conta da previa revisión de oficio ante ausencia absoluta de procedemento, a partir da cal se fixa unha indemnización polas obras efectivamente realizadas, excluíndose determinadas cantidades coma determinados tipos de xuro ao non se tratar dunha situación contractual. (...).*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*No caso de autos, o Concello obviou non só o procedemento administrativo de contratación de forma groseira, senón o relativo á declaración de nulidade (...) Non pode haber recoñecemento de crédito a favor dun particular se non hai causa que o xustifique. E a causa neste caso non pode ser outra que a inexistencia de contratación administrativa válida, e tal feito tiña que ser declarado pola propia administración pola vía da revisión de oficio de actos nulos de pleno dereito. Esta declaración era necesaria porque daba a medida de cal tiña que ser o ámbito precisamente do recoñecemento extraxudicial de crédito».*

La sentencia añade otra consideración interesante. Concluye que cuando afloran estos supuestos de omisión total y absoluta del procedimiento de contratación, por cuantía relevante, deben comunicarse a la fiscalía o a la jurisdicción penal para que se depuren las correspondientes responsabilidades penales:

*«O art. 262 LACrim indica que “Os que por razón dos seus cargos, profesións ou oficios tiveren noticia dalgún delito público, estarán obrigados a denuncialo inmediatamente ao Ministerio fiscal, ao Tribunal competente, ao Xuíz de instrución e, na súa falta, ao municipal ou ao funcionario de policía máis próximo ao sitio se se tratar dun delito flagrante”. No presente litixio, entende a Sala que a omisión absoluta de procedemento de contratación administrativa dadas as súas dimensións (máis dun millón e medio de euros e en relación a varias materias diferentes o que implica que se eludiu o procedemento de contratación de forma recalcitrante) e prolongación no tempo (as prácticas abranguen varios anos), unido á multiplicidade de advertencias feitas polos órganos de Intervención e Secretaría do Concello que constan no expediente sobre a ilegalidade das actuacións, revelan a existencia de feitos que poden ser indiciarios de actividade delitiva no eido da prevaricación administrativa (...)».*

## 2 Extranjería

### 2.1 Inmigrantes en situación irregular. No procede su expulsión, ni su sanción con multa, si no concurren circunstancias agravantes. Incidencia de informes policiales desfavorables, antecedentes penales e indocumentación

El TS, en sus sentencias de 5 y 20 de octubre de 2022 (recs. 270/2022 y 5793/2021, ponentes: Herrero Pina y Olea Godoy) clarifica el régimen sancionador aplicable a día de hoy en España a los residentes extranjeros en situación irregular, tras las cuestiones prejudiciales resueltas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias de 22 de abril de 2015 (C-38/14), 8 de octubre de 2020 (C-568/19) y 3 de marzo de 2022 (C-409/20).

Concluye, en primer lugar, que a dichos ciudadanos no se les puede expulsar, ni sancionar con multa pecuniaria, si a la mera permanencia irregular no se le añaden determinadas circunstancias agravantes, acreditadas y motivadas en el expediente.

En segundo lugar, que *«la mera cita genérica de la existencia de condena penal o de antecedentes policiales, cuyas circunstancias y resultado no se justifican por la Administración, no puede servir de fundamento o circunstancia agravante que permita cumplir con el presupuesto de proporcionalidad en la adopción de la decisión de expulsión»*.

Y, en tercer lugar, que *«la falta de documentación como circunstancia agravante ha de ponerse en relación con las dificultades para la correcta identificación del interesado, que impidan conocer su identidad, origen y demás circunstancias personales, comprometiéndose la tramitación del procedimiento, lo que no puede predicarse de supuestos como el presente en el que el recurrente, aunque no aportara documentación en el momento de la detención, no carecía de la misma y de hecho en el propio acuerdo de incoación del procedimiento se refleja el número de su Cédula de Identidad, nombre, lugar y fecha de nacimiento y filiación, indicándose también un domicilio en Madrid. Y posteriormente se aportó el correspondiente pasaporte en la parte que a tales efectos resulta suficiente (...). En tal sentido y contrariamente a lo que se sostiene en la sentencia de apelación, como hemos razonado en la sentencia de 27 de abril de 2022 (rec. 2958/21), si bien la falta de una inicial presentación de documentación e identificación del interesado puede justificar la aplicación del procedimiento preferente, si con posterioridad se aporta y acredita la existencia de tal documentación desaparece como tal causa de agravación a efectos de la adopción de la decisión de expulsión»*.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

### 3 Medio ambiente y urbanismo

#### 3.1 Costas. Constitucionalidad de la Ley de cambio climático en lo que afecta a la extensión de las concesiones de ocupación del dominio público marítimo-terrestre y sus prórrogas

El Tribunal Constitucional (TC) en su Sentencia 90/2022, de 30 de junio (BOE de 29/07/2022, ponente: Martínez-Vares García), desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Xunta de Galicia frente al artículo 20 y la disposición derogatoria única de la Ley 7/2021, de 20 mayo, de cambio climático y transición energética.

En el artículo 20.4 de dicha ley se dispuso que *«Los plazos de duración de los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre se computarán desde su otorgamiento e incluirán todas sus prórrogas, de ser estas posibles, sin superar los plazos máximos establecidos en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos que se dicten tras la entrada en vigor de esta ley en incumplimiento de lo previsto en este artículo»*.

La Xunta de Galicia esgrimió en su recurso que esa norma vulnera el principio constitucional de seguridad jurídica, al contradecir o ignorar disposiciones legales anteriores sobre la vigencia y prórrogas de estas concesiones demaniales, sembrándolas de dudas interpretativas. La sentencia rechaza sus argumentos, con la siguiente consideración final:

*«(...) cabe concluir que su texto no resultaría contrario al principio de seguridad jurídica, entendido como claridad y certeza del Derecho, ya que su sentido es claro y su aplicabilidad puede determinarse acudiendo a los métodos de interpretación aceptados en Derecho. En efecto, las disposiciones impugnadas, ofrecen elementos suficientes para poder identificar, por una parte, la duración de los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre y sus prórrogas en vigor, por aplicación de la Ley de costas y, por otra parte, la forma de computar el plazo máximo de duración de la prórroga extraordinaria de la concesión, resultando nulas las prórrogas otorgadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2021.*

*(...) se deduce que el plazo máximo de duración de las concesiones de ocupación del dominio público marítimo-terrestre, o de cualquier prórroga del mismo, sería a partir de la entrada en vigor de la Ley 7/2021 de setenta y cinco años (desde su concesión o desde su prórroga –según su diverso régimen originario–); conservando los titulares de concesiones (o prórrogas) anteriores a la entrada en vigor de la Ley 7/2021, sus derechos adquiridos conforme a la Ley de costas (incluido el término de prórroga extraordinaria de setenta y cinco años del art. 2 de la Ley 2/2013); no pudiéndose –sin embargo– otorgar ni prorrogar –desde la entrada en vigor de la Ley 7/2021– ninguna ocupación del dominio público marítimo-terrestre por más de esos setenta y cinco años de límite, y resultando nulas las concesiones o prórrogas de más de setenta y cinco años otorgadas tras la entrada en vigor de la Ley 7/2021. Por otra parte, el dies a quo del cómputo del plazo de duración de la concesión y su prórroga es una cuestión casuística, que les corresponderá enjuiciar a los tribunales ordinarios según la heterogeneidad de regímenes. (...).*

*En definitiva, los preceptos impugnados por quebrantar el principio de seguridad jurídica (art 9.3 CE), no han dado lugar a una oscuridad o insuficiencia hermenéutica, sino que –al contrario– pueden ser objeto de interpretación meridiana por los operadores jurídicos, administraciones y tribunales, no obstante la heterogeneidad de situaciones y títulos de concesión, partiendo, primero, de que la prórroga extraordinaria introducida en el art. 2 de la Ley 2/2013 tenderá a extinguirse en el tiempo (a fin de evitar la perpetuación en la ocupación del dominio público marítimo-terrestre), pero respetando los derechos constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley 7/2021; segundo, de que el plazo máximo de ocupación del dominio público marítimo-terrestre se acota a setenta y cinco años, no extensibles (no caben ya las prórrogas sucesivas mencionadas en el art. 2.3 de la Ley 2/2013). Y tercero, que cualquier concesión posterior a la entrada en*

vigor de la Ley 7/2021 (el 22 de mayo de 2021) que no se ajuste a lo previsto en la misma es nula (incluidas las solicitadas y todavía no otorgadas) (...)».

### 3.2 Edificaciones en situación de fuera de ordenación por caducidad de la potestad de disciplina urbanística. El mantenimiento o el cambio de uso requiere del cumplimiento de la normativa sobre seguridad, salubridad y ornato

Así lo consideró el TSJG en su Sentencia de 18 de octubre de 2022 (rec. 4217/2022, ponente: Díaz Casales), sobre la solicitud de cambio de uso (de local comercial a vivienda) en un edificio en situación de fuera de ordenación por caducidad de la potestad municipal para ordenar la reposición de la legalidad urbanística infringida:

*«(...) la recurrente prescinde de una obligación que a todos los propietarios impone la Ley del Suelo, que viene establecida en el Art. 135.1 de la misma en su apartado c) conforme a la cual los propietarios deben conservar las construcciones y edificios en condiciones legales de servir al soporte de los usos a los que estuvieren destinados, en todo caso en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato, disponiendo en su artículo siguiente que los Ayuntamientos, pueden de oficio o a instancia de cualquier interesado, dictar órdenes de ejecución que obliguen a los propietarios a realizar las actuaciones necesarias para dar el debido cumplimiento al mantenimiento de dichas condiciones, lo que otorga cobertura al requerimiento contenido en la resolución recurrida y ahora discutido, entendiéndose que la referencia al Decreto 29/2010 contenida en el requerimiento entraña una forma de objetivar el cumplimiento de tales requisitos, cabiendo la posibilidad de discutir, con ocasión de presentación del proyecto requerido, en qué medida el espacio generado ilícitamente en el bajo y la entreplanta del edificio resulta habitable.*

*(...) la caducidad de la acción de reposición otorga al titular del inmueble la facultad de resistir una orden de demolición, pero no determina que la administración haya de respetar su utilización en condiciones que puedan entrañar un riesgo para sus moradores y/o para terceros –recuérdese que como señala la sentencia de instancia no resultan indiferentes las condiciones de ventilación de las estancias, las salidas de humos, emisión e inmisión de ruidos, producción de humedades, servicios e instalaciones o las referentes al ornato público– cuando resulta evidente que las estancias vivideras exigen condiciones mucho más exigentes que las destinadas a trasteros o, como parece ser el caso, las dedicadas a almacenar bicicletas y que las condiciones de habitabilidad no pueden resultar indiferentes para la administración local, por las razones dichas en el anterior fundamento. Así lo advertimos en la St. de 1 de febrero de 2019 –que dictamos en el Recurso de apelación 4177/2017, en relación con la conversión de un trastero en vivienda– (...) podemos extraer la conclusión de que del mismo modo que la caducidad de la acción de reposición de la legalidad no excluye la solicitud de una licencia de primera ocupación (caso de*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*la St. del T.S. de 3 de abril de 2000) y que con ocasión de ésta no cabe discutir los incumplimientos urbanísticos o la ilegalidad de la licencia otorgada (caso de la St. del TSJ de Madrid anteriormente transcrita) que el hecho de que la obra resulte, por el transcurso de 6 años desde su total terminación, incólume a las acciones de reposición no supone que puedan destinarse a cualquier finalidad sino que ha de tratarse de una finalidad permitida por las ordenanzas, por ello también ha de ajustarse a los requisitos mínimos exigibles, esto es a reunir las condiciones mínimas de seguridad, salubridad, ornato y funcionalidad cuyo cumplimiento entendemos es la finalidad perseguida por el requerimiento del Ayuntamiento que la apelante discute. El referido requerimiento no impone solicitar una licencia de primera ocupación, como denuncia la recurrente, sino acreditar, mediante un proyecto, que el local reúne condiciones de habitabilidad».*

## 4 Procedimiento administrativo

### 4.1 Notificaciones realizadas en papel por el servicio de correos. Si el destinatario se halla ausente, debe dejarse un aviso en su buzón, con constancia fidedigna de ello

La Sentencia del TS de 18 de octubre de 2022 (rec. 5517/2020, ponente: Montero Fernández), referida a Galicia, estima la casación y ratifica la ineficacia de la notificación, mediante publicación de edictos, de una liquidación tributaria, tras concluir que: *«es requisito imprescindible conforme a la reglamentación postal, no ya solo que se expresen los dos intentos de notificación fallidos, sino además que el Servicio de Correos, deje constancia en el casillero del destinatario del aviso de llegada, de todo lo cual debe quedar constancia en la documentación extendida por el personal del operador del Servicio Postal Universal».*

Invoca el precedente reciente de su Sentencia de 27 de julio de 2022 (rec. 5544/2021) y añade la siguiente fundamentación:

*«En reiteradas ocasiones este Tribunal, ..., ha proclamado que la notificación edictal debe representar el último remedio para hacer posible el principio básico de eficacia de las Administraciones Públicas, (...). la regularidad formal de la notificación no será suficiente para su validez si el notificado no tuvo conocimiento real del acto que había de comunicársele; y, paralelamente, que los incumplimientos de las formalidades establecidas no serán obstáculo para admitir la validez de la notificación si ha quedado debidamente acreditado que su destinatario tuvo un real conocimiento del acto comunicado. (...)*

*El artículo 42.2 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, que aprueba el Reglamento de prestación de los servicios postales, expresa, literalmente, que se consignará dicho extremo –con referencia a los intentos de notificación– en la*



*oportuna documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación el apartado 3 del mismo precepto exige la constancia del aviso de llegada y que la notificación hasta tal momento fallida se deposite en lista de notificaciones.*

*Así pues, no solo es esencial la demostración del intento de entrega por dos veces de las cartas certificadas, sino también la prueba de la entrega del “aviso de llegada” mediante su introducción en el buzón o casillero correspondiente, o por otro medio, pues del cumplimiento de ese requisito depende que el destinatario tenga conocimiento del intento de notificación y pueda acudir en plazo a la Oficina de Correos correspondiente a recoger el envío, trámite indispensable para que, en caso de no efectuarse tal recogida, el Servicio de Correos pueda devolver el certificado al remitente como correspondencia caducada. (...) realizados los dos intentos de notificación sin éxito por el personal de Correos –no se ha hecho en este caso por agente notificador de la Administración Tributaria–, se debe proceder, en los términos del art. 4.2.3 del Real Decreto 1829/1999, a dejar al destinatario aviso de llegada en el correspondiente casillero domiciliario, acreditándose fehacientemente dicho extremo en la notificación».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 4.2 Procedimiento de “comunicación previa” para la habilitación de actividades. No cabe ampliar el plazo para resolver

La Sentencia del TS de 20 de septiembre de 2022 (rec. 7031/2021, ponente: Román García), también referida a Galicia, analiza el régimen jurídico del sistema de “comunicación previa”, sustitutivo de la antigua “autorización administrativa”, concluyendo que: «no cabe aplicar a las comunicaciones previas a que se refiere el artículo 69.2 de la Ley 39/2015 la causa de suspensión del plazo máximo para resolver prevista en el artículo 22.1.g) de la misma ley». Por estas razones:

*«(...) tras la implantación normativa del nuevo régimen liberalizador del acceso y ejercicio de las actividades de servicios, concretado –a los efectos que ahora nos interesan– en el artículo 69 de la Ley 39/2015, el inicio de la actividad se condiciona a una manifestación del sujeto que desea ejercer aquélla, comunicando a la Administración que cumple los requisitos exigidos legalmente para ello; y la Administración efectúa un control a posteriori para verificar que, efectivamente, se cumplen aquellos requisitos.*

*La consecuencia del cambio de planteamiento normativo respecto de la situación anterior es clara: ahora no existe, propiamente, un procedimiento autorizatorio que, iniciado con una solicitud del sujeto, deba concluir con una resolución administrativa “otorgando permiso” a aquél para realizar la actividad pretendida. Al liberalizarse el ejercicio de la actividad, el sujeto puede dar comienzo a ésta, si cumple los requisitos legales, una vez comunique esta circunstancia a la Administración; y será entonces cuando la Administración lleve a cabo su actividad*

*de control para verificar el ajuste de aquélla a la legalidad, de manera que si apreciara deficiencias en la comunicación presentada (o en la documentación correspondiente) podrá requerir del sujeto la oportuna subsanación e, incluso, en los supuestos previstos legalmente –véase el apartado 4 del artículo 69 de la Ley 39/2015– podrá llegar a declarar la ineficacia de la comunicación previa y determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado por la ley, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.*

*Quiere ello decir que si a estos efectos no existe ya, propiamente, un procedimiento sometido al régimen de autorización (esto es, un procedimiento que deba iniciarse con una solicitud del interesado y deba finalizar con una resolución favorable de la Administración), por haber sido sustituido normativamente por el régimen de la declaración responsable y la comunicación previa, lógico será concluir que existe una dificultad conceptual –más bien, imposibilidad– para aplicar directamente a la comunicación previa las causas de suspensión del plazo para resolver, que están previstas para aquellos procedimientos (...)».*

### **4.3 Incumplimiento de la obligación de realizar por vía electrónica, en lugar de en papel, las notificaciones a las personas jurídicas. Irregularidad formal no invalidante**

El TS, en reiteradas sentencias a partir de la de 20 de julio de 2022 (rec. 3963/2021, ponente: Calvo Rojas) analiza el conflicto suscitado en Galicia sobre el vicio formal de procedimiento consistente en la notificación de resoluciones a entidades mercantiles en soporte papel por vía postal, en lugar de electrónica y telemáticamente, concluyendo que es una irregularidad formal no invalidante:

*«(...) Esta Sala no ignora los preceptos de los que resulta la procedencia de la notificación por medios electrónicos cuando se trata de personas jurídicas establecido (artículos 14.2.a) y 41.1 de la Ley 39/2015). Sin embargo, siendo así que, como ya hemos señalado, en actuaciones anteriores del mismo procedimiento administrativo la entidad Volkswagen había admitido que se practicasen las notificaciones en papel, y no habiendo duda de que la recurrente tuvo pleno conocimiento de la resolución sancionadora notificada por esa vía, no cabe tachar de inválida tal notificación por haberse practicado de ese modo. A tal efecto es obligado tener presente que, según el citado artículo 41.1 de la Ley 39/2015, “(...) Con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente”.*

*En definitiva, no cabe afirmar se haya causado indefensión a la recurrente. Por ello entendemos que el hecho de haberse llevado a cabo la notificación en papel constituye una irregularidad que carece de relevancia invalidante (artículo 48.2 de la Ley 39/2015)».*

## 5 Proceso contencioso-administrativo

### 5.1 Litigios entre administraciones públicas. Plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo

La Sentencia del TSJG de 9 de septiembre de 2022 (rec. 4043/2021, ponente: Martínez Quintanar) analiza en detalle los requisitos procesales y formales exigibles a un recurso contencioso-administrativo promovido por una autoridad portuaria (Administración del Estado) frente a la desestimación presunta del requerimiento previo formulado a un ayuntamiento para que realizase determinadas obras de conservación en un paseo marítimo.

El Tribunal inadmite finalmente el recurso, por haberse interpuesto extemporáneamente. Considera que, conforme a lo dispuesto en los artículos 44 y 46.6 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio (LJCA), cuando la Administración actora formula un requerimiento previo que no se responde con acto expreso, el plazo para acudir a la vía judicial contencioso-administrativa concluye a los tres meses desde la fecha de presentación del requerimiento:

*«(...) no es de aplicación el plazo de 6 meses de que trata el 46.1 LJCA para la interposición del recurso contencioso administrativo contra los actos presuntos, pues dicha regulación se refiere a los recursos administrativos y cede ante la específicamente prevista para los supuestos en que medie el requerimiento interadministrativo del artículo 46.6 LJCA, sin que sea de aplicación la doctrina jurisprudencial sobre equiparación entre los actos presuntos y los notificados defectuosamente, a efectos del cómputo del plazo para recurrir, al ser aplicable en los supuestos de actos presuntos a que se refiere el artículo 46.1 LJCA».*

### 5.2 Determinación de la cuantía en los procesos dirigidos frente a actos de la Tesorería General de la Seguridad Social

El TSJG, en su Sentencia de 25 de noviembre de 2022 (rec. 4213/2022, ponente: Martínez Quintanar), constata que en el artículo 41 de la Ley jurisdiccional 29/1998 (LJCA) se establecen dos reglas diferentes y complementarias para la determinación de la cuantía del pleito, distinguiéndose la primera instancia de la fase de apelación o casación. En primera instancia la cuantía vendrá determinada por “la suma del valor económico de las pretensiones”. En cambio, en la apelación y casación la cuantía se considera separadamente, respecto de cada una de las acciones acumuladas. El efecto

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

práctico de esta conclusión es que el TSJG asume a partir de ahora su competencia para conocer en primera y única instancia de los litigios frente a resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) que le requieran al interesado el pago de una cuantía global superior a 60.000 euros, con independencia de que esa cantidad resulte de la suma de distintas deudas o conceptos acumulados (artículo 8.3 p.º 2.º LJCA). Con este cambio de criterio se abre la puerta del recurso de casación a numerosos asuntos que hasta ahora lo tenían vetado en la práctica judicial gallega.

Dicha sentencia se complementa con la del TS de 18 de julio de 2022 (rec. 2389/2020, ponente: Espín Templado), referida a Galicia, en la que se concluye que las resoluciones de la TGSS sobre cambios de grupos de cotización son de cuantía indeterminada, resultando en consecuencia susceptibles de recurso de apelación.

### 5.3 Rehabilitación de plazos en el trámite de subsanación de deficiencias de la fase inicial de interposición de un recurso contencioso-administrativo

La Sentencia del TS de 27 de julio de 2022 (rec. 7727/2020, ponente: Román García), también referida a Galicia, consolida su criterio interpretativo sobre lo dispuesto en el artículo 128.1 (rehabilitación de plazos procesales), en el sentido de que:

*«en el procedimiento abreviado, una vez expirado el plazo de subsanación de 10 días concedido por el Juzgado para presentar la demanda sin haberlo hecho, cuando hubiere sido iniciado el procedimiento por un escrito presentado en plazo y el órgano judicial hubiere dictado una resolución declarando la caducidad del plazo para formalizar la demanda, deberá admitir el escrito que la formule si se presenta dentro del día en que se notifica aquella resolución».*

## 6 Sanidad

### 6.1 Vulneración del régimen de incompatibilidades del personal sanitario facultativo. Falta muy grave

La Sentencia del TSJG de 14 de septiembre de 2022 (rec. 532/2021, ponente: Seoane Pesqueira) confirma en apelación la sanción disciplinaria de dos años de suspensión de empleo y sueldo impuesta por la Xunta de Galicia a un médico del Sergas (personal estatutario fijo, delegado sindical liberado) por haber incumplido su régimen de incompatibilidades. Concretamente por trabajar mediante contrato mercantil con una clínica privada concertada que también atiende a pacientes del Sergas. Concluye el Tribunal que:

*«queda demostrado que la clínica IVI ha de ser incluida en el concepto al que se refiere el artículo 2 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad*

*Social y de los Entes, Organismos y Empresas dependientes, cuando establece que “a los efectos exclusivos del régimen de incompatibilidades, se entenderán entidades colaboradoras y concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria, incluidas en el sector público que delimita el artículo primero de la Ley 53/1984, aquellas entidades de carácter hospitalario o que realicen actividades propias de estos centros, que mantengan concierto o colaboración con alguna de las entidades gestoras de la Seguridad Social, siendo su objeto precisamente la asistencia sanitaria que estas están obligadas a prestar a los beneficiarios de cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social”. En consecuencia, está plenamente justificada la calificación de la conducta por vía del artículo 72.2.l de la Ley 55/2003».*

## 6.2 Responsabilidad patrimonial sanitaria

En los últimos años se han incrementado exponencialmente las reclamaciones indemnizatorias de pacientes frente a la Administración autonómica por supuestos defectos en la prestación del servicio público sanitario. En el último semestre de 2022 el TSJG ha dictado numerosas sentencias de condena por responsabilidad patrimonial. Pueden así mencionarse, en un intervalo breve de tiempo, las sentencias de 14 de septiembre (dos: recs. 6127/2022 –ponente: López González– y 310/2021 –ponente: Bolaño Piñeiro–), 13 de octubre (dos: recs. 553/2021 y 608/2021 –ponente: López González–), 26 de octubre (rec. 523/2021 –ponente: López González–) y 23 de noviembre de 2022 (rec. 312/2022 –ponente: Seoane Pesqueira–), entre otras. En ellas se condena a la consellería a abonar indemnizaciones de, respectivamente, 97.000 euros, 200.000 euros, 40.000 euros, 122.000 euros, 475.000 euros y 100.000 euros, por errores de diagnóstico-tratamiento médico, o pérdida de oportunidad, cometidos en los complejos hospitalarios públicos de Pontevedra, Vigo, Lugo, A Coruña y Santiago de Compostela. En la última de las citadas se realiza un interesante análisis del criterio de imputación por “pérdida de oportunidad”:

*«La Sala coincide con el juzgador de primera instancia en que concurre la incertidumbre causal propia de la pérdida de oportunidad, porque no puede afirmarse, con la necesaria seguridad y contundencia, que la causa del fallecimiento de la señora Gabriela fue la inadecuada actuación sanitaria al demorar injustificadamente la práctica de la cesárea. Con tal modo de actuar se privó a la paciente de determinadas expectativas de supervivencia, pues al verse abocada al parto vaginal, dada la fibrosis quística que le aquejaba y que había condicionado el seguimiento de todo el embarazo, se concretó el riesgo de que no podría superarlo, además de que fue necesario el alumbramiento manual determinante de una masiva hemorragia. (...).*

*cuando se aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del*

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera, es decir, en la pérdida de oportunidad hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable, para lo que hay que tomar en consideración el grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera podido producir un resultado beneficioso y el alcance o entidad del mismo (STS de 3 de julio de 2012, recurso casación 6787/2010); en definitiva, ha de otorgarse una suma que tenga en cuenta el daño antijurídico derivado de la privación de expectativas, puesto que, como ha razonado la STS de 20/11/2012 (RC 4598/2011), aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar con la garantía de que van a ser tratados con diligencia aplicando los medios e instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones sanitarias, a que no se produzca una “falta de servicio” (STS de 7 de noviembre de 2008, RC 4776/2004) en sentido concordante de “defecto de pericia y pérdida de actividad” (STS 24/11/2009, RC 1592/2008)».*

### 6.3 Instrucción sobre continuación del tratamiento crónico del farmacéutico de Atención Primaria en situaciones especiales

La Sentencia del TSJG de 18 de noviembre de 2022 (rec. 7812/2021, ponente: Fernández López) estima el recurso promovido por el Consello Galego de Colexios Médicos de Galicia contra la “Instrucción sobre continuación del tratamiento crónico del farmacéutico de Atención Primaria en situaciones especiales” aprobada por el gerente del Servizo Galego de Saúde en octubre de 2021, “dirigida a los farmacéuticos de la Atención Primaria para decidir continuar el tratamiento crónico de los pacientes”.

En dicha sentencia se analiza, en primer lugar, la naturaleza jurídica de la instrucción, concluyéndose que no se trata de una disposición reglamentaria *stricto sensu*, por lo que no se le pueden exigir los requisitos procedimentales establecidos en los artículos 127 y ss. de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (LPAC). Pero también que es un acto que afecta a una pluralidad de ciudadanos (los pacientes con tratamientos farmacológicos), con vigencia indefinida hacia el futuro, acto para cuya aprobación deben emitirse previamente los informes necesarios, que motiven y justifiquen sus determinaciones:

*«(...) una cosa es que se relaje el procedimiento para aprobar la instrucción, y otra es que ésta esté huérfana de cualquier trámite precedente, pues no consta informe, estudio, memoria o propuesta alguna que avale la necesidad de su contenido, más aún cuando se ha aprobado en el ejercicio de una auténtica potestad discrecional, para cuya fiscalización no basta con examinar su motivación (artículo 35.1.i) de la LPACAP), sino también los hechos determinantes de tal decisión, que en este caso no constan por ningún lado. (...)».*

En segundo lugar, la sentencia considera que, en cuanto al fondo, la instrucción vulnera el reparto de competencias profesionales entre médicos y farmacéuticos establecido en la legislación sectorial sanitaria:

*«(...) no debe ignorar las funciones que a cada profesional le asigna su artículo 6.1, que en el caso de los médicos es el diagnóstico, tratamiento, terapia y rehabilitación de los pacientes (apartado 2.a), lo que comprende la prescripción de los medicamentos, en tanto que a los farmacéuticos les corresponde su producción, conservación y dispensación, sin que se diferencie según que los pacientes sean o no crónicos.*

*La claridad de esos preceptos no admite duda alguna a la hora de averiguar las funciones que les corresponde a cada sanitario, por lo que no procede jugar con la terminología para extenderlas a quien no las tiene, que es lo que la instrucción litigiosa ha hecho a la hora de habilitar a los farmacéuticos para comprobar la necesidad o no de dar continuidad, pero también la de revisar la prestación farmacéutica que sólo los médicos pueden prescribir, aún en el caso de pacientes que cuenten ya con una medicación indicada para su enfermedad crónica, todo ello de conformidad con lo estipulado en el artículo 79 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, y en el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, que lo desarrolla (...).*»

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 7 Tributos

### 7.1 Ordenanza fiscal municipal reguladora de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica

La Sentencia del TSJG de 14 de octubre de 2022 (rec. 15216/2020, ponente: Selles Ferreiro) resuelve el recurso interpuesto por Red Eléctrica de España contra la Ordenanza fiscal del Concello de Ordes (A Coruña), reguladora de la “Tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos” (BOP de 11/03/2020). Anula el régimen de cuantificación de la tasa y el anexo de tarifas «por fijar un tipo de gravamen anual único del 5 por 100 sin distinguir el tipo de aprovechamiento del demanio efectuado por el contribuyente».

Se motiva, en esencia, en el criterio establecido por el TS en su Sentencia de 17 de diciembre de 2020 (rec. 3637/2019), consistente en que:

*«a) En los supuestos de aprovechamiento especial de bienes del dominio público no cabe imponer un tipo de gravamen del 5 por 100 sobre la base de la tasa que*

*tomará, a su vez, como referencia, la utilidad que reporte el aprovechamiento cuando nos hallemos irrefutablemente ante un caso de aprovechamiento especial, no de uso privativo y*

*b) La Ordenanza Fiscal –en los casos en que coincidan aprovechamiento especial y uso privativo– deberá justificar la intensidad o relevancia de cada uno de ellos a la hora de cuantificar la tasa conforme a la legislación vigente, especialmente teniendo en cuenta el artículo 64 de Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público».*

## **7.2 Caducidad del expediente de comprobación de valores. Principio de buena administración**

El TSJG, en su Sentencia de 5 de octubre de 2022 (rec. 15641/2021, ponente: Rivera Frade), anula una liquidación del impuesto de transmisiones patrimoniales (Axencia Tributaria de Galicia) por haberse dictado en un expediente de comprobación de valores caducado, al haber transcurrido más de seis meses entre la fecha de su incoación y la de notificación de la resolución definitiva.

La Administración sostuvo en el litigio la tesis de que el plazo de caducidad se suspendió con la petición inicial del contribuyente de que se le tradujese al castellano la resolución de incoación. El TSJG la rechaza, al constatar que la Axencia Tributaria demoró a partir de ahí un año en notificar la resolución traducida. La sentencia realiza un interesante y prolijo análisis del principio de “buena administración” conforme al que debía haber actuado la demandada, con estas conclusiones:

*«(...) El procedimiento ya estaba iniciado formalmente. Y aunque, en efecto, el inicio del plazo de caducidad debe computarse desde la notificación de este acuerdo al contribuyente, hacerlo un año después amparándose la Administración en que con la segunda notificación se ha evitado indefensión al contribuyente, convierte el ejercicio de un derecho (el derecho del obligado tributario a utilizar a las lenguas oficiales en el territorio de su comunidad autónoma, previsto en el ámbito tributario, en el artículo 34.1 LGT, y en el artículo 15.1 de la Ley 39/2015 en el ámbito del procedimiento administrativo común) en una excusa para paralizar el procedimiento, contraviniendo la ATRIGA el principio de buena administración y el de buena fe que debe presidir las relaciones entre la Administración y los ciudadanos.*

*Ambos principios (principio de buena administración y el de buena fe que debe presidir las relaciones entre la Administración y los ciudadanos) como se ha encargado de señalar el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de octubre de 2020 abonan una interpretación que acentúe la diligencia en el actuar administrativo y también la deferencia y el respeto con los que las autoridades y empleados públicos deben tratar a los ciudadanos (artículo 13 de la actual Ley del Procedimiento Administrativo Común). Y desde luego no se puede calificar de*



*actuación administrativa diligente y respetuosa del contribuyente, la que espera un año para hacer efectivo un derecho reconocido por la ley a favor del ciudadano, aprovechando la Administración a su favor el retraso que ella misma provocó (...)*».

### 7.3 Embargo de cuentas bancarias en régimen de cotitularidad

La Sentencia del TSJG de 10 de noviembre de 2022 (rec. 14410/2021, ponente: Rivera Frade) anula el embargo de una cuenta bancaria, al constatar que se halla en régimen de cotitularidad y que sus únicos ingresos proceden de una cotitular ajena a la deuda tributaria:

*«El artículo 171.2 LGT al regular el embargo de bienes o derechos en entidades de crédito o de depósito, establece que: “Cuando los fondos o valores se encuentren depositados en cuentas a nombre de varios titulares sólo se embargará la parte correspondiente al obligado tributario. A estos efectos, en el caso de cuentas de titularidad indistinta con solidaridad activa frente al depositario o de titularidad conjunta mancomunada, el saldo se presumirá dividido en partes iguales, salvo que se pruebe una titularidad material diferente”.*

*Esta última salvedad es la que impide trabar embargo del saldo, total o parcial, de una cuenta bancaria por deudas de uno de los titulares, si se demuestra, bien que la titularidad no es por parte iguales, bien que la titularidad material pertenece en exclusiva al otro cotitular.*

*Y esto es lo que sucede en el presente caso en el que, a la vista de los extractos bancarios aportados por la recurrente –ya en la vía administrativa–, y a la vista de los movimientos que tuvieron lugar desde el día 5 de diciembre de 2016 hasta la fecha en la que se practicó el embargo –en el mes de abril del año 2019–, resulta que el único ingreso que se hace en ella, y, por tanto, el único ingreso con el que se nutre el saldo de la cuenta bancaria es la pensión que la actora percibe mensualmente por importe de 637,70 € (...). Los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, por lo que habrá de estarse a las relaciones internas entre los titulares, y más concretamente a la originaria procedencia del dinero que nutre la cuenta para calificar el carácter dominical de los fondos».*

### 7.4 Carácter no automático de recargos por pago retrasado de la deuda tributaria antes del inicio de la fase de apremio

El TSJG, en su Sentencia de 10 de noviembre de 2022 (rec. 15005/2021, ponente: Rivera Frade), incide en que no es de imposición automática el recargo ejecutivo del 5 % establecido en el artículo 28.2 de la Ley general tributaria para supuestos de

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

abono de la deuda fuera del plazo del período voluntario antes de la notificación de la providencia de apremio. Incide el tribunal en que:

*«cuando se impugna la exigencia de un recargo vinculado a un retraso, lo que corresponde analizar es si en el retraso existe un componente de voluntariedad del obligado tributario, si la realización tardía de la obligación debida obedece a su voluntad, y si existe por su parte una disposición de cumplir la obligación tributaria que se le impone. En este análisis, las circunstancias en las que se ha producido el retraso juegan un papel decisivo.*

*(...) no se puede despreciar la voluntad del legislador expresada en el artículo 38.3 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de no aplicar los recargos cuando el cargo en cuenta no se realice o se realice fuera de plazo por causa no imputable al obligado al pago.*

*(...) las certificaciones bancarias son valoradas por esta Sala como documentos que justifican que el retraso en el ingreso de la liquidación ha sido ajeno a la voluntad de la parte recurrente, que su voluntad ha sido ingresar la autoliquidación dentro de plazo –aunque lo fuese el último día–, y que solo por circunstancias ajenas a su voluntad, por motivos técnicos que certifica la propia entidad bancaria, el ingreso se retrasó dos días».*

## 8 Universidades

### 8.1 Evaluación virtual de los alumnos del curso académico 2019-2020 durante el estado de alarma de la pandemia de coronavirus

La Sentencia del TSJG de 26 de octubre de 2022 (rec. 570/2021, ponente: Bolaño Piñeiro) resuelve el recurso interpuesto por un profesor de derecho contra la resolución de 14 de abril de 2020 del rector de la Universidad de Vigo, en la que se dispuso que la evaluación continuada restante y las evaluaciones finales del curso académico 2019-2020 se realizasen de forma virtual.

El actor esgrimió en su recurso, en esencia, que dicha universidad carecía de medios electrónicos y telemáticos aptos para garantizar la evaluación virtual de los alumnos con una mínima calidad y evitación del fraude. En la fase de exámenes finales de mayo-junio de 2020 ya no existía la obligación de confinamiento domiciliario, hallándose en fase de “desescalada” de las medidas más restrictivas del primer estado de alarma. Pese a ello, se prolongó innecesariamente ese deficiente sistema de evaluación no presencial, incurriendo los alumnos, de manera masiva, en prácticas fraudulentas (no se podía impedir que se valiesen de ayudas externas al margen de sus conocimientos, no se garantizaba la identidad del examinando, no activaban las

cámaras de los ordenadores, se desconectaba el aula virtual, se copiaban y pegaban textos literales en las respuestas de los exámenes, etc.).

El TSJG rechaza el recurso atendiendo a la situación excepcional, imprevista, devenida con la pandemia, que obligó a improvisar la solución virtual, como mal menor, frente a la alternativa de perder el curso académico. Alcanza estas conclusiones finales:

*«En cuanto a las incidencias que refiere la parte recurrente, debe señalarse, por una parte, que, los programas informáticos facilitados por las Administraciones públicas, presentaron numerosas incidencias en todos los ámbitos, no sólo en el educativo que, fueron solucionadas con mayor o menor dificultad.*

*En cuanto a los problemas relativos a la realización de los exámenes, debe señalarse que el recurrente, al ser profesor titular y como refiere la resolución recurrida, pudo establecer la mejor forma de celebrar el examen y de garantizar la identidad de los alumnos. No debe olvidarse que la resolución recurrida, como no podía ser de otra manera, respeta expresamente: “Cuarto: que el desarrollo de las pruebas de evaluación virtual se efectúe según lo dispuesto por cada centro, con respeto a la libertad de cátedra del profesorado y conforme al marco general que pueda proporcionar la Vicerrectoría de Ordenación Académica y profesorado a tal efecto”. Es decir, la resolución administrativa no exigía que tuviese que celebrarse con todos los alumnos a la vez, podía la parte recurrente no examinar a aquel alumno que manifestarse que la cámara no funcionaba precisamente porque uno de los requisitos de los exámenes on line es que la persona esté en todo momento identificada, previa exposición a cámara de su DNI, que es la mejor forma de identificación.*

*Por último, debe concluirse que no se ha acreditado que la resolución administrativa recurrida hubiese vulnerado la dignidad del recurrente ni ningún derecho fundamental. Lo que existió fue una situación de pandemia mundial que supuso una quiebra de la realidad conocida hasta ese momento».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS



# Regap

## Recensiones

### 3





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_julio-diciembre 2022 | pp. 445-449  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.4998>  
© José Manuel González Dona  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 14/11/2022 | Aceptado: 29/11/2022

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

## El crédito tributario en el proceso concursal. Perspectivas ante un nuevo escenario económico y legislativo

64 Regap

Regap



RECENSIONES

JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ DONA  
Doctorando en Derecho Financiero y Tributario  
Universidad de Santiago de Compostela  
[josemanuel.gonzalez.dona@rai.usc.es](mailto:josemanuel.gonzalez.dona@rai.usc.es)

PATÓN GARCÍA, G. y ULAS PATIÑO, G. (dirs.): *El crédito tributario en el proceso concursal. Perspectivas ante un nuevo escenario económico y legislativo*, Wolters Kluwer Legal, Las Rozas (Madrid), 2022, 342 pp. ISBN: 978-84-9090-585-2.

El presente trabajo tiene por pretensión realizar una recensión sobre la obra *El crédito tributario en el proceso concursal. Perspectivas ante un nuevo escenario económico y legislativo*, en cuya elaboración han intervenido destacadas figuras doctrinales bajo la dirección de la profesora titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Castilla-La Mancha Gemma Patón García y de la profesora de Derecho Mercantil de la Universidad de Buenos Aires Gabriela Ulas Patiño.

La monografía, integrada por un total de diez capítulos de distinta extensión, tiene por finalidad estudiar, desde múltiples perspectivas, la relevancia que cobran los créditos tributarios contra el deudor en el procedimiento concursal. No obstante, no solo se pretende efectuar un estudio doctrinal, sino que el análisis sirva para los concursados que se hallen con este tipo de obligaciones para con el erario público en la masa pasiva. Al efecto, tal y como expone la propia Patón García en la presentación, se persigue ofrecer un conjunto de colaboraciones de carácter jurídico que muestran una especial preocupación por las empresas que atraviesan dificultades económicas y que requieren de un asesoramiento integral para solventar las controversias surgidas al respecto (p. 7).

Entrando a valorar de manera más prolija el cuerpo de la obra, se debe señalar que el primer capítulo, elaborado por el catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Santiago de Compostela César García Novoa, versa sobre la indisponibilidad del crédito tributario en situaciones concursales y preconcursales. Al efecto, partiendo del análisis de la dogmática tradicional del principio de indisponibilidad del tributo y del concepto relativo a este término en el ámbito del derecho privado, se procede a una exposición del carácter indisponible del crédito a favor de la hacienda pública en el proceso concursal, enmarcándolo en la más reciente normativa de la Unión Europea en la materia y en el seno de la nueva legislación concursal. Este análisis lo efectúa tomando en consideración el crédito tributario como privilegiado y los posibles convenios a que se puede llegar entre Administración tributaria y deudor, tratando en un momento final instituciones al margen del concurso como son los acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago.

En el segundo capítulo, elaborado por la codirectora Gabriela Ulas Patiño, se trata la relevancia de los créditos tributarios en los procesos concursales actuales. Así, la autora parte de la suma importancia que tienen los tributos en la organización política y social actual (en concreto, efectuando un análisis de su relevancia configuradora en términos comparativos entre la Constitución española y la de la nación argentina, *vid.* pp. 63-65), para efectuar un estudio posterior de los principios que informan los procesos concursales y el derecho tributario. En este análisis, dada cuenta de que ambas disciplinas jurídicas se fundamentan en los principios generales del derecho, a los que se les unen sus respectivas especialidades (p. 68), la autora aprecia distintas afinidades y diferentes puntos de colisión cuya fricción resulta de interés en el desarrollo del procedimiento concursal, procediéndose finalmente a exponer la relevancia que tienen los créditos tributarios en estos procesos.

Por su parte, el tercer capítulo, escrito por el profesor titular en Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Alcalá de Henares Manuel Lucas Durán, versa sobre la naturaleza de los créditos tributarios como “créditos contra la masa” y las implicaciones jurídicas que entraña esta calificación legal. Para ello, tras realizar una serie de consideraciones preliminares, se atiende al principio de universalidad del artículo 251 de la Ley concursal para observar la calificación que genera que el crédito tributario se integre en la masa pasiva, con la consiguiente relevancia que ello presenta al tener la Administración concursal que deducir de la masa activa los bienes



y derechos necesarios para su satisfacción (p. 93). Posteriormente, el autor procede a analizar cuáles son los distintos créditos tributarios, efectuando este examen a la luz de la doctrina jurisprudencial y haciendo distintas críticas según la ordenación legal vigente, ofreciendo finalmente una serie de conclusiones del estudio realizado.

El cuarto capítulo, confeccionado por la contadora pública y profesora de la Universidad de Buenos Aires Lourdes Turcumán, tiene por objeto el estudio del crédito tributario en el concurso de las pymes. Este análisis se lleva a cabo partiendo de la celeberrima doctrina del conflicto de límites entre intereses individuales y colectivos desde la perspectiva del derecho tributario (así, por cuanto los impuestos surgen a partir de la vida del hombre en comunidad para financiar la presencia de un Estado regulador y la búsqueda del bien común, en el caso de conflicto entre concursado y el interés general manifestado en el crédito tributario debe primar este último, cfr. pp. 140-142). Expuestas estas consideraciones, la autora lleva a cabo un examen de las particularidades de los privilegios en los créditos de origen tributario en el ordenamiento jurídico de la República Argentina, tanto desde la normativa civil como mediante el estudio de su Ley de concursos y quiebras. En un momento posterior, se indaga en la dificultosa posibilidad de llegar a un acuerdo entre administraciones tributarias y concursado.

Por lo que respecta al capítulo cinco, elaborado por el inspector de Hacienda del Estado Domingo Carbajo Vasco, mediante él se tratan los privilegios de los créditos tributarios determinados por la normativa concursal. Al efecto, tras exponer el autor una serie de consideraciones generales, se efectúa un examen legislativo, doctrinal y jurisprudencial de la calificación en el concurso de los créditos a favor de la Administración tributaria, con la consabida relevancia que en el procedimiento ello acarrea. Este análisis tiene lugar tanto respecto a los créditos tributarios que merecen la calificación de privilegiados como, en un momento posterior, con respecto a aquellos que tienen la clasificación de ordinarios.

En el siguiente capítulo, cuyo autor es el contador público y profesor de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, se lleva a cabo un examen de la participación de la Administración tributaria en el proceso concursal argentino. Para ello, partiendo de una breve introducción, se analiza la posición del erario público como acreedor durante la etapa del concurso preventivo en Argentina, interesándose de manera especial por su exclusión en el cómputo de las mayorías y las consecuencias que durante su tramitación ello le acarrea. Estos aspectos son analizados de manera crítica, invitando a una interesante reflexión si se analiza de modo comparativo con la normativa española, especialmente en lo que respecta a normas internacionales comunes (*verbi gratia* los convenios de la OIT de los que España también forma parte).

El capítulo 7, elaborado por el abogado y profesor de Derecho Comercial y Tributario de la Universidad de Buenos Aires Marcelo Castrogiovanni, realiza un interesante estudio de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, y su perspectiva sobre los créditos tributarios en el concurso. Así, partiendo el autor de la exposición del panorama general en el que se

Regap



RECENSIONES

enmarca la aprobación de esta norma europea y de la solución que supone frente a las situaciones de insolvencia la “segunda oportunidad”, se efectúa un análisis más exhaustivo de la posición de los créditos públicos en el procedimiento, prestando su mayor interés en la obligación tributaria. En un momento posterior, se trata, trayendo a colación abundante jurisprudencia, la responsabilidad tributaria de los administradores societarios y, finalmente, se critica la exclusión de los consumidores del ámbito de aplicación de la directiva (*vid.* p. 218).

En el octavo capítulo de la obra, desarrollado por el profesor contratado doctor de la Universidad Nacional de Educación a Distancia Rafael Sanz Gómez, se tratan los distintos medios alternativos para la solución de conflictos por la Administración tributaria ante el concurso de acreedores. Para ello, partiendo de los datos ofrecidos por la AEAT y el INE relativos a la deuda afectada por procesos concursales, así como de las posibles actuaciones que puede realizar la Administración en su desarrollo, se efectúa un análisis en donde, *prima facie*, se examina de manera transversal el concepto de acuerdo en materia tributaria y los principios y reglas que deben cumplirse para poder ser adoptados. En un momento posterior, el autor analiza los distintos mecanismos de solución de conflictos de que están dotadas estas administraciones, tanto en las situaciones preconcursales (mediante tramitación de aplazamientos y fraccionamientos y acuerdos de pago) como los que se pueden dar una vez que ha sido dictado el auto de declaración de concurso (haciendo especial hincapié en los presupuestos, contenido y ejecución de los acuerdos a que se ha llegado).

En el siguiente capítulo, el abogado y profesor de la Universidad de Buenos Aires Rubén Morcejian, trata el sobreendeudamiento del consumidor y los créditos de derecho público. Para ello, efectuando una serie de consideraciones previas respecto al fenómeno del consumo y el crédito en el mercado, se trata la problemática y las consecuencias que conlleva el sobreendeudamiento, distinguiéndolo de la situación de insolvencia, así como la garantía que implica el principio de responsabilidad patrimonial universal. Tras ello, el autor trata el desarrollo del proceso concursal del consumidor y la problemática que presentan los créditos de derecho público, efectuando al efecto un interesante estudio comparado entre la regulación argentina y la española.

Finalmente, el décimo capítulo, elaborado por el profesor de la Universidad de Valencia y abogado Domingo García Núñez, tiene por objeto el estudio de la responsabilidad tributaria en el concurso de acreedores de las personas jurídicas, para lo cual, tras partir del principio de responsabilidad patrimonial que tienen estas entidades, se efectúa un examen más prolijo de la posición jurídica que en el concurso tienen sus administradores, apoderados, terceros y socios. En un momento posterior, se realiza un interesante análisis en donde se examina el paralelismo existente entre la Ley general tributaria y las normas de la Ley concursal en lo relativo al cobro de los créditos de esta naturaleza, examinando finalmente la derivación de la responsabilidad por estas deudas a los administradores de la sociedad concursada (entre otros) a los que se pueda imputar el cumplimiento.

Un examen global de la obra permite extraer una serie de aseveraciones. Así, en primer lugar, los autores pretenden examinar los distintos campos en los que se

proyectan las dificultades de realización de los créditos tributarios en una situación de por sí compleja, dadas sus múltiples variantes, como es el estado de insolvencia del deudor y su declaración posterior en concurso, sin centrarse al efecto los autores (salvo ciertas excepciones) en figuras impositivas concretas, y tratando tanto créditos derivados del impago anterior de las cuotas correspondientes a los tributos de naturaleza directa o indirecta que correspondan como aquellas derivadas de otras fuentes (por ejemplo, el cumplimiento de obligaciones materiales o las derivadas de procedimientos sancionadores).

Esta estructura permite, acertadamente, que el lector pueda obtener una serie de conocimientos multidisciplinarios sobre la materia y sus diferentes problemáticas prácticas, así como que los concursados o administradores puedan acudir a aquellos aspectos que más les interesen para resolver sus dudas, pretensión que, como ya se ha apreciado, resulta primordial para los autores.

Ello genera que, tanto por su estructura formal como por su calidad técnica y claridad en expresión, deba ser plenamente recomendada para su lectura y estudio por los interesados en la materia, no solo del derecho tributario, sino también del derecho civil y mercantil, sin perjuicio de todas aquellas disciplinas en las que su contenido pudiere resultar de relevancia, práctica o científica.

Regap



RECENSIONES





