

66 Regap

Revista Galega de Administración Pública

Núm. 66 (xullo-decembro 2023)

_ESTUDIOS [01] VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Adrián Agustín. A Lei de ordenación e xestión integrada do litoral de Galicia no réxime constitucional de atribución de competencias entre Estado e comunidades autónomas **[02]** COELLO MARTÍN, Carlos. GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando. A execución de sentenzas e o caso Valdecañas **[03]** DÍEZ SASTRE, Silvia. E se licitar non sempre fose a forma máis eficiente para proveerse de bens e servizos? **[04]** ARENILLA SÁEZ, Manuel. Desexos e realidades despois de 10 anos da reforma local **[05]** REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. É o dereito á protesta un novo dereito fundamental? **_COMENTARIOS E CRÓNICAS [06]** GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Aplicación da LCSP de 2017 desde a súa promulgación **[07]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Xurisprudencia contencioso-administrativa **_RECENSIÓNS [08]** CANEDO ANTELO, Belén. Las reservas demaniales. Instrumentos de utilización y conservación ambiental del dominio público.

_ESTUDIOS [01] VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Adrián Agustín. La Ley de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia en el régimen constitucional de atribución de competencias entre Estado y comunidades autónomas **[02]** COELLO MARTÍN, Carlos. GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando. La ejecución de sentencias y el caso Valdecañas **[03]** DÍEZ SASTRE, Silvia. ¿Y si licitar no siempre fuera la forma más eficiente para proveerse de bienes y servicios? **[04]** ARENILLA SÁEZ, Manuel. Deseos y realidades después de 10 años de la reforma local **[05]** REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. ¿Es el derecho a la protesta un nuevo derecho fundamental? **_COMENTARIOS Y CRÓNICAS [06]** GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Aplicación de la LCSP de 2017 desde su promulgación **[07]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Jurisprudencia contencioso-administrativa **_RECENSIONES [08]** CANEDO ANTELO, Belén. Las reservas demaniales. Instrumentos de utilización y conservación ambiental del dominio público.



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

Periodicidade: semestral Formato: en liña papel ISSN-L: 1132-8371 DOI: https://doi.org/10.36402/regap.v2i66 Depósito legal: C-1.596-91 Tradución e supervisión lingüística: Ramiro Combo García Deseño cuberta: Campus na nube, SL Deseño gráfico e impresión: Campus na nube, SL	Siglas utilizadas: UDC: Universidade da Coruña USC: Universidade de Santiago de Compostela UVigo: Universidade de Vigo UAM: Universidad Autónoma de Madrid UB: Universitat de Barcelona UCM: Universidad Complutense de Madrid UdG: Universitat de Girona UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia USAL: Universidad de Salamanca IUAV: Università IUAV di Venezia RUB: Ruhr-Universität Bochum UC: Universidade de Coimbra UNIBO: Università di Bologna
--	---

A EGAP non se identifica necesariamente cos xuízos emitidos polos autores dos artigos que aparezan nesta revista, senón que serán única e exclusivamente responsabilidade do ou dos seus autores.
Ningunha parte desta revista poderá ser reproducida sen o consentimento expreso dos titulares do *copyright*.

Regap

Revista Galega de Administración Pública

ISSN-L: 1132-8371

Núm. 66, xullo-decembro 2023 \ Number 66, July-December2023

Sumario/Summary

1 ESTUDOS / STUDIES

Adrián Agustín Vázquez Rodríguez

A Lei de ordenación e xestión integrada do litoral de Galicia no réxime constitucional de atribución de competencias entre Estado e comunidades autónomas 5
The Law on coastal planning and integrated management of Galicia in the constitutional regime of attribution of competences between State and autonomous communities

Carlos Coello Martín / Fernando González Botija

A execución de sentenzas e o caso *Valdecañas*..... 35
Enforcement of judgments and the Valdecañas case

Silvia Díez Sastre

E se licitar non sempre fose a forma máis eficiente para prover de bens e servizos?..... 87
What if tendering was not always the most efficient way to procure goods and services?

Manuel Arenilla Sáez

Desexos e realidades despois de 10 anos da reforma local 123
Wishes and Realities Ten Years After Local Government Reform

Miguel Revenga Sánchez

É o dereito á protesta un novo dereito fundamental?..... 145
Is the right to protest a new fundamental right?

2 COMENTARIOS E CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

Santiago González-Varas Ibáñez

Aplicación da LCSP de 2017 desde a súa promulgación. 167
Application of the 2017 Public Sector Contracts Act since its enactmen

Francisco de Cominges Cáceres

Xurisprudencia contencioso-administrativa 197
Contentious-administrative jurisprudence

3 RECENSIÓNS / REVIEWS

Belén Canedo Antelo

Las reservas demaniales. Instrumentos de utilización y conservación
ambiental del dominio público. 239

Regap

Estudios

1



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 66_xullo-decembro 2023 | pp. 5-34
Santiago de Compostela, 2023
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5118>
© Adrián Agustín Vázquez Rodríguez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 04/08/2023 | Aceptado: 19/12/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

A Lei de ordenación e xestión integrada do litoral de Galicia no réxime constitucional de atribución de competencias entre Estado e comunidades autónomas

La Ley de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia en el régimen constitucional de atribución de competencias entre Estado y comunidades autónomas

The Law on coastal planning and integrated management of Galicia in the constitutional regime of attribution of competences between State and autonomous communities

66 Regap

Regap



ESTUDIOS

ADRIÁN AGUSTÍN VÁZQUEZ RODRÍGUEZ

Membro do Observatorio do Litoral
Universidade da Coruña

aavazquezrodriguez@gmail.com

Resumo: Este traballo analiza a repartición de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas en materia de ordenación do litoral, tomando como referencia a recente Lei de ordenación e xestión integrada do litoral de Galicia. En primeiro termo, expónse como o litoral é concibido na doutrina constitucional e a noción de territorio e competencias “extraterritoriais” das comunidades autónomas. Aténdese especialmente á Sentenza do Tribunal Constitucional 149/1991, sobre a Lei de costas de 1988, e á evolución que esta doutrina sufriu, moi especialmente nas sentenzas 31/2010 e 18/2022. Finalmente, examínase a regulación da nova lei galega e as súas innovacións con respecto deste réxime de competencias.

Palabras clave: Litoral, competencias, dominio público marítimo-terrestre, costas, medio ambiente.

Resumen: Este trabajo analiza el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de ordenación del litoral tomando como referencia la reciente Ley de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia. En primer término, se expone cómo el litoral es concebido en la doctrina constitucional y la noción de territorio y competencias “extraterritoriales” de las comunidades autónomas. Se atiende especialmente a la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, sobre la Ley de costas de 1988, y a la evolución que esta doctrina sufrió, muy especialmente en las sentencias 31/2010 y 18/2022. Finalmente, se examina la regulación de la nueva ley gallega y sus innovaciones con respecto de este régimen de competencias.

Palabras clave: Litoral, competencias, dominio público marítimo-terrestre, costas, medio ambiente.

Abstract: This paper analyses the distribution of competences between the Spanish State and its autonomous communities regarding coastal planning, taking the recent Law on Coastal Planning and Integrated Management of Galicia as a reference. Firstly, it explains how the coastline is conceived in the Spanish constitutional doctrine and the notion of territory and the “extraterritorial” competences of the autonomous communities. Special attention is paid to Constitutional Court ruling 149/1991, on the 1988 Coastal Law, and the evolution of this doctrine, especially in rulings 31/2010 and 18/2022. Finally, it examines the regulation of the new Galician Law and its innovations with respect to this system of competences.

Key words: Coastline, competences, maritime-terrestrial public domain, coasts, environment.

SUMARIO: 1 O título de ordenación do litoral. 1.1 Introducción. 1.2 O territorio das comunidades autónomas. 1.3 Competencias autonómicas sobre o mar. 2 Xurisprudencia do Tribunal Constitucional en materia de costas. 2.1 A Lei de costas de 1988 e a Sentenza do Tribunal Constitucional 149/1991. 2.2 Evolución da xurisprudencia constitucional na materia. 2.3 A recente Lei de ordenación e protección do litoral catalá e a súa adecuación constitucional. 3 A Lei de ordenación e xestión integrada do litoral de Galicia. 3.1 Aspectos xerais e instrumentos de ordenación. 3.2 O réxime de competencias. 3.3 As áreas de protección, mellora e reordenación e outras disposicións. 4 Conclusións.

1 O título de ordenación do litoral

1.1 Introducción

O litoral é esa “franja de anchura variable, a ambos os dous lados da beira do mar, na que se produce a interacción entre a natureza, as comunidades humanas e as actividades socioeconómicas que se sustentan na existencia ou influencia do mar”. Así o define a Lei de ordenación e xestión integrada do litoral de Galicia (LOLGA en diante) no seu artigo segundo¹. Esta definición é realmente novidosa no ordenamento xurídico español². Non só polo seu contido, que trata de revolveirse contra unha visión estrita do territorio que será comentada neste traballo, senón tamén pola súa propia existencia.

¹ A LOLGA foi aprobada polo Parlamento de Galicia en sesión plenaria no día 4 de xullo de 2023. *V. Boletín Oficial do Parlamento de Galicia*, XI lexislatura, número 518, 5 de xullo de 2023, pp. 198971 a 199097.

² Para unha análise do concepto “ordenación do litoral”, *vid. AGUIRRE I FONT, J.M., El régimen jurídico del litoral catalán. Especial referencia a la reforma de la Ley de costas operada por la Ley 2/2013 y al nuevo Reglamento General de Costas aprobado por el Real Decreto 876/2014*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 49 e ss.

O tratamento do litoral no Estado español desde un punto de vista xurídico parte do chamado bloque da constitucionalidade³. A Constitución de 1978 (CE en diante) non contén ningunha mención á palabra “litoral”. Claro que ese “bloque” está conformado non só pola CE, senón tamén polos estatutos de autonomía (EA) das distintas comunidades autónomas (CA) nas que actualmente se divide o territorio do Estado. O Estatuto de autonomía de Galicia (EAG) si contén a palabra litoral, en concreto en dous preceptos. En primeiro lugar, no artigo 27:

«No marco do presente Estatuto correspóndelle á Comunidade Autónoma galega a competencia exclusiva das seguintes materias:

(...)

3. Ordenación do territorio e do litoral, urbanismo e vivenda».

Tamén no artigo 29, onde se afirma que lle corresponde á CA de Galicia a execución da lexislación do Estado en materia de verteduras industriais e contaminantes nas augas territoriais do Estado correspondentes ao litoral galego.

Pois ben, ese “litoral galego” non terá até a promulgación e sanción da LOLGA unha definición que permita comprendelo de xeito tanxíbel, e non só en abstracto. Continúa aquel artigo 2 LOLGA especificando, en medidas reais, cal é esa *franja litoral de anchura variábel*:

«Para os efectos desta lei, o litoral de Galicia esténdese cara ao interior, ata o límite administrativo dos concellos costeiros ou, cando o supere, o límite interior dos espazos naturais que radiquen nos mesmos; e mar adentro, ata o límite exterior do mar territorial».

Até este punto, sen coñecer a xurisprudencia do Tribunal Constitucional (TC en diante) e os numerosos conflitos de competencias que teñen ocorrido, xa desde os primeiros anos do Estado autonómico, sobre o litoral, a materia podería parecer sinxela. O artigo 149.1 CE non inclúe o litoral como competencia propia do Estado, e as CA, en virtude da cláusula do artigo 149.3 CE, poden asumir competencias non atribuídas expresamente ao Estado, como así o fai o EAG no punto terceiro do seu artigo 27 ao incluír o litoral como competencia exclusiva da CA galega.

Porén, a competencia sobre o litoral está lonxe de ser pacífica. Esta conflitividade provén dun precepto da Constitución que nin sequera se insire no seu título oitavo, sobre organización territorial do Estado, senón no título sétimo: “Economía e Facenda”. Reprodúcense a continuación os seus dous primeiros apartados:

³ En xeral, sobre a distribución de competencias en materia de ordenación do litoral, *vid.* TRAYTER, J.M., “Las coordenadas constitucionales y estatutarias en materia de costas y litoral”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autonòmics (Govern de les Illes Balears), Barcelona e Palma, 2023, pp. 15 a 25; GARCÍA PÉREZ, M., “Autonomía y dominio público marítimo-terrestre: la problemática competencial sobre el DPMT en el marco del estado de las autonomías”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autonòmics (Govern de les Illes Balears), Barcelona e Palma, 2023, pp. 223 a 256.

⁴ O mar territorial defínese e delimitase na Lei 10/1977, do 4 de xaneiro, sobre mar territorial.

1. A lei regulará o réxime xurídico dos bens de dominio público e dos comunais, inspirándose nos principios de inalienabilidade, imprescritibilidade e inembargabilidade, así como a súa desafectación.
2. Son bens de dominio público estatal os que determine a lei e, en todo caso, a zona marítimo-terrestre, as praias, o mar territorial e os recursos naturais da zona económica e a plataforma continental.

As praias, a zona marítimo-terrestre e o mar territorial son, precisamente, unha parte moi importante desa *franja litoral*. Este artigo obriga a que tales bens sexan de dominio público⁵ estatal⁶. Como non ten deixado de repetir o TC, e segundo se exporá neste traballo, que o Estado sexa o *dominus (publicus)* desta parte do litoral non quere dicir que teña competencia ningunha sobre ela. A dita titularidade pública non é fonte de competencias, dirá o TC desde hai xa máis de 30 anos, mais si de *facultades* que lle permiten ao Estado garantir eses principios de inalienabilidade, imprescritibilidade e inembargabilidade que a CE lle obriga a imprimir no réxime xurídico destes bens⁷.

A esta concorrencia de competencias e facultades hai que engadir a doutrina iniciada polo Tribunal Supremo e que o TC acolleu plenamente respecto do territorio municipal, a teor da cal todo o territorio estatal está dividido en municipios, que á súa vez se agrupan en provincias e, unha vez constituídas, en comunidades autónomas, no seu caso uniprovinciais (art. 143 CE). Así, o territorio autonómico quedaría constituído polo territorio dos seus concellos. Non incluíría, entón, o territorio que se adentra no océano, ese “outro lado da beira do mar”, senón só a porción de terreo sobre o que os concellos exercen a súa xurisdición⁸.

Os elementos que acaban de ser introducidos distorcen a configuración sinxela do litoral que podería haber baixo o Estado das autonomías. Nos seguintes apartados tratarase de dar unha visión ampla e clarificadora sobre a evolución ao respecto, primeiro sobre o “territorio” autonómico e as súas competencias e despois sobre esas “facultades” estatais sobre o dominio público. Tras isto, atenderase á proposta da LOLGA, o encaixe constitucional que lle parece dar por asegurado o Consello Consultivo de Galicia e a experiencia noutras CA, nomeadamente Cataluña.

⁵ Así, a CE segue unha fonda tradición herdada xa das Partidas de Afonso X o Sabio, que consideraban o mar e a súa ribeira, xunto co aire e as augas da chuva, *causas comúns a todas as criaturas*. Vid. MENÉNDEZ REXACH, A., “La distribución de competencias en la Ley de costas y la gestión integrada del litoral”, Sanz Larruga, F.J. (dir.) e García Pérez, M. (coord.), *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión el litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, Fundación Barrié de la Maza e Observatorio do Litoral da Universidade da Coruña, A Coruña, 2009, pp. 119 e 120.

⁶ Sobre o alcance deste adxectivo “estatal”, vid. MEILÁN GIL, J.L., “Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas”, *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 108, 1988, p. 15.

⁷ Por todas, vid. a explicación que para o efecto fai a Sentenza do Tribunal Constitucional (STC en diante) 149/1991, do 4 de xullo de 1991 (ECLI:ES:TC:1991:149.) no seu fundamento xurídico (FX en diante) 1.C), sobre a que o alto tribunal volve durante todo o desenvolvemento do texto.

⁸ Esta situación é froito dunha doutrina emanada primeiro do Consello de Estado e despois adoptada polo Tribunal Supremo (a primeira vez na sentenza do 2 de outubro de 1967). Vid. BELADÍEZ ROJO, M., “Problemas competenciales sobre la zona marítimo-terrestre y las playas”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo IV. Del poder judicial. Organización territorial del Estado*, Civitas, Madrid, 1991, p. 3677 e xurisprudencia citada; e GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción del Estado español y las competencias de las Comunidades Autónomas”, *Revista de Administración Pública*, n. 158, 2002, pp. 51 e ss.

1.2 O territorio das comunidades autónomas

Galicia é a Comunidade Autónoma con máis quilómetros de costa de todo o Estado, por riba mesmo das CA insulares, Illas Baleares e Canarias⁹. A importancia do litoral, do contacto mar-terra¹⁰ e do poboamento humano nas marxes litorais é remarcada pola propia exposición de motivos (EM) da LOLGA. Agora ben, a doutrina do Tribunal Constitucional é contraria a recoñecer que as augas territoriais de Galicia sexan verdadeiramente territorio galego.

Para entrar nos conceptos que vén manexando o TC nestes anos de Estado autonómico, tráese a colación a súa Sentenza 3/2014, do 16 de xaneiro (ECLI:ES:TC:2014:3). Esta ten relevancia en canto trata, precisamente, dun conflito positivo de competencias interposto pola Xunta de Galicia contra o Real decreto 1028/2007, do 20 de xullo, polo que se establece o procedemento administrativo para a tramitación das solicitudes de autorización de instalacións de xeración eléctrica no mar territorial. Aquí a CA galega consideraba que o Estado non tiña título competencial que o amparase para regular ese tipo de instalacións. O TC resume o argumentario autonómico (antecedente primeiro):

(i) o feito de que o Estatuto de autonomía só se refira ás catro provincias como parte do territorio galego non implica que Galicia non teña competencias sobre o mar, pois o propio Tribunal Constitucional recoñeceu o contrario (STC 38/2002 e 9/2001); (ii) a referencia ás provincias non implica unha visión plana do territorio, pois tampouco se refire o Estatuto de autonomía ao espazo aéreo ou ao subsolo; e (iii) se este debate se saldase con este argumento, resultaría que o Estado tampouco sería competente, pois non existe unha definición clara do territorio estatal.

O TC non acolle tales razóns¹¹. Estas, ben que poderían ser entendidas nunha análise descontextualizada da CE e do EAG, non se compadecen coa doutrina que o TC vén mantendo sobre o territorio das CA. Non se trata do artigo 132.2 CE, sobre dominio público marítimo-terrestre (DPM-T), que, como se dixo, non atribúe competencias (si o que o TC chama “facultades”), e tampouco dunha problemática de concorrencia de competencias sobre o mar territorial. Pola contra, trátase do artigo 143 CE, configurador do dereito das nacionalidades e rexións á autonomía, interpretado conxuntamente co artigo 137 CE, sobre división territorial do Estado. Débese entender, di o TC, que o territorio autonómico se estende ao ámbito dos municipios

⁹ Confróntese POUSA GARCÍA, A., “La pluralidad competencial en materia de costas y litoral (Illes Balears)”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autonòmics (Govern de les Illes Balears), Barcelona e Palma, 2023, p. 117. A exposición de motivos da LOLGA faise eco deste dato ao afirmar que “Galicia é unha Comunidade Autónoma marítima por excelencia co litoral máis longo de toda España: un total de 2.555 quilómetros considerando non só os 1.659 quilómetros do seu perímetro costeiro, senón tamén os 432 quilómetros que rodean os seus centos de illas e illotes e os 464 quilómetros das súas marismas e areas”.

¹⁰ Para unha análise deste concepto e a súa relevancia na xestión integrada do litoral, *vid.* SANZ LARRUGA, F.J., “La planificación espacial marina, la interacción tierra-mar y su incidencia sobre las competencias autonómicas”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autonòmics (Govern de les Illes Balears), Barcelona e Palma, 2023, pp. 177 e ss.

¹¹ Para unha visión desde o punto de vista do dereito internacional en contrario do sostido polo TC, *vid.* GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción del Estado español y las competencias de las Comunidades Autónomas”, *cit.*

que integran a correspondente comunidade autónoma mais que estes nunca se estenderon nin tampouco agora se estenden ao mar territorial, sendo esta e non outra a idea razón que subxace na doutrina constitucional.

A elocuencia das alegacións da CA de Galicia chegaba tarde. Xa na súa Sentenza 77/1984, do 3 de xullo (ECLI:ES:TC:1984:77), o TC se manifestara no sentido exposto. O obxecto desta sentenza era outro conflito de competencias, esta vez interposto polo Goberno do Estado, que entendía que o Plan xeral de ordenación urbana de Bilbao e a súa comarca, así como o Plan especial para a execución da solución “Ugaldebieta”, invadían a competencia exclusiva sobre o porto de Bilbao, que correspondía ao Estado por ser de interese xeral. A CA do País Vasco amparábase nos títulos de competencia exclusiva sobre ordenación do territorio e do litoral e urbanismo. Interesa desta sentenza o seguinte extracto do fundamento xurídico (FX) terceiro:

Tanto a xurisprudencia do Tribunal Supremo como a doutrina do Consello de Estado sostiveron en forma inequívoca, e concretamente respecto aos portos e á zona marítimo-terrestre, que uns e outra forman parte do termo municipal en que están encravados, baseándose en que legalmente todo o territorio nacional se divide en termos municipais, de forma que non poden quedar espazos territoriais excluídos deles (...). Parece claro que a mesma doutrina hai que aplicar á división do territorio nacional nas comunidades autónomas (...).

Así, o TC entendeu nesta sentenza que, dado que o porto de Bilbao se encontra no territorio do País Vasco, territorio que á súa Administración autonómica corresponde ordenar, o exercicio de competencias autonómicas sobre este porto era constitucional, sempre que respectase as do Estado. A consecuencia que aquí interesa é que as CA non poden exercer competencias sobre o mar, dado que o seu territorio se identificaría exclusivamente co dos seus municipios¹².

1.3 Competencias autonómicas sobre o mar

A pesar do exposto, o certo é que as comunidades autónomas si exercen, baixo aparente constitucionalidade, competencias sobre espazo mariño. Basta unha ollada á composición orgánica da Xunta de Galicia no momento no que se escribe para ver que existe mesmo unha Consellería do Mar, cuxas funcións e estrutura regula o Decreto 50/2021, do 11 de marzo, polo que se aproba a estrutura orgánica da Consellería do Mar. Entre as competencias desta consellería inclúense “propor e executar as directrices xerais do Goberno en materia de ordenación pesqueira en augas interiores, marisqueo, acuicultura, confrarías de pescadores/as e demais organizacións

¹² En realidade, o propósito deste argumento era *ab initio* o de incluír o demanio público dentro das competencias dos concellos, por non haber no territorio estatal espazos de “xurisdición exenta”. En GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción del Estado español y las competencias de las Comunidades Autónomas”, cit., pp. 54 a 58, afirmase que o Estado español exerce igual soberanía tanto na área terrestre como nas augas interiores. “Ben, pois se o réxime da soberanía entre espazos terrestres e mariños é similar, se o Estado español ten a mesma capacidade para aplicar a súa lexislación interna e de sancionar as condutas contrarias a ela, a conclusión só pode ser unha: as augas que compón o mar territorial forman parte do territorio español igual que a área terrestre e, por tanto, sería de aplicación a regra do artigo 137 CE, isto é, está dividido tamén en Comunidades Autónomas e a división de competencias será a que proceda das listas dos artigos 148 e 149 da Constitución, xunto coas competencias asumidas polas Comunidades Autónomas nos Estatutos de Autonomía” (p. 56).

(...), industrias pesqueiras e conserveiras, establecementos de almacenamento, manipulación, vendas e transformación do peixe” e outras que aparecen nomeadas no artigo 1 dese decreto.

Para comprender que a CA de Galicia exerza competencias sobre o mar cando o mar non é parte do seu territorio cómpre acudir de novo á xurisprudencia constitucional. A STC 38/2002, do 14 de febreiro (ECLI:ES:TC:2002:38), é unha das sentenzas que a representación da Xunta de Galicia citaba para defender a competencia da CA sobre o mar territorial. Aquí o alto tribunal resolve sobre un dobre conflito positivo de competencias que interpón o Goberno do Estado contra un decreto da Junta de Andalucía e a propia Junta contra unha orde do Ministerio de Agricultura, Pesca e Alimentación. A problemática referíase á ordenación da pesca nun extremo do parque natural “Cabo de Gata-Níjar” que comprende unha franxa mariña de unha milla.

Sen prexuízo da decisión da sentenza, interesa a interpretación do TC sobre a “territorialidade das competencias autonómicas”. Tras transcribir integramente o parágrafo da STC 77/1984 aquí tamén transcrito, continúaase (FX 6):

«Distinto é o caso do mar territorial. No mar territorial excepcionalmente poden chegar a exercerse competencias autonómicas, eventualidade esta que dependerá, ben dun explícito recoñecemento estatutario (...) ben da natureza da competencia tal como resulta da interpretación do bloque da constitucionalidade (...).»

Ademais desas dúas excepcións, o TC, atendendo ao caso que nese momento lle incumbía (a regulación dun parque natural), apunta que “as circunstancias e características específicas do espazo a protexer poden demandar, en ocasións excepcionais, que (as competencias autonómicas) se estenda(n) nalgunha medida sobre o mar territorial, singularmente cando así veña exixido pola continuidade e unidade do dito espazo físico”¹³.

Esta doutrina do TC acerca das competencias autonómicas sobre o mar parece verdadeiramente paradoxal. As CA litorais ou costeiras, Galicia polo que aquí respecta, posúen un territorio que se identifica exclusivamente co territorio dos seus concellos, neste caso os municipios pertencentes ás provincias da Coruña, Lugo, Ourense e Pontevedra, como o EAG establece no seu artigo 2. Isto significa que o mar, sexa ou non mar territorial, non é parte do seu territorio, e por iso, de acordo coa doutrina da “territorialidade das competencias”, que provén xa de resolucións do Tribunal Supremo e do Consello de Estado previas ao Estado autonómico, non poden exercer competencias sobre el¹⁴.

¹³ Cabe salientar que, a pesar da aparente inclinación do TC por permitir á CA andaluza xestionar a franxa mariña do parque natural de “Cabo de Gata-Níjar”, unha serie de preceptos do decreto autonómico son declarados inconstitucionais por afectaren á competencia exclusiva do Estado en pesca marítima, mentres que a orde ministerial non é considerada inconstitucional. Unha opinión do sentido contrario, favorable á unidade ecolóxica que a sentenza só defende na súa parte considerativa, pode encontrarse no voto particular e en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción del Estado español y las competencias de las Comunidades Autónomas”, cit.

¹⁴ A propia STC 38/2002 chega a dicir que “o mar territorial, como soporte topográfico do medio ambiente intégrase en primeiro termo por un elemento móbil –as augas–, que por obvias razóns físicas non poden adscribirse de modo permanente a un lugar determinado”. A idea de fondo parece querer desviarse da realidade: as augas, naturalmente, móvense, mais o mar non cambia de sitio.

Porén, Galicia e outras CA costeiras si poden exercer competencias sobre o mar, como xa apuntara tamén a Xunta na súa alegación contra o decreto estatal relativo á enerxía mariña. Pódeno facer (repite varias veces o TC que “excepcionalmente”) cando (a) así se recoñeza no seu estatuto, (b) así resulte da interpretación constitucional das competencias ou (c) así sexa necesario para a protección de espazos naturais que presentan unha continuidade terra-mar. Desta situación parte o lexislador galego cando pretende promulgar unha norma como a LOLGA, de “ordenación e xestión integrada do litoral”.

De volta á sentenza coa que se iniciou este apartado, a STC 3/2014, pódese traer agora, como exemplo, a competencia que a Xunta de Galicia alegaba nese momento como conculcada respecto da súa pretensión. Despois de resumir esta doutrina sobre as “competencias extraterritoriais”, lembrando en que casos corresponde o seu exercicio, e de recalcar que “o territorio autonómico non se estende ao mar territorial”, o TC remata dicindo que nin existe un recoñecemento explícito para o exercicio da competencia autonómica en materia de réxime enerxético sobre o mar territorial, nin isto deriva da natureza con que esta competencia se configurou no bloque da constitucionalidade, nin, finalmente, a autorización das instalacións de produción de enerxía no mar territorial resulta imprescindíbel, con carácter xeral, para o exercicio das competencias das que a Comunidade Autónoma de Galicia é titular.

É preciso, en definitiva, un título *ad hoc* para regular cada aspecto do litoral na súa vertente mariña, *v. gr.* o réxime enerxético como neste suposto. Isto fai adiviñar, aínda mesmo sen atender ao contido específico da LOLGA, que vai ser necesario entallar todas as competencias que a CA de Galicia posúe para garantir unha xestión integrada¹⁵. Á hora de analizar o propio contido do articulado da LOLGA, haberá que atender ao concreto fundamento competencial autonómico que estea detrás de cada actuación sobre o medio mariño, pois xa se sabe que, de non haber este fundamento, a actuación devirá inconstitucional.

Malia todo, non hai que ser pesimista sobre a capacidade autonómica de actuación sobre o mar. Galicia ten competencia exclusiva sobre os portos non cualificados de interese xeral do Estado, pesca nas rías e demais augas interiores, marisqueo e acuicultura (art. 27.9 e 15 EAG¹⁶); competencia de desenvolvemento e execución en materia de ordenación do sector pesqueiro e portos pesqueiros (art. 28.5 e 6 EAG); e execución lexislativa en materia de salvamento marítimo e verteduras industriais e contaminantes (art. 29.3 e 4 EAG). Existen outros dous títulos competenciais que o EAG reserva á CA de Galicia de xeito exclusivo: o de ordenación do territorio *e do litoral* (art. 27.3 EAG) e o de establecer normas adicionais sobre protección do medio

¹⁵ Sobre o concepto de “xestión integrada do litoral”, *vid.* SANZ LARRUGA, F.J., “El reto para una visión y gestión integradas de las Estrategias Marinas en la Unión Europea: reflexiones a propósito del Informe de la Comisión de 2020”, Sanz Larruga, F.J. e Ortiz García, M. (dirs.) e Morelle-Hungria, E. (coord.), *Análisis de la protección del medio marino tras una década del enfoque ecosistémico: Estado actual y nuevos retos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, pp. 37 e ss., e normativa e doutrina aí citadas.

¹⁶ Acerca do exercicio da competencia exclusiva sobre acuicultura e a concorrencia con outras competencias do Estado (en concreto, as competencias sobre bases da actividade económica e coordinación xeral da investigación científica e técnica, artigo 149.1.13ª e 15ª), *vid.* a STC 103/1989, do 8 de xullo (ECLI:ES:TC:1989:103).

ambiente e da paisaxe nos termos do artigo 149.1.23^o CE, relativo á competencia estatal sobre medio ambiente (art. 27.30 EAG).

2 Xurisprudencia do Tribunal Constitucional en materia de costas

2.1 A Lei de costas de 1988 e a Sentenza do Tribunal Constitucional 149/1991

Ao amparo do artigo 132.2 CE ditouse a Lei 22/1988, de 28 de xullo, de costas (LC). A LC foi impugnada ante o TC pola Xunta de Galicia, o Consello de Goberno das Illas Baleares, o Goberno Vasco, o Parlamento de Cataluña, o Consello de Goberno da Deputación Rexional de Cantabria, o Consello Executivo da Generalitat de Cataluña, o Goberno de Canarias, o Goberno valenciano e 50 deputados das Cortes. Desta impugnación foi froito a Sentenza do Tribunal Constitucional 149/1991, do 4 de xullo de 1991 (ECLI:ES:TC:1991:149)¹⁷.

No núcleo do debate sobre a LC permanece latente unha cuestión: se o Estado, ao regular os bens de dominio público que ese artigo 132.2 CE menciona, entre os que destaca o dominio público marítimo-terrestre (DPM-T), se extralimitou, afectando á competencia exclusiva sobre ordenación do litoral que as CA se atribuíran nos seus respectivos EA amparándose no 149.3 CE. Da resposta a esta cuestión dependerá o contido da competencia exclusiva sobre ordenación do litoral. Sen prexuízo das moitas perspectivas coas que poida ser ollado, litoral só hai un, que pode ser definido de moitas formas, das cales a do artigo 2 LOLGA parece solvente abondo. Segundo a amplitude coa que entenda o TC que o Estado pode regular ese litoral e, se é o caso, executar esa regulación, quedará a competencia “exclusiva” das CA máis ou menos engrosada.

Como é sabido, esta sentenza baséase na concepción de que “a titularidade do dominio público non é, en si mesma, un criterio de delimitación competencial”. Aínda que “é competencia propia do Estado a determinación daquelas categorías de bens que integran o dominio público natural”, das que o Estado é titular, a dita titularidade non é xeradora de competencias, senón de *facultades*. Resume o TC sobre estas facultades: “o mandato do constituínte quedaría burlado se o legislador obrase de modo tal que, aínda retendo fisicamente no dominio público do Estado da zona marítimo-terrestre, tolerase que a súa natureza e as súas características fosen destruídas ou alteradas” (FX 1.C).

¹⁷ Para unha análise tanto da lei como da sentenza, *vid.* AGUIRRE I FONT, J.M., *El régimen jurídico del litoral catalán. Especial referencia a la reforma de la Ley de costas operada por la Ley 2/2013 y al nuevo Reglamento General de Costas aprobado por el Real Decreto 876/2014*, cit., pp. 56 e ss. e 80 e ss. *Vid.* tamén BLASCO ESTEVE, A., “Competencias estatales y autonómicas en materia de costas”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autonòmics (Goveren de les Illes Balears), Barcelona e Palma, 2023, pp. 27 e ss.

A resposta do Tribunal parece sinxela e acorde co propio texto constitucional, pois efectivamente o artigo 132.2 CE, do que deriva a titularidade estatal do DPM-T e as facultades inherentes a esta titularidade, non se insire no apartado relativo á distribución de competencias entre CA e Estado. Porén, o TC inverte o sentido destas palabras e, a pesar de recoñecer ao Estado só *facultades* sobre a ordenación do litoral no seu ámbito terrestre, estas *facultades* rematan por alterar a distribución competencial establecida nos artigos 148 e 149 CE¹⁸.

Esta sentenza tamén interpreta o que o litoral é. No seu FX 1.A) analízase o alcance da competencia de ordenación do litoral. Os EA, afirma o Tribunal, acolleron dúas interpretacións desta competencia. A primeira, “máis restritiva”, segundo a cal o litoral é un título competencial de seu, diverso da ordenación do territorio; e unha segunda, “máis ampla”, de acordo coa cal o litoral forma parte do territorio das CA costeiras, polo tanto subsumíbel no título de ordenación do territorio.

O TC acolle esa segunda interpretación que o mesmo alto tribunal infire do texto dos EA. Cómpre apuntar que aquí os EA non eran unánimes, e mesmo algúns como o cántabro non incluían a competencia sobre ordenación do litoral. Isto, di o TC, é irrelevante, pois a distinción entre litoral e territorio é “innecesaria”. Aquí realiza o alto tribunal unha igualación do teito competencial¹⁹, afirmando que a competencia de ordenación do territorio, que a CE atribúe de xeito exclusivo ás CA (art. 149.3), inclúe en todo caso a ordenación do litoral, independentemente da definición que os estatutos realicen desta.

Para apoiar esta tese, o TC trae a colación a súa doutrina, acollida á súa vez do TS, da territorialidade das competencias, xa analizada *supra*. O TC entende que a competencia de ordenación do litoral non pode ser exercida sobre a franxa marítima deste litoral, dado que as CA están conformadas por municipios. Para este razoamento acude o TC ao EA de Cantabria, que precisamente fala de “municipios comprendidos dentro dos límites administrativos da actual provincia de Santander”, por ser esta CA uniprovincial. A ecuación queda do seguinte xeito: as CA exercen competencias sobre o seu territorio e, dado que o seu territorio non inclúe o mar, a ordenación do litoral non pode ser máis que unha concreción (innecesaria) da ordenación do territorio.

Os expostos foron os argumentos que o TC utiliza conxuntamente para non só limitar (e practicamente dar por inexistente) a competencia autonómica sobre o litoral, senón tamén para arrogar esa competencia ao Estado central, baixo a cobertura dunhas “facultades” derivadas da titularidade do DPM-T. O alto tribunal esquece en moitos casos o sentido literal do bloque da constitucionalidade en detrimento das CA²⁰. O TC afirma que a atribución da ordenación do territorio ás CA “non pode entenderse en termos tan absolutos que elimine ou destrúa as competencias que a

¹⁸ Confróntese BLASCO ESTEVE, A., “Competencias estatales y autonómicas en materia de costas”, cit., p. 30.

¹⁹ Confróntese AGUIRRE I FONT, J.M., *El régimen jurídico del litoral catalán. Especial referencia a la reforma de la Ley de costas operada por la Ley 2/2013 y al nuevo Reglamento General de Costas aprobado por el Real Decreto 876/2014*, cit., pp. 52 a 54.

²⁰ Neste sentido, xa en MEILÁN GIL, J.L., “Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas”, cit., p. 18, se puña de manifesto que “(a) concreta competencia sobre ordenación do litoral supón algo non reconducíbel e identificábel esgotadoramente coa ordenación do territorio e o urbanismo. (...) o protagonismo da ordenación do litoral debe corresponder, como regra xeral, á CA, cos límites e excepcións que poidan derivar doutros títulos estatais”. Así, tamén se sinalaba (p. 33) que no entón proxecto da LC “(o) título de dominio público se utiliza como ariete para incrementar

propia Constitución reserva ao Estado, aínda que o uso que este faga delas condicione necesariamente a ordenación do territorio” (FX 1.B)). Esas competencias son, por unha banda, as “facultades” dominicais estatais, xa comentadas, que permiten “limitar ou condicionar dalgún modo as utilizacións do demanio e o uso que os seus propietarios poden facer dos terreos lindeiros con el” (FX 1.D)).

Porén, “(n)o que toca aos terreos lindeiros é claro (...) que tal titularidade non existe”. Por iso, o TC acode a “outra vía, apoiándose noutras competencias reservadas ao Estado no artigo 149.1 CE”. Os títulos xerais que permiten ao Estado actuar non só sobre os terreos do litoral dos que é titular, senón tamén sobre os adxacentes, son os de “regulación das condicións básicas que garantan a igualdade de todos os españois no exercicio dos dereitos e no cumprimento dos deberes constitucionais” (art. 149.1.1ª CE) e “(l)exislación básica sobre protección do medio ambiente, sen prexuízo das facultades das comunidades autónomas de estableceren normas adicionais de proteccións” (art. 149.1.23ª CE)²¹.

O primeiro dos artigos mencionados, que o TC relaciona co dereito a gozar dun medio ambiente axeitado ao desenvolvemento da persoa (art. 45 CE), permite diversas cousas ao Estado. Estas son: “garantir, en condicións basicamente iguais, a utilización pública, libre e gratuíta do demanio para os usos comúns”, establecer “o réxime xurídico daqueles usos ou ocupacións que non o son”, “asegurar a integridade física e as características propias da zona marítimo-terrestre”, “garantir a súa accesibilidade”, impondo servidumes e limitando as facultades dominicais dos propietarios, e tamén regulando as “condicións básicas da propiedade sobre os terreos lindeiros da zona marítimo-terrestre”. Neste esquema, as CA poden condicionar “adicionalmente o uso que a eses terreos poida darse”.

En segundo lugar, o TC interpreta nesta Sentenza 149/1991 de xeito expansivo o artigo 149.1.23ª CE. “O constituínte”, di o alto tribunal, “entendeu que había de ser o Estado o que establecese toda a normativa que considerase indispensable para a protección do medio ambiente”. Segue dicindo que “en materia de medio ambiente o deber estatal de deixar unha marxe ao desenvolvemento da lexislación básica pola normativa autonómica é menor que noutros ámbitos”, amparando que as normas estatais, “polo detalle co que están concibidas, non permit(an) desenvolvemento normativo ningún”. Esta doutrina foi, porén, refugada na STC 102/1995 (ECLI:ES:TC:1995:102)²².

Cómpre resumir o que se leva dito até este punto, baixo a premisa daquela definición que a LOLGA dá do litoral, da que se reitera a súa novidade e audacia. O mar e a terra forman o litoral, e ese mesmo litoral, mar e terra, é obxecto dunha regulación e

as competencias estatais en detrimento das autonómicas e locais ao amparo dun expansivo réxime xurídico da protección e utilización do DPM-T. (...) Este convértese así nun espurio título de ordenación do territorio e do litoral e do urbanismo”.

²¹ En AGUIRRE I FONT, J.M., *El régimen jurídico del litoral catalán. Especial referencia a la reforma de la Ley de costas operada por la Ley 2/2013 y al nuevo Reglamento General de Costas aprobado por el Real Decreto 876/2014*, cit., pp. 56 e ss. analízase a incidencia da LC sobre a ordenación do litoral e o urbanismo.

²² O FX 8 entende que este título de atribución de competencias estatais “non pode chegar, fronte ao afirmado na STC 149/1991 (fundamento xurídico 1, D, *in fine*) da cal habemos de apartarnos neste punto, a tal grao de detalle que non permita desenvolvemento lexislativo ningún das Comunidades Autónomas con competencias en materia de medio ambiente, baleirándoas así de contido”.

ordenación, tanto desde o punto de vista lexislativo como administrativo. A pesar de ser a “ordenación do litoral” unha das competencias que o EAG atribúe á CA galega co carácter de exclusivas, o “litoral” que foi labrando a xurisprudencia constitucional é ben distinto ao litoral que a LOLGA fai o seu obxecto.

En primeiro lugar, o TC descartou desde un inicio o exercicio de competencias sobre o mar con carácter xeral polas CA, baixo a premisa dun principio de territorialidade “local”, que foi trasladado incondicionalmente ás CA, como se se tratasen dunha mera amalgama de provincias ou de municipios, e non entidades de carácter descentralizado e non periférico. Baixo a premisa de que as CA son só municipios ou só provincias, o TC desenvolveu a doutrina, paradoxal, da “extraterritorialidade” das competencias. En vista de que os EA recollen competencias que son exercidas parcial ou totalmente no mar, por normativizaren actividades con este relacionadas (v. gr. a pesca e a acuicultura), o alto tribunal entendeu que isto se trata dunha excepción, e que só cando da competencia así se infira poderán as CA regular ou xestionar aspectos do mar.

En segundo termo, o TC limitou o título competencial de ordenación do litoral, até o punto de enténdelo innecesario e incluído no de ordenación do territorio. Así, se o territorio municipal é equivalente ao territorio autonómico e o litoral é só territorio, as CA só poderían actuar baseándose neste título na franxa terrestre da costa. Ademais, nesta franxa concorren coa competencia estatal de garantir a igualdade dos cidadáns españois en todo o territorio do Estado e de protexer o medio ambiente, podendo as CA establecer normas adicionais de protección deste. Utilízase, asemade, o artigo 132.2 CE como título competencial *de facto*, abafando así as posibilidades autonómicas de ordenar o seu litoral na vertente terrestre.

2.2 Evolución da xurisprudencia constitucional na materia

A pesar do punto de partida na lexislación e xurisprudencia constitucional, nada auspicioso para unha norma como a LOLGA, o certo é que o Consello Consultivo de Galicia (CCG), no seu Informe 227/2022, do 20 de xullo de 2022²³, afirma que é posíbel ditar, “no exercicio da competencia autonómica en materia de ordenación do litoral, normas de rango legal e/ou regulamentario”, destinadas a regular o exercicio das funcións executivas e de xestión sobre o litoral que á CA de Galicia lle corresponden e que non están aínda traspasadas (oitava consideración, conclusión quinta). O CCG sinala que dentro da competencia de “ordenación do territorio e do litoral” se encontran as facultades de xestión dos títulos de uso e ocupación do DPM-T, así como as funcións de outorgamento, prórroga, modificación e extinción das autorizacións e concesións para a utilización e ocupación do DPM-T previstas na normativa de costas.

En todo caso, esa xestión non pode ser aínda posíbel porque non hai decreto de traspaso dos medios e servizos por parte do Estado. Hai na data en que se escribe

²³ Este informe dá resposta á seguinte cuestión, formulada polo presidente da Xunta de Galicia: “Se é posible entender, sen necesidade de modificación do Estatuto de autonomía de Galicia, que a competencia autonómica de ordenación do litoral comprende a xestión dos títulos de ocupación e uso do dominio público marítimo-terrestre”. Pódese acceder aos ditames do CCG en <https://www.knosys.es/ccgalicia/knpag?x=index&lang=GAL>

catro CA ás que lles foron traspasados os servizos e medios materiais para desenvolver esa competencia. Estas son Cataluña²⁴, Andalucía²⁵, Canarias²⁶ e Illas Baleares²⁷. O traspaso a esta última CA fíxose efectivo o 1 de xullo de 2023, amosando unha tendencia descentralizadora que comezou desde os reais decretos cataláns, de 2007 e 2008, e que se veu opor á visión centralista²⁸ do DPM-T na LC e na STC 149/1991. O punto de inflexión foi a reforma do Estatuto de autonomía de Cataluña (EAC) de 2006, que introduciu no seu artigo 149 unha nova definición da competencia sobre ordenación do litoral.

O obxecto do informe do CCG, á marxe da resposta que na súa consideración oitava dá á pregunta da Presidencia da Xunta de Galicia sobre as autorizacións no DPM-T, é tamén examinar a evolución da competencia autonómica en materia de ordenación do litoral a partir da STC 149/1991. Este exame, que permite ao órgano consultivo galego dar esa resposta afirmativa, sen ambaxes, á cuestión a este formulada, pasa polo artigo 149 EAC de 2006 e pola STC 31/2010, do 28 de xuño (ECLI:ES:TC:2010:31), sobre este EA, así como pola STC 18/2022, do 8 de febreiro (ECLI:ES:TC:2022:18), entre outras.

Antes de dar conta da evolución da xurisprudencia constitucional en materia de litoral, o CCG volve á STC 149/1991 para destacar un aspecto que cómpre tamén aquí destacar. O artigo 110 LC regula as competencias da Administración do Estado en materia de costas. Ademais doutras que o precepto prevé (o artigo contén até 13 apartados), o seu apartado b) dispón que corresponde ao Estado a “xestión do dominio público marítimo-terrestre, incluíndo o outorgamento de adscricións, concesións e autorizacións para a súa ocupación e aproveitamento”. Sobre esta atribución de competencias, di o TC que é “constitucionalmente posíbel e, polo tanto, lexítimo atribuír á Administración do Estado” estas facultades, de acordo co xa dito na sentenza respecto do título III da lei.

²⁴ Real decreto 1404/2007, do 29 de outubro, sobre traspaso de funcións e servizos da Administración do Estado á Generalitat de Cataluña en materia de ordenación e xestión do litoral (autorizacións e instalacións marítimas), e Real decreto 1387/2008, do 1 de agosto, sobre ampliación de funcións e servizos traspasados á Generalitat de Cataluña polo Real decreto 1404/2007, do 19 de outubro, en materia de ordenación e xestión do litoral. Unha análise destes reais decretos, en BERGA VAYREDA, F.X., “Los traspasos de funciones y servicios en materia de costas. La experiencia catalana”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d'Estudis de l'Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d'Estudis Autonòmics (Govern de les Illes Balears), Barcelona e Palma, 2023, pp. 87 a 106.

²⁵ Real decreto 62/2011, do 21 de xaneiro, sobre traspaso de funcións e servizos da Administración do Estado á Comunidade Autónoma de Andalucía en materia de ordenación e xestión do litoral.

²⁶ Real decreto 713/2022, do 30 de agosto, sobre traspaso de funcións e servizos da Administración do Estado á Comunidade Autónoma de Canarias en materia de ordenación e xestión do litoral. Unha análise deste real decreto, en LOBO RODRIGO, A., “Los traspasos de competencias en materia de costas a Canarias: una visión prospectiva”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d'Estudis de l'Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d'Estudis Autonòmics (Govern de les Illes Balears), Barcelona e Palma, 2023, pp. 141 a 166.

²⁷ Real decreto 994/2022, do 29 de novembro, sobre traspaso de funcións e servizos da Administración do Estado á Comunidade Autónoma de Illas Baleares en materia de ordenación e xestión do litoral. Unha análise sobre este traspaso, en POUSA GARCÍA, A., “La pluralidad competencial en materia de costas y litoral (Illes Balears)”, cit.

²⁸ En MEILÁN GIL, J.L., “Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas”, cit., p. 26, fálase de “neocentralismo” e dunha “tradicón vinculada á convicción da superioridade técnica da Administración estatal e dos seus corpos especiais” non superada pola LC. Así, o proxecto da LC “perdeu a oportunidade de formular o DPM-T de acordo coas exixencias que se derivan do Estado autonómico” (p. 33).

Desa explicación que a STC 149/1991 dá sobre a atribución da xestión do DPM-T ao Estado, transcrita nas páxinas 19 e 20 do Informe CCG 227/2022, deriva unha consecuencia que o CCG quere salientar: a atribución ao Estado non é a única constitucionalmente aceptábel. A Constitución ampararía, se é o caso, que a xestión dese DPM-T a realizasen as CA, como así ocorre xa en Cataluña, Andalucía, Canarias e Illas Baleares, nos termos dos seus respectivos decretos de traspaso. O problema estriba aquí en que norma pode atribuír esta xestión do DPM-T.

A LC regula no seu título VI (dentro do que se inclúe o art. 110) as “Competencias administrativas”, aludindo ás competencias da Administración do Estado, das CA e dos municipios. Tamén, como o CCG pon de manifesto, “a LC, ao regular esas funcións executivas como funcións do Estado, non opera nin como norma atributiva nin como norma delimitadora de competencias” (pp. 20 e 21 e xurisprudencia aí citada). Para os efectos de coñecer o que pode e non pode facer o lexislador estatal con respecto da delimitación de competencias, a STC 162/2012, do 20 de setembro (ECLI:ES:TC:2012:162), é de grande interese. Esta sentenza pronuncíase sobre o artigo 114 LC²⁹ na súa modificación realizada pola Lei 53/2002³⁰, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social.

A STC 162/2012 sinala no seu FX 7 que a modificación se “limita a recordar, conforme a doutrina constitucional na materia, que esa competencia concreta que pode incidir no dominio público marítimo-terrestre (...) se circunscribe ao límite ordinario constituído polo territorio autonómico”. O lexislador, ao facer isto, “suxéitase á doutrina constitucional relativa ao soporte material ao que se estende a competencia autonómica”, lembrando o alto tribunal que, desde a STC 149/1991, “a competencia autonómica sobre ordenación do territorio non se estende ao mar”. A pesar desta corrección material, o TC nega a “posibilidade de que o lexislador estatal poida, sen unha expresa previsión constitucional ou estatutaria para isto, levar a cabo non xa unha mera remisión ás normas atributivas de competencias (...), senón (...) unha interpretación conceptual e abstracta do sistema de distribución de competencias co obxectivo de delimitar as atribucións das comunidades autónomas” (FX 7), declarando inconstitucional a modificación³¹.

Foi a reforma de 2006 do EAC a que transformou a capacidade da CA de Cataluña de xestionar o DPM-T³². O EAC de 1979 xa acollera a ordenación do litoral como unha competencia exclusiva da CA catalá, como así tamén o fixera o EAG de 1981. Porén,

²⁹ O artigo 114 afirma o seguinte: “As Comunidades Autónomas exercerán as competencias que, nas materias de ordenación territorial e do litoral, portos, urbanismo, verteduras ao mar e demais relacionadas co ámbito da presente Lei, teñan atribuídas en virtude dos seus respectivos Estatutos”.

³⁰ Esta lei introducíalle un segundo parágrafo: “A competencia autonómica sobre ordenación territorial e do litoral, á que se refire o parágrafo anterior, alcanzará exclusivamente ao ámbito terrestre do dominio público marítimo-terrestre, sen comprender o mar territorial e as augas interiores”.

³¹ No mesmo sentido se pronunciara xa a STC 149/1991 sobre o primeiro parágrafo do artigo 114 LC, afirmando que “os preceptos desta natureza non teñen razón de ser nas leis en canto puidesen levar á idea falsa de que poden estas alterar a orde competencial disposta pola Constitución e os Estatutos de Autonomía”, sen declarar inconstitucional o precepto por ser unha mera remisión, carente de relevancia material.

³² Sobre a incidencia desta reforma sobre a competencia en materia de ordenación do litoral, *vid.* AGUIRRE I FONT, J.M., *El régimen jurídico del litoral catalán. Especial referencia a la reforma de la Ley de costas operada por la Ley 2/2013 y al nuevo Reglamento General de Costas aprobado por el Real Decreto 876/2014*, pp. 92 a 130

a reforma do EA de Cataluña, aprobada por Lei orgánica 6/2006, do 19 de xullo, comprendeu unha resignificación desta competencia, detallando os puntos que a Cataluña lle corresponden. O seu artigo 149.3, parcialmente transcrito na páxina 23 do informe CCG 227/2022, atribúe á Generalitat esa mesma xestión e intervención administrativa sobre o DPM-T que a LC declaraba (e segue a declarar) de competencia da Administración do Estado.

O TC pronunciouse sobre a nova redacción na STC 31/2010, do 28 de xuño de 2010 (ECLI:ES:TC:2010:31). O precepto fora impugnado ao abeiro dunha posíbel contradición coa STC 149/1991. O alto tribunal refírese aquí directamente á “competencia estatal de protección do demanio³³” (FX 91), afirmando que “concorre coas sinaladas competencias autonómicas (sobre a ordenación do litoral)”. A pesar desta “conco-rrencia de competencias”, a STC declara a constitucionalidade do precepto, de tal xeito que o artigo 149.3 “se limita a recoñecer á Generalitat as sinaladas funcións executivas da súa competencia cuxo exercicio expresamente se somete ao respecto do ‘réxime xeral do dominio público’³⁴”.

Á modificación do Estatuto de Cataluña de 2006 seguiuille a modificación doutros estatutos. No que a este traballo interesa, foron modificados o EA das Illas Baleares, de Andalucía e de Canarias, precisamente as CA autónomas ás que lles foron transferidos os medios materiais para executar esta competencia³⁵. Por orde de aprobación, a Lei orgánica 1/2007, do 28 de febreiro, de reforma do Estatuto de autonomía das Illas Baleares, introduciu un apartado 17 no seu artigo 32, relativo ás competencias executivas. Este, malia non estar redactado igual que o artigo 149.3 EAC, outorga á CA a xestión do DPM-T, en especial a concesión de autorizacións³⁶. Pola súa parte, a Lei orgánica 2/2007, do 19 de marzo, de reforma do Estatuto de autonomía para Andalucía, incorporou un artigo 56 que no seu apartado sexto fai referencia á “competencia exclusiva en materia de ordenación do litoral” e que na súa redacción é un calco da reforma catalá. Finalmente, a Lei orgánica 1/2018, do 5 de novembro, de reforma do Estatuto de autonomía de Canarias, introduciu un artigo relativo á orde-nación e xestión do litoral, o 157, moi semellante ao artigo 149.3 EAC, engadindo dous

³³ Énfase engadida.

³⁴ Sobre a atribución en específico á Administración autonómica catalá das concesións de obras fixas no mar, o TC reserva unha explicación a maiores, dado que se trata dun espazo litoral marítimo e as CA, na interpretación do alto tribunal, só poden excepcionalmente exercer competencias no mar. A pesar disto, o TC afirma que esta previsión é constitucional sempre que se entenda de acordo coa doutrina da “extraterritorialidade” das competencias. “Polo tanto”, di o TC, “non é posíbel descartar a existencia de obras fixas situadas no mar que se proxecten sobre as augas da zona marítimo-terrestre (territorio autonómico) ou sobre o mar territorial (que non ten tal condición) que teñan como referencia, en ambos os casos, competencias das Comunidades Autónomas nos termos estritos antes sinalados”. Nótese que aquí o TC entende que a zona marítimo-terrestre é territorio autonómico.

³⁵ Sobre estes estatutos “de segunda xeración” e a competencia de ordenación do litoral, *vid.* AGUIRRE I FONT, J.M., “Bases jurídicas para una gestión integrada del litoral: el ejemplo catalán”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autonòmics (Govern de les Illes Balears), Barcelona e Palma, 2023, pp. 204 a 207.

³⁶ Chega a afirmar este artigo 32.17 EA das Illas Baleares que “se entende por dominio público marítimo-terrestre o comprendido tanto polo ámbito terrestre como polas augas interiores e o mar territorial”, contra a propia xurisprudencia do TC, que na STC 31/2010 e a propósito da competencia catalá diferenciaría entre “augas da zona marítimo-terrestre (territorio autonómico)” e “mar territorial (que non ten tal condición)”.

apartados respecto da atribución autonómica dos servizos prestados no litoral e do informe previo relativo a obras de interese xeral no litoral, de competencia estatal.

Non se poden deixar de salientar as dúbidas que a evolución que acaba de ser exposta pode causar. A LC opera de feito unha atribución de competencias ao Estado en detrimento da competencia autonómica sobre ordenación do litoral³⁷. Proba disto é que son agora os EA catalán, balear, andaluz e canario os que atribúen a competencia á CA. Non se discute que tanto a xestión autonómica como a xestión estatal son ambas opcións “constitucionalmente lícitas”³⁸. Non obstante, corresponde aos estatutos de autonomía determinar quen será a Administración encargada de xestionar o seu litoral, e non ao lexislador estatal, que só pode “interpretar” o bloque da constitucionalidade, non crealo³⁹.

2.2 A recente Lei de ordenación e protección do litoral catalá e a súa adecuación constitucional

A partir da nova consideración da competencia sobre ordenación do litoral á que o EAC reformado en 2006 deu inicio, e tras os reais decretos de traspaso de medios materiais a Cataluña de 2007 e 2008, promulgouse nesta CA a Lei 8/2020, do 30 de xullo, de protección e ordenación do litoral (LPOL en diante)⁴⁰. Esta norma, que se aplica sobre os “bens de dominio público e ecosistemas marítimo-terrestres do litoral de Cataluña” e sobre unha “franja mínima de mil metros, aplicada en proxección horizontal cara ao interior” (art. 2) regula, entre outros aspectos, o réxime de utilización do DPM-T (título IV)⁴¹ e as competencias administrativas na materia (título VII)⁴².

Dunha mera lectura dos artigos 29 LPOL e 110 LC apréciase a súa manifesta confrontación. É o acordo da comisión bilateral⁴³ Generalitat-Estado o que dá a primeira

³⁷ Así o sinalan AGUIRRE I FONT, J.M., *El régimen jurídico del litoral catalán. Especial referencia a la reforma de la Ley de costas operada por la Ley 2/2013 y al nuevo Reglamento General de Costas aprobado por el Real Decreto 876/2014*, cit., pp. 80 e ss.; e MEILÁN GIL, J.L., “Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas”, cit., pp. 33 e 34. En contra, BELADÍEZ ROJO, M., “Problemas competenciales sobre la zona marítimo-terrestre y las playas”, cit.

³⁸ A expresión é da STC 198/1991, do 15 de novembro de 1991 (ECLI:ES:TC:1991:198) (FX 4.F.b)). Pódese afirmar que tanto a xestión estatal como a autonómica do DPM-T son constitucionalmente posibles porque as STC 149/1991 e 198/1991 referendan a xestión estatal da LC, e as STC 31/2010 e 18/2022 referendan a xestión autonómica do EAC.

³⁹ Confróntese o Informe CCG 227/2022, pp. 20 e 21, e xurisprudencia aí citada.

⁴⁰ Unha análise desta norma, en AGUIRRE I FONT, J.M., “La nueva regulación de la costa en Cataluña: la Ley 8/2020, de 30 de julio, de Protección y Ordenación del Litoral”, *Revista Aranzadi de urbanismo y edificación*, n. 46, 2021, pp. 35 a 62.

⁴¹ Os artigos 20 e ss. da LPOL establecen a quen corresponde outorgar as autorizacións administrativas para a utilización do DPM-T no que respecta a explotación de servizos de tempada das praias e as actividades previstas polos plans que a lei regula (municipios), actividades non reguladas nestes plans (Generalitat), concesións para obras ou instalacións non desmontábeis (Generalitat) e obras en construcións existentes (Generalitat).

⁴² Así, son competencias da Administración autonómica “(a) xestión do dominio público marítimo-terrestre con respecto ao outorgamento das concesións e das autorizacións para a súa ocupación e aproveitamento non previstas polos plans de uso do litoral e das praias”, “(a)s concesións de obras fixas no mar” e “(a) intervención administrativa mediante o réxime de declaración responsábel das obras de reparación, mellora, consolidación e modernización das construcións existentes no dominio público marítimo-terrestre”; en canto aos municipios, a estes corresponde “(o) outorgamento das autorizacións para actividades previstas polos plans de uso do litoral e das praias”.

⁴³ Publicado no BOE do 26 de maio de 2021 (pp. 64046 a 64050) como “Resolución do 10 de maio de 2021, da Secretaría Xeral de Coordinación Territorial, pola que se publica o Acordo da Subcomisión de Seguimento Normativo, Prevención e Solución de Conflitos da Comisión Bilateral Generalitat-Estado, en relación coa Lei 8/2020, do 30 de xullo, de protección e ordenación

das claves da constitucionalidade desta LPOL catalá. Este acordo tivo por obxecto “resolver as discrepancias competenciais suscitadas en relación cos artigos 2 (e, por conexión, o 3 e o 6), 7, 9, 11, 13, 15, 18, 19, 20, 23, 25, 27, 29, 30, 31, 33 e 34” da lei. A lista inclúe o ámbito de aplicación da norma, que se entende constitucional sempre que as referencias ao DPM-T se baseen no exercicio lexítimo das competencias da CA ou da interpretación destas competencias, é dicir, na doutrina do TC sobre a “extraterritorialidade” das competencias. Exponse igualmente que a CA non pode incidir na *competencia* estatal para regular o réxime xurídico do dominio público marítimo-terrestre. As competencias das que a CA estaría a facer uso na lei serían, por contra, a de ordenación do territorio e da paisaxe, do litoral e urbanismo e a de protección do medio ambiente.

A maioría das discrepancias sobre o articulado foron resoltas a través do acordo. Non obstante, Generalitat e Estado central non puideron chegar a unha avinza no relativo aos artigos 20.1.b) e 30.d) LPOL. Estes preceptos outorgan aos municipios do litoral catalán a competencia para concederen autorizacións sobre o DPM-T para as actividades previstas polos plans de uso do litoral e das praias. Esta falta de acordo permitiu coñecer o parecer do TC sobre a cuestión, dado que o presidente do Goberno central interpuxo un recurso de inconstitucionalidade contra eses artigos, que derivou na STC 18/2022, do 8 de febreiro (ECLI:ES:TC:2022:18).

O problema constitucional que lle é formulado ao TC non é, en esencia, material, senón formal, relativo ao que neste traballo se vén comentando: que norma pode regular estas competencias; se a Lei de costas, emanada do lexislador estatal e esta á súa vez do artigo 132.2 CE, ou se a LPOL, emanada do artigo 149.3 EAC e este á súa vez da delimitación competencial dos artigos 148 e 149 CE. A oposición entre o artigo 115 LC (“Competencias municipais”) e o artigo 30 LPOL (“Competencias dos municipios”) é frontal. O TC trae igualmente a exame o artigo 110.b) LC, que outorga a competencia na xestión do DPM-T á Administración do Estado, o que choca con ese actual artigo 149.3 EAC. O alto tribunal é claro nas súas conclusións (FX 3.c):

«A interpretación do artigo 115 da Lei de costas de 1988, que forma parte do réxime de autorizacións e concesións de uso e explotación do dominio público marítimo-terrestre, debe cohonestarse coa reforma do Estatuto de autonomía de 2006. O artigo 110.b) da Lei de costas, formalmente non derogado, atribúe á Administración do Estado o outorgamento das autorizacións para ocupación e uso do dominio público, pero por efecto do artigo 149.3.b) EAC esa competencia pasou directamente á Generalitat de Cataluña como competencia propia que veu exercendo ademais pacificamente desde aquela data, segundo se desprende das actuacións».

Tras isto, o TC aclara que o réxime xurídico das autorizacións segue a ser o establecido na LC. O cambio prodúcese só na Administración, neste caso a local, con potestade para outorgar estas autorizacións. Para isto, di tamén o TC, “(a) lei autonómica

do litoral”. Expóñense os aspectos principais do acordo en AGUIRRE I FONT, J.M., “Bases jurídicas para una gestión integrada del litoral: el ejemplo catalán”, cit., pp. 217 a 220.

ampárase na competencia xeral sobre ordenación do litoral, que non cuestionou o recorrente”. Así, “(f)orma parte da lóxica do sistema que a lei atribúa aos municipios, e non á Administración autonómica, a verificación regrada do cumprimento do disposto no plan municipal”. Para chegar a estas conclusións, o alto tribunal tivo que aclarar que o termo “xestión” que se utiliza no artigo 149.3.b) EAC non ten un significado restritivo e excluínte, senón que é unha “norma pola que a comunidade autónoma asume expresamente, fronte ao Estado, a competencia sobre os títulos de ocupación e uso do dominio público marítimo-terrestre que até entón exercía este último, de acordo co artigo 110.b) da Lei de costas de 1988” (FX 2.c)). Esta competencia de xestión do DPM-T “intégrase na competencia máis ampla de ordenación do litoral” (FX 2.b)).

As consecuencias deste pronunciamento quedan aínda para o futuro. Desde logo, supón unha novidade no que viña sendo a doutrina xurisprudencial do TC. Primeiramente, é un referendo do EAC reformado, así como dos demais EA reformados que tamén incorporaron as competencias de xestión do litoral. É, tamén, unha rectificación con relación á STC 149/1991, que devolve algún do seu contido á competencia exclusiva sobre ordenación do litoral que, recórdese, a propia STC 149/1991 fixo extensiva a todas as CA con litoral, independentemente do texto dos seus EA. Mais o alto tribunal evitou manifestarse sobre o contido e a posición no texto constituínte do artigo 132.2 CE, que fora a principal base para afirmar a constitucionalidade do groso da LC. Emenda, de feito, a distribución de competencias que sobre ese artigo se fixo, pero evita referirse a el directamente.

Á luz destas novidades, o CCG fala dunha “‘matización’ das regras de repartición competencial sentadas polo Tribunal Constitucional na Sentenza 149/1991, do 4 de xullo” (p. 26). A partir desta “matización”, “cambio” ou “matiz” (p. 30), o Informe do CCG 227/2022 pasa na súa consideración sexta a facer un amplo razoamento en favor da aplicación do concepto de “ordenación do litoral” que o EAC incorporou ao seu texto en 2006 tamén aos estatutos non reformados, nomeadamente no caso de Galicia, cuxo EA recolle no artigo 27.3 unha mención abstracta á “ordenación do litoral”, sen detallala⁴⁴. A idea máis potente semella a seguinte: a competencia de ordenación do litoral provén, en última instancia, non da súa configuración nos EA, senón da Constitución e, en concreto, da competencia que ás CA corresponde en materia de ordenación do territorio (art. 149.1.3^a CE), como o TC ten establecido. De acordo con este argumento, esta competencia é a mesma en todas as CA, independentemente do seu texto estatutario, precisamente porque non provén deste, senón da CE, norma en último termo fonte das competencias autonómicas⁴⁵.

⁴⁴ Na páxina 30 do informe apúntase que “esta nova doutrina sobre a repartición competencial non pode circunscribir os seus efectos á Comunidade Autónoma catalá e a aquelas outras (como a andaluza, a balear e a canaria) cuxos estatutos recollan a mención expresa da xestión dos títulos de dominio público marítimo-terrestre. Pola contra, este cambio doutrinal proxéctase así mesmo sobre a competencia autonómica galega en materia de ordenación do litoral, pois, tamén no caso da Comunidade Autónoma galega, ha de entenderse que as funcións executivas relativas á xestión de títulos de utilización e ocupación do dominio público marítimo-terrestre non forman parte de competencias estatais, polo que o seu encaixe na competencia sectorial sobre ordenación do litoral (recordemos, explicitamente admitido xa nas SSTC 149/1991, do 4 de xullo, e 198/1991, do 17 de outubro) é a opción que se presenta, no estado actual da doutrina do Tribunal Constitucional sobre a repartición competencial neste eido, como axustada ao bloque de constitucionalidade”.

⁴⁵ Confróntese artigo 1 EAG. A maiores, xa a STC 149/1991 igualou o teito competencial das CA en materia de litoral (FX. 1.A)).

Do TC dependerá, no caso de que a futura LOLGA chegue á súa xurisdición, considerar que a competencia sobre ordenación do litoral foi sempre a mesma, desde a promulgación e sanción da CE, e independentemente dos contidos máis ou menos dialécticos dos estatutos, ou se polo contrario a definición desta competencia no respectivo estatuto é un paso necesario para acadar unha xestión autonómica do DPM-T. O primeiro suporía un paso máis na superación da doutrina da STC 149/1991 e unha sanción *a posteriori* da repetida doutrina conforme a cal a titularidade pública do DPM-T non é presuposto de atribución de competencias.

Sen pretender facer vaticinios sobre o que o TC poida xulgar da LOLGA, pois nin sequera se pode coñecer se se pronunciará ou non sobre ela, o certo é que o CCG (p. 25) fai ben en rescatar a STC 57/2016, do 17 de marzo (ECLI:ES:TC:2016:57). Esta sentenza, ao resolver sobre un recurso de inconstitucionalidade interposto polo Goberno de Canarias con relación á modificación da LC pola Lei 2/2013, do 29 de maio, transcribe especificamente o contido da STC 31/2010 relativo ao artigo 149.3 EAC, afirmando que esta sentenza “introduciu un matiz nesta repartición competencial”. Hai, entón, marxe para o optimismo.

3 A Lei de ordenación e xestión integrada do litoral de Galicia

3.1 Aspectos xerais e instrumentos de ordenación

A LOLGA parte da situación que se expuxo nos apartados precedentes. A súa regulación é, non obstante, novidosa, e algúns dos seus artigos deben ser lidos á luz da evolución que a STC 149/1991 tivo nas STC 31/2010 e 18/2022, exposta no ditame CCG 227/2022. A continuación, e sen ánimo exhaustivo, tratarase de destacar os principais puntos de innovación desta LOLGA, dentro do espazo que a norma está chamada a ocupar no ordenamento xurídico estatal.

Primeiramente, e como a súa EM expón, “(e)sta Lei aspira á ordenación e xestión do litoral desde un enfoque ecosistémico e integrado, que garanta un desenvolvemento sustentable”⁴⁶. Desta aspiración beben os artigos 7 e 8 do texto, sobre “Enfoque ecosistémico” e “Xestión integrada do litoral”⁴⁷, respectivamente. O enfoque ecosistémico debe “garantir que a presión conxunta das (actividades humanas) se manteña en niveis compatibles coa consecución do bo estado ambiental dos ecosistemas costeiros e mariños e que a súa capacidade de resposta aos cambios inducidos polos seres humanos non se vexa comprometida”. En canto á xestión integrada, o propio artigo 8 LOLGA remítese á Recomendación 2002/413/CE, do Parlamento Europeo e

⁴⁶ Confróntese artigo 1 LOLGA (“Obxecto da Lei”).

⁴⁷ Ambos os conceptos proveñen do Protocolo do Mediterráneo de 2008 e da Carta Europea do Litoral. Como a EM da LOLGA expón, o Protocolo relativo á xestión integrada das zonas costeiras do Mediterráneo foi ratificado como tratado internacional polo Estado español o 20 de maio de 2010, asumindo deste xeito a Recomendación 2002/413/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 30 de maio de 2002, relativa á aplicación da xestión integrada das zonas costeiras de Europa. En canto á Carta Europea do Litoral, esta foi aprobada na Conferencia de Rexións Periféricas Marítimas da CEE (hoxe UE) en 1981.

do Consello, do 30 de maio de 2002, relativa á aplicación da xestión integrada das zonas costeiras de Europa⁴⁸.

A LOLGA non se basea só no artigo 27.3 EAG, que recolle a competencia exclusiva de Galicia en ordenación do litoral, proveniente á súa vez do artigo 149.3 CE, sobre competencias autonómicas en ordenación do territorio. Esta norma, como a súa EM sinala, está tamén amparada na competencia exclusiva sobre a pesca nas rías e demais augas interiores, o marisqueo e a acuicultura (art. 29.15 EAG) e sobre os portos autonómicos (art. 27.9 EAG), a competencia para o desenvolvemento lexislativo e a execución da lexislación do Estado en materia de ordenación do sector pesqueiro (art. 28.5 EAG) e portos pesqueiros (art. 28.6 EAG), ou a competencia de execución da lexislación do Estado en materia de salvamento marítimo (art. 20.3 EAG) e vertidos industriais e contaminantes nas augas territoriais do Estado correspondentes ao litoral galego (art. 29.4 EAG), por citar os títulos máis significativos.

Este parágrafo da EM pon de manifesto que a LOLGA, tratando de buscar ese enfoque ecosistémico e integrado sobre o litoral, fai uso de todas as competencias que o bloque da constitucionalidade, interpretado como foi exposto nos apartados anteriores, lle outorga. O artigo 2, que xa ao principio deste traballo se definía como de enorme novidade, dispón que, para os efectos da LOLGA, o litoral é non só terra, senón tamén mar. E, dado que a competencia sobre o litoral segundo foi interpretada polo TC desde a STC 149/1991 abrangue só terra, todas as regulacións desta norma que atinxan ao mar deben ter unha base competencial nalgún título diverso da ordenación do territorio. Isto é, deben sustentarse nalgunha das competencias extraterritoriais que permiten á CA “saír” da terra, atribuíndolle competencia tamén sobre o mar.

Así o di meridicamente o propio apartado terceiro do citado artigo 2 LOLGA:

«As disposicións sobre o mar territorial entenderanse referidas exclusivamente a actuacións que deriven do exercicio lexítimo das competencias que a Comunidade Autónoma de Galicia ten recoñecidas no Estatuto de autonomía explicitamente nese medio ou ás que deben realizarse no mar pola natureza da competencia tal e como resulta da interpretación do bloque da constitucionalidade, sen prexuízo das competencias en materia de costas, protección e ordenación do espazo marítimo ou calquera outra que corresponda ao Estado⁴⁹».

É con esta teoría da “activación” de múltiples competencias como a lei pretende salvar os importantes obstáculos que da interpretación constitucional dos artigos 132.2 e 149.3 CE e 27.3 EAG poden xurdir para acadar unha xestión autonómica do litoral.

A LOLGA comeza partindo dunha serie de fins (art. 3 LOLGA) e principios (capítulo II LOLGA, artigos 4 a 10). O fin primeiro da norma é “a ordenación e xestión do

⁴⁸ Este texto xa apuntaba no seu considerando décimo sexto que “(a) xestión integrada das zonas costeiras implica moitos factores, entre os cales a ordenación territorial e a utilización do solo só se ven afectados de forma accesoria”. Son tamén relevantes os seus capítulos I (“Unha abordaxe estratéxica”) e II (“Principios”). No capítulo I afirmase que os Estados membros deben basear a xestión das súas zonas costeiras (h) nunha “mellor coordinación das medidas tomadas por todas as autoridades participantes, tanto no mar como en terra, na xestión da interacción mar-terra”.

⁴⁹ Este apartado está en evidente sintonía co Acordo da Comisión Bilateral Generalitat-Estado sobre a LPOL (confróntese punto 1°).

litoral de Galicia como unha entidade única”, e os principios fundamentais son os de colaboración, cooperación e coordinación⁵⁰, nun marco de lealdade constitucional⁵¹ e de participación. O título II da LOLGA (arts. 20 a 28) regula os instrumentos de ordenación do litoral que deben seguir á aprobación da norma. Estes son os que o artigo 21.1 LOLGA enumera: a Estratexia de economía azul de Galicia, as Directrices de ordenación do litoral de Galicia, o Plan de ordenación costeira, o Plan de ordenación mariña, os plans especiais de ría, os plans especiais de praias e os plans sectoriais. Os ditos plans desenvólvense nos artigos posteriores, pero en todo caso “conforman un único sistema integrado” (art. 21.2 LOLGA)⁵². O Plan de ordenación mariña, que por definición comprende a planificación dunha parte do litoral non incluída na competencia de ordenación do litoral, elaborárase “no marco das competencias da Comunidade Autónoma de Galicia”, segundo o artigo 25 afirma. Estas serán, necesariamente para o encaixe constitucional do plan, as de índole extraterritorial.

3.2 O réxime de competencias

O tratamento do aspecto competencial é unha parte fundamental da LOLGA, que concentra un número relevante dos seus preceptos. Así, os artigos 11, 12 e 13 regulan as competencias da Administración xeral da CA de Galicia, dos entes instrumentais desta Administración e dos concellos costeiros, respectivamente. O primeiro destes preceptos contén unha enumeración das competencias autonómicas relacionadas coa ordenación e xestión integrada do litoral. Esta non pode ser considerada, pola súa natureza, como *numerus clausus*, mais si permite coñecer a maioría dos títulos competenciais en xogo. A lista é a seguinte:

- Medio ambiente (art. 27.30 EAG⁵³).
- Ordenación do territorio e do litoral (art. 27.3 EAG).
- Pesca nas rías e demais augas interiores, marisqueo e acuicultura (art. 27.15 EAG).
- Ordenación do sector pesqueiro (art. 28.5 EAG⁵⁴).

⁵⁰ Confróntese principio (h) da Recomendación 2002/413/CE.

⁵¹ Confróntese EM da LOLGA: “Non formando parte tales funcións executivas das facultades do Estado derivadas da titularidade do dominio público marítimo-terrestre, nin da competencia estatal sobre protección do medio ambiente, e sen que as reteña o Estado en virtude da cláusula residual do artigo 149.3 de la CE, resulta posible e considérase necesario o exercicio das ditas funcións de xestión de carácter executivo, pendente de que se proceda, en virtude do principio de lealdade constitucional, ao traspaso de funcións e servizos por parte do Estado”. En iguais termos se pronuncia o CCG no seu informe 227/2022 (conclusión quinta).

⁵² Lembra o artigo 21.3 LOLGA: As previsións contidas neste título deben entenderse no marco da lexislación básica do Estado e con respecto das facultades que derivan da súa titularidade sobre os bens que integran o dominio público marítimo-terrestre. Confróntese o Acordo da Comisión Bilateral Generalitat-Estado sobre a LPOL.

⁵³ Este artigo, en liña co artigo 149.1.23ª CE, refírese ás “normas adicionais sobre protección do medio ambiente e da paisaxe”. Este carácter *adicional* debe ser comprendido de acordo coa STC 102/1995, xa citada.

⁵⁴ Compete nesta materia á CA galega o desenvolvemento lexislativo e a execución da lexislación do Estado.

- Planificación portuaria (arts. 27.9 e 28.6 EAG).
- Control da calidade das augas interiores e costeiras.
- Loita contra a contaminación mariña.
- Promoción do deporte e adecuada utilización do lecer (art. 27.22 EAG).
- Ordenación do turismo (art. 27.21 EAG).
- Protección do patrimonio histórico, artístico, arquitectónico e arqueolóxico de Galicia (art. 27.18 EAG⁵⁵).

Sentadas estas bases competenciais, detállase a continuación na LOLGA que actuacións corresponden a que determinado órgano ou entidade. Seguidamente expóñense as atribucións máis destacadas:

- Consello da Xunta: aprobación dos instrumentos de ordenación do litoral autonómicos⁵⁶.
- Consellería con competencias en medio ambiente⁵⁷: outorgamento de títulos de intervención referidos aos espazos naturais protexidos.
- Consellería con competencias en materia de ordenación do territorio⁵⁸: outorgamento dos títulos de intervención, ou a emisión de informes equivalentes, para a utilización dos espazos terrestres do dominio público marítimo-terrestre.
- Consellería con competencias sobre o mar⁵⁹: outorgamento dos títulos de intervención para a utilización dos espazos intermareais e mariños do dominio público marítimo-terrestre.
- Concellos costeiros: elaboración, aprobación, desenvolvemento e xestión dos instrumentos de ordenación litoral de ámbito municipal.

Esta distribución de competencias oponse directamente ao artigo 110 LC, que establece que a xestión do DPM-T corresponde á Administración do Estado. Este precepto foi superado, como xa se explicou *supra*, pola reforma do EAC en 2006 e doutros estatutos a partir deste, que supuxeron unha nova distribución de competencias nesta materia, ao detallaren o título de “ordenación do litoral” e incluíren neste detalle a xestión do DPM-T como competencia exclusiva autonómica. Agora

⁵⁵ Sen prexuízo do artigo 149.1.28ª CE.

⁵⁶ Instrumentos relevantes de carácter autonómico son a Estratexia de Economía Azul de Galicia, as directrices de ordenación do litoral, o Plan de ordenación costeira e o Plan de ordenación mariña.

⁵⁷ Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Vivenda actualmente.

⁵⁸ Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Vivenda actualmente.

⁵⁹ Consellería do Mar actualmente.

ben, o EAG segue a ter o mesmo texto que cando se aprobou, no ano 1981, e non fai referencia ningunha á xestión do DPM-T.

Non obstante, e seguindo a xurisprudencia do Constitucional no que á natureza das competencias se refire⁶⁰, dentro do título de ordenación do litoral do artigo 27.3 EAG débese entender incluída a xestión do DPM-T. Tendo en conta que a redacción do *Estatut* catalán de 2006 e, por extensión, dos demais EA reformados que lle seguiron, foi declarada constitucional, así como a LPOL catalá, débese entender que a competencia de ordenación do litoral inclúe a xestión do DPM-T, pois o contrario sería introducir unha discriminación que non se compadece coa “necesaria uniformidade” a nivel estatal da competencia⁶¹. Cómpre ter en conta, unha vez máis, que o teito competencial en materia de litoral é o mesmo para todas as CA desde a STC 14/9/1991.

O outorgamento de títulos de intervención para a utilización dos espazos do DPM-T, tanto terrestres como mariños, regúlase no artigo 48 LOLGA. Este artigo insírese no capítulo V (“Réxime da intervención administrativa”) do título III (“Usos e actividades no litoral”) da lei. Este é un dos preceptos de máis peso na norma, dado que establece que “as autorizacións e concesións de dominio público marítimo-terrestre serán outorgadas polas consellerías competentes en materia de ordenación do territorio ou mar, segundo proceda, no momento en que se produza o efectivo traspaso de funcións e servizos da Administración xeral do Estado á Comunidade Autónoma de Galicia en materia de ordenación do litoral”.

O apartado terceiro dese artigo 48 LOLGA interpreta o artigo 32 LC, que dispón que “(u)nicamente se poderá permitir a ocupación do dominio público marítimo-terrestre para aquelas actividades ou instalacións que, pola súa natureza, non poidan ter outra localización”. “En cumprimento da normativa de costas”, e tras trasladar esa norma do artigo 32 LC, o artigo 48.3 LOLGA pasa a enumerar unha serie de establecementos, dotacións, infraestruturas, instalacións e actividades que se considera que, polas súas características, requiren a ocupación do DPM-T.

Entre eses elementos salientáanse os establecementos da cadea mar-industria alimentaria (concepto regulado especificamente no art. 55 LOLGA) e as instalacións de xeración eléctrica renovábel que ocupen o mar, así como as súas instalacións complementarias en terra. As autorizacións e concesións no DPM-T que as consellerías de Mar ou Territorio outorguen deberán garantir que a ocupación sexa a mínima posíbel e que o DPM-T non quede desprotexido, de acordo co apartado cuarto do artigo 48 LOLGA. Á súa vez, este apartado reafirma a existencia de *facultades* que lle corresponden ao Estado na súa condición de titular do DPM-T.

Pola súa banda, o artigo 49 LOLGA determina que os usos e actividades na zona de servidume de protección do DPM-T precisarán de autorización da consellería competente en materia urbanística, actualmente a Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Vivenda. A autorización dos usos permitidos na zona de servidume de protección fora orixinariamente regulada no artigo 26 LC, atribuíndolle á Administración do Estado esta potestade. Esta previsión foi declarada inconstitucional pola STC

⁶⁰ Confróntese o Informe CCG 227/2022, pp. 31 e ss.

⁶¹ CCG 227/2022, pp. 32 a 35 e xurisprudencia aí citada.

149/1991 (FX 3.D.d)), entendendo que se trataba “dunha competencia de carácter executivo allea ás constitucionalmente reservadas ao Estado e que se engloba, polo seu contido, na execución da normativa sobre protección do medio ambiente ou na ordenación do territorio e/ou urbanismo de competencia exclusiva das comunidades autónomas”⁶².

Seguía dicindo aquela STC 149/1991 que “(c)orresponderá, pois, exercer esa potestade autorizatoria aos pertinentes órganos das comunidades autónomas ou, se é o caso, aos concellos, que, como é obvio, deberán axustarse á normativa estatal”. Pois ben, o artigo 49 LOLGA tamén introduce unha determinada interpretación desa normativa estatal. Para a servidume de protección aplícase tamén a regra de que só se permiten aquelas “obras, instalacións e actividades que, pola súa natureza, non poidan ter outra localización” (art. 25.2 LC). A LOLGA afirma que entre estas obras, instalacións e actividades se encontran as sinaladas no devandito artigo 48.3 LOLGA (art. 49.3), así como aquelas enumeradas no seu artigo 49.4, por prestaren servizos necesarios ou convenientes para o uso do DPM-T.

Esta regulación da LOLGA recolle a testemuña da LPOL catalá, que xa estableceu na CA de Cataluña un réxime de xestión autonómica (en aspectos a través dos concellos) do DPM-T. A LOLGA non só acolle un réxime autonómico propio de intervención administrativa no DPM-T, coas consellerías de Territorio e Mar como principais protagonistas, senón que tamén incorpora, como acaba de transcribirse, unha determinada interpretación do que a normativa de costas sinala. Non se trata dunha nova regulación, que vaia superar os artigos da LC e do seu regulamento relativos ás autorizacións en DPM-T e na súa zona de servidume de protección, senón dunha serie de criterios de exame das autorizacións que as devanditas consellerías deben seguir, partindo do disposto con carácter xeral na normativa de costas.

Do dito artigo 132.2 CE emanan, como o TC afirmou na STC 149/1991, unha serie de facultades que teñen por base a protección do DPM-T, protección que “o lexislador estatal non está só facultado, senón obrigado” a garantir (FX 1.D). Esta protección articulouse na LC por medio da cláusula “que non poidan ter outra localización”, utilizada tanto no artigo 25.2 como no 32.1 do seu texto. A concreción desta “necesidade de localización” no DPM-T dependerá da Administración que outorgue a determinada autorización ou concesión, suxeitándose sempre á normativa e ao fin último desta, que é esa protección dos bens suxeitos ao artigo 132.2 CE da que o TC fala. Agora ben, o certo é que a propia LC regula no artigo 25.2 algunhas desas obras, instalacións e actividades que non poden ter outra localización, a título exemplificativo (“como...”). Pola súa banda, o artigo 32.2 LC especifica, en sentido contrario, utilizacións que quedan expresamente excluídas. Estas especificacións da regra xeral son accesorias, e son mandatos aos poderes públicos para consideraren determinadas utilizacións ou ocupacións do DPM-T ou da súa zona de servidume como “necesarias”.

Unha vez entendido que é a CA de Galicia á que lle corresponde outorgar as autorizacións e xestionar non só a zona de servidume de protección, senón tamén o DPM-T,

⁶² Aquí o alto tribunal si se manifestou concorde con MEILÁN GIL, J.L., “Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas”, cit., pp. 27 e ss.

de acordo coa evolución do TC na materia, é necesario entender que as precisións dos artigos 48 e 49 LOLGA son acordes co réxime constitucional, dado que son un simple mandato ás administracións correspondentes, como os que se encontran na LC. As consellerías de Territorio e Mar, que en termos xerais deben interpretar esa “necesidade”, non teñen marxe de interpretación cando se lles presente un dos supostos regulados nos artigos 25 ou 32 LC ou 48 ou 49 LOLGA. Trátase dun simple cambio dunha potestade discrecional, na que é a Administración a que debe motivar a existencia ou non desa “necesidade”, a unha potestade regrada en certos casos nos que a dita “necesidade” xa vén dada. Non habería un cambio na regulación substantiva, pois o criterio reitor segue a ser o de “necesidade de localización” establecido na LC⁶³.

O outro aspecto de relevancia que os artigos 11 e 48 LOLGA incorporan é o outorgamento dos títulos de intervención para a utilización dos espazos intermareais e mariños do dominio público marítimo-terrestre pola Consellería do Mar. Esta atribución é orixinal da lei galega, non habendo disposición semellante na LPOL catalá. Esta, aínda que fala de competencias de xestión do dominio público marítimo-terrestre, só se refire ao mar cando establece a competencia da Administración autonómica para a concesión de obras fixas no mar⁶⁴, instalacións marítimas menores e outras análogas e autorización de verteduras de terra no mar. A LOLGA dá un paso máis e declara a competencia xeral da Consellería do Mar para outorgar títulos de intervención sobre os espazos marítimos do DPM-T. Esta declaración complementa e trae causa da definición do litoral que a LOLGA establece, como á vez espazo terrestre e marítimo. Ocorre que, como se vén reiterando, aínda que na parte terrestre a CA ten competencia de ordenación do *litoral*, entendida segundo o TC como incluída dentro da xenérica de ordenación do territorio, sobre o mar cómpre observar o que xa o artigo 2.3 LOLGA afirma, é dicir, a doutrina da “extraterritorialidade” das competencias autonómicas, de modo que a Consellería do Mar só poderá outorgar as autorizacións que outras competencias, distintas da xeral de ordenación do litoral, lle permitan.

3.3 As áreas de protección, mellora e reordenación e outras disposicións

Outra das principais achegas desta LOLGA é a zonificación que realiza do litoral galego, baseándose nas características deste e cun enfoque ecosistémico, como a propia norma promulga. Aquí a competencia que resalta é a de protección do medio ambiente (arts. 149.1.23^a CE e 27.30 EAG), entendida de acordo coa STC 102/1995, que, apartándose do criterio da STC 149/1991, afirmou que a lexislación básica estatal debe permitir necesariamente unha marxe de desenvolvemento lexislativo ás CA. Os artigos 29 a 46 LOLGA responden precisamente á competencia autonómica para ditar normas adicionais de protección do medio ambiente, que veñen sumarse ás que

⁶³ A LOLGA non pode regular materialmente o réxime do DPM-T en virtude do artigo 132.1 e 2 CE, que establece o carácter estatal da titularidade do DPM-T, e polo tanto tamén da súa regulación. Confróntese NOGUERA DE LA MUELA, B., “Las competencias estatales y autonómicas en la Ley de Costas de 1988”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, n. 30, 1991, pp. 109 e ss.

⁶⁴ De acordo co EAC, artigo 149.3, e a STC 31/2010.

xa o Estado estableceu na LC como titular do DPM-T. Deste xeito, o litoral galego divídese en tres áreas (art. 30 LOLGA): (a) de protección ambiental, (b) de mellora ambiental e paisaxística e (c) de reordenación.

A área de protección ambiental (a) está conformada polos “espazos do litoral que conservan singulares e insubstituíbles características naturais e valores excepcionais ambientais”. Inclúense nesta área, en todo caso, (i) os espazos do DPM-T (art. 3.1 LC) que manteñan as características naturais da ribeira do mar e das rías, (ii) o mar territorial e as augas interiores⁶⁵ (art. 3.2 LC) e (iii) os espazos naturais protexidos⁶⁶ que se encontren no litoral, tanto terrestres como terrestres e mariños cando haxa unha continuidade ecolóxica⁶⁷.

Pola súa banda, a área de mellora ambiental e paisaxística (b) está conformada polos espazos que, a pesar de non conservaren singulares e insubstituíbeis características naturais e valores excepcionais ambientais, si se manteñen maioritariamente libres de procesos de degradación, ou os procesos de desnaturalización que sufriron son parcialmente reversíbeis. A área de mellora acolle en todo caso (i) o DPM-T non clasificado nas outras dúas áreas, (ii) os espazos contiguos á área de protección que contribúan a preservar os valores naturais do litoral e a previr ou evitar impactos ecolóxicos ou paisaxísticos sobre eles, (iii) a zona de servidume de protección, (iv) a zona periférica de protección dos espazos naturais protexidos, se é o caso, (v) os espazos de interese ambiental e paisaxístico que o plan de ordenación costeira delimita e (vi) os espazos clasificados como solo rústico⁶⁸.

Finalmente, a área de reordenación (c) está conformada polos “espazos degradados ou desnaturalizados, os espazos en solo urbano ou de núcleo rural ou os espazos afectados por calquera tipo de acción humana transformadora que provoque a perda irreversible dos seus valores naturais”. Esta área abrangue, en todo caso, (i) todos os espazos non comprendidos nas áreas de protección ou de mellora, (ii) a zona de servizo dos portos autonómicos e (iii) a zona de servidume de protección do DPM-T de vinte metros regulada na DA 3ª 3 LC⁶⁹.

A LOLGA establece unha serie de obxectivos e usos permitidos, compatíbeis e prohibidos nas áreas (a) (arts. 33 a 36), (b) (arts. 39 a 42) e (c) (arts. 45 e 46). Tanto na área de protección como na de mellora establécese para resolver os posíbeis concursos de normas ou instrumentos o criterio da regra de maior protección (arts. 37 e 43 LOLGA). A lei apóiase na competencia de ordenación do territorio e litoral (art. 27.3 EAG) para regular o réxime de usos nos espazos terrestres e nas demais que lle correspondan de acordo co seu artigo 2.3 para regular os espazos mariños. Baseándose na LC, a LOLGA procura adecuarse ás realidades do territorio galego

⁶⁵ Nos termos do artigo 3.2 LC.

⁶⁶ Artigo 21 e seguintes da Lei 5/2019, do 2 de agosto, do patrimonio natural e da biodiversidade de Galicia.

⁶⁷ Confróntese a STC 38/2002 (FX 7).

⁶⁸ Enténdese que dos concellos costeiros, confróntese o artigo 2.2 LOLGA.

⁶⁹ Cómpre salientar a DA 1ª LOLGA: “Por Decreto do Consello da Xunta poderán declararse áreas de influencia litoral, conformadas de espazos non comprendidos no litoral de conformidade co establecido no artigo 2 desta Lei, nas que serán de aplicación as disposicións desta lei necesarias para o mantemento de bens e servizos ecosistémicos do litoral”.

formando unha armazón maior de protección, especialmente naqueles espazos nos que a dita protección é perentoria.

Nos artigos 54 a 60, a LOLGA introduce unha serie de actuacións estratéxicas para o desenvolvemento sustentábel do litoral. Trátase doutro aspecto máis da “multi-competencialidade” da lei, que pretende esgotar as posibilidades competenciais da CA. As competencias que aquí se traen a colación, detalladas no artigo 54.2 LOLGA, son a de pesca nas rías e demais augas interiores, marisqueo e acuicultura, promoción do deporte e adecuada utilización do lecer, promoción e ordenación do turismo, patrimonio histórico, artístico, arquitectónico e arqueolóxico de interese de Galicia, augas e desenvolvemento lexislativo e execución da lexislación estatal en materia de ordenación pesqueira e de verteduras de augas residuais. Destácase, dentro destas actuacións estratéxicas, a relativa á cadea mar-industria alimentaria⁷⁰.

Finalmente, a LOLGA dispón nos seus artigos 61 a 64 unhas normas adicionais de protección e sustentabilidade do litoral, desde igual enfoque “multicompetencial”. Estas consisten na elaboración de estudos sobre o grao de resiliencia da costa ante o cambio climático, a avaliación do impacto económico e social dos proxectos e programas que se pretendan levar a cabo no litoral galego e a garantía dos obxectivos de calidade e ambientais das augas costeiras e interiores de Galicia. Os artigos 65 a 68 LOLGA, en exercicio da competencia sobre patrimonio, regulan o patrimonio público litoral, sinalando que bens integrarán este. Pola súa parte, os artigos 69 a 71 dedícanse á “(c)ultura litoral, concienciación e educación ambiental”. En último termo, á inspección do litoral e á potestade sancionadora resérvanse os artigos 72 e 73.

4 Conclusións

A LOLGA segue a abrir un camiño reactivado polo EAC de 2006 e supón un paso máis na ordenación autonómica do litoral, de acordo coa repartición competencial que existe na CE. A novidade da LOLGA pode ser afirmada desde dous puntos de vista. En primeiro lugar, en canto ás competencias da CA de Galicia, é un pulo para espremer a capacidade de autogoberno, pois tras a súa promulgación e sanción é previsíbel que Goberno central e Xunta de Galicia inicien as negociacións para obter un decreto como os que xa existen en Cataluña, Andalucía, Canarias e Illas Baleares. Mais é un texto que ten tamén gran relevancia no contexto estatal, na redefinición da competencia de ordenación do litoral.

Como se tratou de pór de manifesto durante este traballo, e como tamén se pode coñecer dunha lectura do seu texto, a LOLGA fai uso de todas as competencias posíbeis para regular e ordenar tanto a parte terrestre como a parte mariña do litoral, é dicir, o lugar onde mar e terra se encontran. Para isto, o lexislador galego debeu encaixar todas as pezas desa “multicompetencialidade”, tratando de sacar o máximo partido ao

⁷⁰ Artigo 54 (Usos da cadea mar-industria alimentaria): “1. Para os efectos desta lei enténdese por cadea mar-industria alimentaria o conxunto de empresas e entidades que desenvolven actividades económicas propias do sector pesqueiro, marisqueiro e da acuicultura, incluídas as actividades de extracción, cultivo, produción, manipulación, transformación e comercialización dos produtos da pesca, o marisqueo e a acuicultura”.

EAG e á CE. Este esforzo ten por obxectivo acadar unha verdadeira xestión integrada que conciba o litoral coa entidade que lle cómpre, non como un apéndice *innecesario* da competencia de ordenación do territorio, como a STC 149/1991 pretendía que fose.

Na superación do concepto de litoral que o TC estableceu é onde radica o outro punto meritorio da LOLGA. O litoral conforma unha realidade de seu, *singular*, cuxas características especiais precisan dun tratamento xurídico especial⁷¹. A LOLGA dálle ese tratamento especial á custa de facer unha “matemática” competencial, mais, como se comentaba ao inicio deste traballo, isto podería non ser necesario.

O concepto de litoral da STC 149/1991 é certamente estreito⁷², tanto no sentido figurado como no sentido xeográfico. Parece máis acorde coa natureza do propio litoral enténdelo comprensivo tanto da terra como do mar, como a LOLGA fai. Sen prexuízo da constitucionalidade da LOLGA na interpretación actual desta competencia, é seguramente momento de deixar atrás a ordenación do litoral como ordenación da *terra* litoral e acoller tamén a ordenación do *mar* litoral, pois o primeiro non existiría sen o segundo.

Dicir, finalmente, que Galicia está conformada exclusivamente polo seu territorio “terrestre” é tamén estreito. Éo porque, como a EM da LOLGA sinala, Galicia está fundamente vencellada co seu litoral, é un dos seus sinais de identidade. A soberanía do Estado español é exercida de xeito practicamente idéntico sobre o mar territorial como sobre o espazo terrestre. Proba disto son o artigo 132.2 CE e a LC, que regulan en detalle o DPM-T. Estes espazos non deben ser subtraídos á división en CA do territorio estatal por unha confusión destas cos seus municipios⁷³.

Bibliografía

- AGUIRRE I FONT, J.M., *El régimen jurídico del litoral catalán. Especial referencia a la reforma de la Ley de costas operada por la Ley 2/2013 y al nuevo Reglamento General de Costas aprobado por el Real decreto 876/2014*, Atelier, Barcelona, 2014.
- AGUIRRE I FONT, J.M., “La nueva regulación de la costa en Cataluña: la Ley 8/2020, de 30 de julio, de Protección y Ordenación del Litoral”, *Revista Aranzadi de urbanismo y edificación*, n. 46, 2021.
- AGUIRRE I FONT, J.M., “Bases jurídicas para una gestión integrada del litoral: el ejemplo catalán”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autonòmics (Govern de les Illes Balears), Barcelona e Palma, 2023.
- BELADÍEZ ROJO, M., “Problemas competenciales sobre la zona marítimo-terrestre y las playas”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo*

⁷¹ Así se manifestaba en MEILÁN GIL, J.L., “Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas”, cit.

⁷² É a palabra usada en MENÉNDEZ REXACH, A., “Prólogo”, Sanz Larruga, F.J. e Ortiz García, M. (dirs.) e Morelle-Hungria, E. (coord.), *Análisis de la protección del medio marino tras una década del enfoque ecosistémico: Estado actual y nuevos retos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, p. 27.

⁷³ Confróntese GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción del Estado español y las competencias de las Comunidades Autónomas”, cit.

- García de Enterría. Tomo IV. Del poder judicial. Organización territorial del Estado, Civitas, Madrid, 1991.
- BERGA VAYREDA, F.X., “Los trasposos de funciones y servicios en materia de costas. La experiencia catalana”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autònoms (Govern de les Illes Balears), Barcelona e Palma, 2023.
- BLASCO ESTEVE, A., “Competencias estatales y autonómicas en materia de costas”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autònoms (Govern de les Illes Balears), Barcelona e Palma, 2023.
- GARCÍA PÉREZ, M., “Autonomía y dominio público marítimo-terrestre: la problemática competencial sobre el DPMT en el marco del estado de las autonomías”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autònoms (Govern de les Illes Balears), Barcelona e Palma, 2023.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción del Estado español y las competencias de las comunidades autónomas”, *Revista de Administración Pública*, n. 158, 2002.
- LOBO RODRIGO, A., “Los trasposos de competencias en materia de costas a Canarias: una visión prospectiva”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autònoms (Govern de les Illes Balears), Barcelona e Palma, 2023.
- MEILÁN GIL, J.L., “Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas”, *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 108, 1988.
- MENÉNDEZ REXACH, A., “La distribución de competencias en la Ley de costas y la gestión integrada del litoral”, Sanz Larruga, F.J. (dir.) e García Pérez, M. (coord.), *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión el litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, Fundación Barrié de la Maza e Observatorio do Litoral da Universidade da Coruña, A Coruña, 2009.
- MENÉNDEZ REXACH, A., “Prólogo”, Sanz Larruga, F.J. e Ortiz García, M. (dirs.) e Morelle-Hungria, E. (coord.), *Análisis de la protección del medio marino tras una década del enfoque ecosistémico: Estado actual y nuevos retos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022.
- NOGUERA DE LA MUELA, B., “Las competencias estatales y autonómicas en la Ley de Costas de 1988”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, n. 30, 1991.
- POUSA GARCÍA, A., “La pluralidad competencial en materia de costas y litoral (Illes Balears)”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autònoms (Govern de les Illes Balears), Barcelona e Palma, 2023.
- SANZ LARRUGA, F.J., “El reto para una visión y gestión integradas de las Estrategias Marinas en la Unión Europea: reflexiones a propósito del Informe de la Comisión de 2020”, Sanz Larruga, F.J. e Ortiz García, M. (dirs.) e Morelle-Hungria, E.

(coord.), *Análisis de la protección del medio marino tras una década del enfoque ecosistémico: Estado actual y nuevos retos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022.

SANZ LARRUGA, F.J., “La planificación espacial marina, la interacción tierra-mar y su incidencia sobre las competencias autonómicas”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autonòmics (Govern de les Illes Balears), Barcelona e Palma, 2023.

TRAYTER, J.M., “Las coordenadas constitucionales y estatutarias en materia de costas y litoral”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autonòmics (Govern de les Illes Balears), Barcelona e Palma, 2023.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 66_xuño-decembro 2023 | pp. 35-86
Santiago de Compostela, 2023
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5140>
© Carlos Coello Martín
© Fernando González Botija
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 2/11/2023 | Aceptado: 19/12/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

A execución de sentenzas e o caso *Valdecañas*

La ejecución de sentenzas
y el caso *Valdecañas*

Enforcement of judgments
and the *Valdecañas* case

66 Regap

Regap



ESTUDIOS

CARLOS COELLO MARTÍN
Maxistrado Contencioso-Administrativo
Xulgado N.º 1 de Logroño
cm.coello@poderjudicial.es

FERNANDO GONZÁLEZ BOTIJA
Catedrático de Dereito Administrativo
Universidade Complutense de Madrid
<https://orcid.org/0000-0003-1040-8133>

suricato@ucm.es

A José Trillo-Figueroa e Pedro Brufao Curiel

Resumo: Este traballo analiza a evolución xurisprudencial referida ao coñecido caso da urbanización ilegal construída en Valdecañas. O proxecto presentouse como unha actuación de desenvolvemento socioeconómico da zona. Non obstante, afectaba a un terreo con valores ecolóxicos dignos de protección que non

se tiveron debidamente en conta na súa realización. Analízanse desde os primeiros pronunciamentos xurisprudenciais, que motivaron a condena do proxecto orixinario de desenvolvemento urbanístico por violación flagrante da normativa ambiental, ata a última xurisprudencia que determina o grao do deber de execución das sentenzas condenatorias da ilegalidade inicial unha vez que se construíra parte do proxecto orixinario. O traballo realiza un repaso a todos os niveis ao recoller a doutrina do Tribunal Superior de Xustiza de Extremadura, do Tribunal Supremo e do Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Urbanismo, medio ambiente, execución de sentenzas.

Resumen: El presente trabajo analiza la evolución jurisprudencial referida al conocido caso de la urbanización ilegal construida en Valdecañas. El proyecto se presentó como una actuación de desarrollo socio-económico de la zona. Sin embargo, afectaba a un terreno con valores ecológicos dignos de protección que no se tuvieron debidamente en cuenta en su realización. Se analizan desde los primeros pronunciamientos jurisprudenciales, que motivaron la condena del proyecto originario de desarrollo urbanístico por violación flagrante de la normativa medioambiental, hasta la última jurisprudencia que determina el grado del deber de ejecución de las sentencias condenatorias de la ilegalidad inicial una vez que se había construido parte del proyecto originario. El trabajo realiza un repaso a todos los niveles al recoger la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Urbanismo, medio ambiente, ejecución de sentencias.

Abstract: The present work analyzes the jurisprudential evolution referred to the well-known case of the illegal urban development built in Valdecañas. The project was presented as an action for socio-economic development of the area. However, it affected land with ecological values worthy of protection that were not duly taken into account in its creation. They are analyzed from the first Court judgments, which motivated the condemnation of the original urban development project for flagrant violation of environmental regulations, to the latest judgments that determines the degree of the duty to enforce the judgments condemning the initial illegality once had built part of the original project. The work reviews all levels by collecting the doctrine of the Superior Court of Justice of Extremadura, the Supreme Court and the Constitutional Court.

Key words: Town planning, environment, judgment enforcement.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Sobre o Proxecto de Interese Rexional (PIR) de Valdecañas. As SSTSX de Extremadura do 9 de marzo de 2011 e as SSTS do 29 de xaneiro de 2014. 2.1 A etapa declarativa: a anulación do Decreto 55/2007, do 10 de abril, polas SSTSX de Extremadura número 195 e 196, do 9 de marzo de 2011. A súa confirmación pola STS do 29 de xaneiro de 2014. 2.2 A fase executiva: os problemas de execución das STSX de Extremadura número 195 e 196, do 9 de marzo de 2011. A declaración da imposibilidade material parcial de execución. A censura casacional. 2.3 Unha segunda parte da fase executiva: a execución como consecuencia da censura casacional da STS 162/2022, do 9 de febreiro: O ATSX do 16 de marzo de 2022. 2.4 Unha terceira fase: o recurso de amparo. 2.5 As actuacións conexas. 3 Sobre a validación lexislativa mediante unha lei singular de reforma do artigo 11.3.1 b) da Lei 15/2001, do 14 de decembro, do solo e ordenación territorial de Extremadura, introducida pola Lei 9/2011, do 29 de marzo. Cuestión de constitucionalidade e STC 134/2019, do 13 de novembro. 4 Sobre a imposibilidade de execución das resolucións nos seus propios termos: da imposibilidade parcial. 5 O Auto do 30 de xuño de 2020 do TSX de Extremadura: a imposibilidade material parcial de execución. A común execución de cinco sentenzas do TSX de Extremadura. 6 O recurso de casación: a STS 162/2022, do 9 de febreiro, e o incidente de nulidade de actuacións do artigo 241 da LOPX desestimado polo ATS do 8 de abril de 2022. 6.1 Introducción: o interese casacional do ATS do 6 de maio de 2021. 6.2 O argumento da protección ambiental. 6.3 Os razoamentos do Tribunal Supremo. 6.4 O impacto socioeconómico. 6.5 A consideración dos intereses da facenda pública. 6.6 A afectación da tutela xudicial. 6.7 A resposta do Tribunal Supremo. 7 O Auto de execución do 15 de setembro de 2023.

1 Introducción

A dificultade material e xurídica da execución ordinaria de sentenzas da orde contencioso-administrativa relacionadas co urbanismo ou o medio ambiente é un tema recorrente¹. Como observou VILLARES NAVEIRA, trátase dun “*difícil camiño*” na execución de sentenzas ambientais, ao examinar nunhas breves pero atinadas notas o caso de *El Algarrobico*². *Esa dificultade viuse, ademais, reforzada coa adición dos requisitos e garantías do artigo 108.3 da LXCA pola disposición derradeira 3, apartado 4 da LO 7/2015, do 21 de xullo. Así o puxo de manifesto tanto a doutrina académica³ como diversos pronunciamentos da doutrina legal⁴.*

E transfórmase en tortuosa cando o titular da potestade lexislativa, estatal ou autonómica, acode para mitigar ou neutralizar as consecuencias dunha decisión xudicial, como vemos no caso examinado, ao dar conta dos problemas de execución no asunto da chamada illa de Valdecañas.

En efecto, a cuestión tórnase máis ardua e tortuosa, se cabe, cando no caso dunha sentenza urbanística o lexislador autonómico ou o lexislador estatal acoden –como noutros supostos– a emendar os pronunciamentos xudiciais botando man do socorrido sistema das “leis singulares” coa finalidade de “legalizar”, validar ou eludir o pleno control xudicial da actuación das administracións públicas⁵, ou mediante a utilización de instrumentos de ordenación do territorio como medio de desprazar ou subrogarse de facto para eludir actuacións materialmente urbanísticas. Os supostos son de teor diverso pero de parello uso instrumental das potestades “lexislativa” ou “reglamentaria”.

¹ A este respecto é de obrigada lectura o libro de GEIS I CARRERAS, G., *La ejecución de las Sentencias Urbanísticas*, Atelier, Barcelona, 2009.

² VILLARES NAVEIRA, L., “El caso Algarrobico o el difícil camino de la ejecución de sentencias en materia ambiental”, *Jueces y Juezas para la Democracia*, *Boletín Informativo* n. 90, maio 2023, pp. 8-14.

³ Algúns deses problemas xa foron apuntados por SÁNCHEZ LAMELAS, A., “El artículo 108.3 de la LXCA: La ejecución de sentencias de derribo y la garantía de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”, Navarro Vega, M.ªB. (coord.), *Recientes reformas de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch - Gobierno de Cantabria, Valencia, 2017, pp. 173 e ss., e na mesma publicación o traballo de CASTANEDO GARCÍA, M.ªE., “Examen del nuevo apartado tercero del artículo 108 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”, Navarro Vega, M.ªB. (coord.), *Recientes reformas de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Editorial Tirant lo Blanch - Gobierno de Cantabria, Valencia, 2017, pp. 213-238. A este respecto, EZQUERRA HUERVA, A., “Artículo 108”, Ezquerra Huerva, A. e Oliván del Cacho, J. (coords.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Tomo II*, Tirant O Blanch, Valencia, 2021, pp. 1783 e ss., e en relación co apartado 3 do precepto, p. 1801.

⁴ Algúns destes problemas nos supostos de execución de obras sen licenza, recollidos, entre outros, pola STS do 21 de xaneiro de 2021 (ROX: STS 217/2021 – ECLI:ES:TS:2021:217). Recolle a doutrina xeral sobre este precepto a ST do 23 de outubro de 2019 (ROX: STS 3414/2019 – ECLI:ES:TS:2019:3414).

⁵ Como sinala a STC, «*non consta de ningún xeito no proxecto a inaplicación de norma legal ou regulamentaria ningunha, polo que a mesma ordenación podería terse abordado mediante unha norma aprobada polo Consello de Goberno. Ademais diso, a propia disposición derradeira primeira das normas do proxecto rexional “Ciudad del medio ambiente” dispón que as determinacións urbanísticas que estas conteñen poden ser modificadas por decreto da Junta de Castela e León. Unha deslegalización a futuro que resolve definitivamente a innecesiedade da intervención do lexislador para a obtención dos obxectivos perseguidos, pois nada engade a aprobación por lei ao que pode ser modificado, desde o momento mesmo da súa entrada en vigor, por vía regulamentaria como, en efecto, así ocorreu co Decreto 70/2013, do 14 de novembro, polo que se aproba a modificación do proxecto rexional “Ciudad del medio ambiente” aprobado pola Lei 6/2007, do 28 de marzo (“Boletín Oficial de Castela e León” do 18 de novembro de 2013). A cambio, a utilización da lei sacrificou o control da legalidade ordinaria á que o proxecto afirma responder, un control que tería correspondido realizar á xurisdición contencioso-administrativa –recurso directo ou indirecto contra regulamento– a instancia dos titulares de dereitos e intereses lexítimos, ou da acción pública recoñecida en materia de urbanismo e medio ambiente»*

Exemplo do primeiro caso é a coñecida STC 203/2013, do 5 de decembro, pola que se resolvía a impugnación da Lei de Castela e León 6/2007, do 28 de marzo, de aprobación do proxecto rexional “*Ciudad del medio ambiente*”, non lonxe das ruínas de Numancia na provincia de Soria, en relación coa actuación de transformación urbanística do solo clasificado como non urbanizable na ribeira do río Douro, terreos que se atopaban catalogados tamén como “*lugar de interese comunitario e dentro da Rede Natura 2000*”⁶. Será nese caso a súa proximidade a unha “*aldea numantina*” resistente ao dominio do sentido común na denominada *Ciudad del Medio Ambiente Cúpula de la Energía* de Soria⁷.

Exemplo do segundo caso é a utilización dos proxectos de interese supramunicipal ou rexional de ordenación do territorio cunha clara finalidade urbanística. Este tipo de proxectos, de variada denominación na lexislación urbanística autonómica, permitiu utilizar instrumentos de ordenación do territorio para realizar –fraudentemente– actuacións urbanísticas.

Os exemplos son variados. Entre outros –cun perfil parello– a denominada “*Ecociudad del Montercorvo*” –de cuxo nome é debedora unha coñecida editorial xurídica– na cidade de Logroño⁸.

E nesa orde de cousas, na que se unen problemas varios de execución, o correspondente ao Hotel de *El Agarrobico*, que, parafraseando unha coñecida copla de Víctor Manuel, “*aí está, aí está*”, como unha paisaxe máis da *España das piscinas*⁹.

*Deterémonos a analizar, de xeito descritivo, os problemas que se están suscitando coa execución das sentenzas relativas ao Proxecto de Interese Rexional de Valdecañas, Extremadura*¹⁰. *A longa peregrinaxe xurisdiccional e constitucional pode describirse co título de “proxecto de interese rexional a liquidación por derruba”, segundo as observacións de SALCEDO HERNÁNDEZ e CAMPESINO FERNÁNDEZ*¹¹.

O asunto é dun grande interese por varios motivos concorrentes, non só pola dilación no tempo dos procedementos contencioso–administrativos promovidos

⁶ Sobre as leis singulares ou de caso único que deron lugar a unha rica bibliografía da doutrina constitucionalista e a administrativa, remitímonos ao traballo de SANTAMARÍA ARINAS, R.J., “Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina «Boxus» por el Tribunal Constitucional español”, *Revista de Administración Pública*, n. 193, 2014, pp. 165-195.

⁷ *Vid.* a STS do 25 de maio de 2020 (ROX: STS 999/2020 – ECLI:ES:TS:2020:999).

⁸ EYRE DE LORENZO, J.A., “Análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo sobre el conflicto derivado de la aprobación del proyecto de la «Zona de Interés Regional» Ecociudad Montecorvo de Logroño”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 282, 2013, pp. 129-156; SANTAMARÍA ARINAS, R.J., “La acreditación de la necesidad de vivienda como requisito para la transformación del suelo rural (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012 sobre la «ecociudad» de Logroño)”, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja. REDUR*, n. 10, 2012, pp. 193-206; e DÍAZ LEMA, J.M., “Los proyectos de interés regional ¿un instrumento urbanístico/territorial perturbador? A propósito de las 3 Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012 (recursos n. 3869/2010; 4543/2010; 4066/2010 (Asunto “Ecociudad en La Fonsalada y El Corvo”, Logroño)”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 36, 2013, pp. 62-74.

⁹ Segundo o título de DIONI LÓPEZ, J., *La España de las piscinas Cómo el urbanismo neoliberal ha conquistado España y transformado su mapa político*, Arpa Editorial, Barcelona, 2021.

¹⁰ Un exame dos diversos pronunciamentos, en GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G., “Jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo sobre la ejecución de sentencias territoriales y urbanísticas: el «caso Valdecañas»”, García-Álvarez García, G., Jordano Fraga, J., Lozano Cutanda, B., Nogueira López, A. (coords.), *Observatorio de Políticas Ambientales*, 2022, Centro de Investigacións Enerxéticas, Ambientais e Tecnolóxicas (CIEMAT), Centro Internacional de Estudos de Dereito Ambiental (CIEDA), Madrid, 2022, pp. 429-473.

¹¹ SALCEDO HERNÁNDEZ, J.C. e CAMPESINO FERNÁNDEZ, A.-J., “Marina Isla de Valdecañas (Cáceres): de proyecto de interés regional a liquidación por derribo”, *Éria: Revista Cuatrimestral de Geografía*, n. 97, 2015, pp. 173-188.

por dúas asociacións ecoloxistas, Ecologistas en Acción e ADENEX, para obter candidas sentenzas declarativas, senón polos problemas derivados da execución das sentenzas, asuntos sempre complexos e espiñentos, pero que neste caso contan cuns ingredientes específicos.

O máis relevante, pero non o único, foi o *uso instrumental* por parte da Asemblea de Extremadura ata en dúas ocasións da potestade lexislativa coa aprobación de dúas leis materialmente singulares, coa finalidade indicada.

A primeira e máis coñecida, mediante a reforma do artigo 11.3.1 b) da Lei 15/2001, do 14 de decembro, do solo e ordenación territorial de Extremadura (LSOTE de 2001 en diante), realizada pola Lei 9/2011, do 29 de marzo, que deu orixe á cuestión de constitucionalidade n. 2560-2019, exposta pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Extremadura, ao coñecer a impugnación de diversos instrumentos de “*homologación*”, respecto do artigo 11.3.1 b), parágrafo segundo da LSOTE de 2001, e a disposición adicional única da lei de reforma. Esta establecía un procedemento de “*homologación*” que afectaba directamente aos PIR da illa de Valdecañas. A cuestión de constitucionalidade foi resolta pola STC 134/2019, do 19 de decembro¹².

A segunda, e menos coñecida, foi recentemente aprobada. A Lei 2/2023, do 22 de marzo, pola que se regulan determinados aspectos da Rede Ecolóxica Europea Natura 2000 da CA de Extremadura, cuxa confesa á vez que velada finalidade é “*neutralizar*” a execución das decisións xudiciais en relación co complexo urbanístico da illa de Valdecañas mediante a delimitación concreta das ZEPA¹³.

Péchase esa cadea de obstáculos na execución das sentenzas anulatorias, que non son menores tampouco, con dous procesos simultáneos. En primeiro termo, as reformas do plan urbanístico dos municipios afectados para adaptalas ás previsións dos PIR anulados e, en segundo termo, mediante a aplicación dos denominados *procesos de homologación* deste tipo de instrumentos mixtos de ordenación do territorio e urbanismo, que habilitaba a adicional da reforma legal indicada de 2011.

En relación co primeiro caso, as modificacións dos instrumentos de planeamento dos dous municipios principalmente afectados, en concreto e por ser a máis relevante, a modificación puntual do PXM de *El Gordo*, baseado nas previsións do PIR e do PXM sobre a ordenación urbanística do Sector SE-05-Marina Isla de Valdecañas¹⁴.

¹² Estimaba parcialmente esta cuestión de inconstitucionalidade n. 2560-2019 e declaraba que o artigo 11.3.1.b), parágrafo segundo, da Lei 15/2001, do 14 de decembro, do solo e ordenación territorial de Extremadura, na redacción introducida pola Lei 9/2011, do 29 de marzo, era inconstitucional e nulo. A posterior STC 152/2019, do 29 de novembro, declaraba extinguida, por perda sobrevida do obxecto, a cuestión de inconstitucionalidade n. 2561-2019 en relación co mesmo precepto.

¹³ Publicada no DOE n. 58 correspondente ao venres 24 de marzo de 2023.

¹⁴ Vid. STSXEST 81/2020, do 25 de febreiro (ROX: STSX EST 121/2020 – ECLI:ES:TSXEST:2020:121) promovido pola confederación Ecologistas en Acción-CODA e a STS 80/2022, do 25 de febreiro (ROX: STSX EST 120/2020 – ECLI:ES:TSXEST:2020:120), ambas co mesmo relator: Ruíz Ballesteros, en recurso promovido por ADENEX – Asociación para la Defensa de la Naturaleza y los Recursos de Extremadura-. No caso de ADENEX, interesara a suspensión da executividade do acordo da Comisión de Urbanismo e do Territorio de Extremadura do 15 de marzo de 2010 pola que se aprobaba definitivamente o PXM de El Gordo. A sala de instancia denegou a suspensión por Auto do 14 de decembro de 2012. Impugnado en reposición, o Auto do 28 de maio de 2013 estimaba parcialmente o recurso e acordaba: « 1) ESTIMAR parcialmente o recurso de reposición presentado pola Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Extremadura (ADENEX) contra o Auto do 14-12-2012. 2) SUSPENDER provisionalmente a execución da Resolución do 15-3-2010, da Comisión de Urbanismo e Ordenación do Territorio de Extremadura, pola que se aproba definitivamente o Plan Xeral Municipal de El Gordo, publicada no Diario Oficial de Extremadura con data do

En relación cos procesos de homologación indicados, as asociacións ecoloxistas impugnaron dúas resolucións urbanísticas. A primeira, a Resolución do 13 de xullo de 2011 da Comisión de Urbanismo e Ordenación do Territorio de Extremadura, pola que se aproba definitivamente a homologación do Plan Xeral Municipal de El Gordo, para a súa adecuación aos preceptos modificados da LSOTES (disposición adicional única da Lei 9/2011, do 29 de marzo). A segunda, a Resolución do 28 de xullo de 2011 da Comisión de Urbanismo e Ordenación do Territorio de Extremadura, pola que se aproba definitivamente a homologación do PIR denominado *Complejo Turístico, de Saúde, Paisaxístico e de Servizos Marina Isla de Valdecañas*.

A nosa pretensión coa redacción deste artigo foi esmiuzar e tentar ordenar as argumentacións vertidas polas partes e nos pronunciamentos xudiciais, de maneira descritiva centrándonos nas dúas resolucións máis relevantes: o Auto da Sala do Contencioso-Administrativo do TSX de Extremadura do 30 de xuño de 2020, polo que se declaraba a imposibilidade material parcial de execución da sentenza nos seus propios termos; e a censura casacional que dá lugar á STS do 9 de febreiro de 2022 que decretaba a súa nulidade, xa que acordaba *“a conservación do hotel, vivendas, campo de golf e instalacións que actualmente están construídas e en funcionamento”*, que deberán ser demolidas como o resto das obras e instalacións a que se refire o punto III da parte dispositiva do Auto do 30 de xuño de 2020.

Así, analizaremos, en primeiro termo, as cuestións relativas ao Proxecto de Interese Rexional (PIR) de Villacañas aprobado polo Decreto 55/2007, do 10 de abril (II), daremos conta da validación lexislativa na fase declarativa mediante a reforma da lexislación urbanística extremeña (III), e abordaremos a cuestión da imposibilidade material de execución das decisións xudiciais (IV).

2 Sobre o Proxecto de Interese Rexional (PIR) de Valdecañas. As SSTSX de Extremadura do 9 de marzo de 2011 e as SSTS do 29 de xaneiro de 2014

No caso que examinamos, atopámonos cunha singular trepia que se apoia en tres elementos concorrentes.

En primeiro termo, a proliferación dos proxectos de interese rexional (PIR) como título habilitante para realizar *“actuacións urbanísticas”* enmascaradas nun instrumento de ordenación territorial.

25-5-2010, exclusivamente en relación coa ordenación do sector SE-05, correspondente ao sector de solo urbanizable “Marina Isla de Valdecañas” que provén do anterior Proxecto de Interese Rexional. 3) Inscribir no Rexistro da Propiedade, respecto dos predios afectados, a interposición deste recurso contencioso-administrativo. 4) As anteriores medidas cautelares non producirán efecto ata que se preste caución por importe de 41.000.000 euros. A caución poderá constituírse en diñeiro efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida e pagadoiro a primeiro requirimento emitido por entidade de crédito ou sociedade de garantía recíproca ou por calquera outro medio que garanta a inmediata dispoñibilidade da cantidade exixida. Non serán admisibles as fianzas persoal ou hipotecaria ao non garantir a inmediata dispoñibilidade da cantidade exixida. 5) Non procede a medida cautelar de anotación no Rexistro da Propiedade da prohibición de gravar e dispor sobre os predios afectados. 6) Sen facer especial pronunciamento respecto ás custas procesuais causadas». Impugnado o auto parcialmente estimatorio pola representación da Junta de Extremadura pola STS do 27 de marzo de 2014 (ROX: STS 1276/2014 – ECLI:ES:TS:2014:1276, relator: Eduardo Calvo Rojas), desestimábase o recurso.

En segundo termo, os problemas de execución das sentenzas anulatorias dese tipo de PIR e das licenzas concedidas baixo ese título habilitante, que dan lugar á controversia sobre a execución da sentenza ou sobre a imposibilidade material da súa execución.

En terceiro termo, o recurso ás “*leis singulares*” para legalizar as actuacións realizadas baixo un título administrativo anulado polos tribunais ou, como sinalamos, para “*eludir*” ora en fase declarativa ora en fase executiva a execución das decisións xudiciais.

Nesa orde de cousas, o asunto da illa de Valdecañas ofrece unha singular peregrinaxe xurisdiccional, que conta con algunhas etapas ben diferenciadas e varias codas.

2.1 A etapa declarativa: a anulación do Decreto 55/2007, do 10 de abril, polas SSTSX de Estremadura número 195 e 196, do 9 de marzo de 2011. A súa confirmación pola STS do 29 de xaneiro de 2014

A primeira, a fase declarativa, articula as diversas impugnacións dos Proxectos de Interese Rexional de Valdecañas, aprobados polo Decreto 55/2007, do 10 de abril, polo que se aprobaba definitivamente o PIR promovido por Marina Isla de Valdecañas. O decreto autonómico impugnado e anulado habilitaba a recualificación e ordenación de terreos situados no encoro de Valdecañas, con destino á construción do “*Complejo Turístico, de Saúde, Paisaxístico e de Servizos Marina Isla de Valdecañas*”, nos termos municipais de *El Gordo* e *Berrocalejo*, na provincia de Cáceres. A disposición autonómica foi impugnada por dúas asociacións ecoloxistas, ditándose dúas sentenzas o 9 de marzo de 2011, polas que se anulaba o decreto impugnado.

A primeira, a STSXEST 195/2011, do 9 de marzo, estimaba o recurso interposto pola asociación ecoloxista ADENEX¹⁵.

A segunda, a STSXEST 196/2011, do 9 de marzo, estimaba, pola súa banda, o recurso interposto pola asociación Ecologistas en Acción¹⁶.

Estas sentenzas declararon a nulidade de pleno dereito deste e ordenaban a reposición dos terreos a que se refiren as mencionadas actuacións á situación anterior á aprobación deste PIR e dos actos que se tivesen executado con fundamento nel¹⁷.

¹⁵ Vid. STSX de Estremadura 195/2011, do 9 de marzo, ditada no procedemento ordinario 753/2007 (ROX: STSX EST 450/2011 – ECLI:ES:TSXEST:2011:450), interposto por ADENEX “sendo demandada A JUNTA DE ESTREMADURA, e comparecendo en calidade de partes codemandadas a mercantil ISLA VALDECAÑAS, SA”, e os CONCELLOS DE EL GORDO (CÁCERES) E BERROCALEJO (CÁCERES).

¹⁶ Vid. STSX de Estremadura 196/2011, do 9 de marzo (ROX: STSX EST 451/2011 – ECLI:ES:TSXEST:2011:451, relator: Olea Godoy).

¹⁷ A súa parte dispositiva estimaba o recurso contencioso-administrativo interposto ora por ADENEX ora por Ecologistas en Acción contra o Decreto do Consello de Goberno da Junta de Estremadura 55/2007, do 10 de abril, polo que se aproba definitivamente o Proxecto de Interese Rexional (PIR) promovido por “*Marina de Valdecañas, SA*”, consistente na recualificación e ordenación de terreos situados no encoro de Valdecañas, con destino á construción do “*Complejo Turístico, de Saúde, Paisaxístico e de Servizos Marina Isla de Valdecañas*”, nos termos municipais de *El Gordo* e *Berrocalejo*, na provincia de Cáceres; declarábase nulo de pleno dereito o mencionado decreto, e o Proxecto de Interese Rexional que neste se aproba definitivamente, por non estar axustados ao ordenamento xurídico; e, terceiro, ordenábase a reposición dos terreos a que se refiren as mencionadas actuacións á situación anterior á aprobación do dito proxecto e os actos que se tivesen executado con fundamento neste.

Esta orde de restauración ou de reposición dos terreos afectados parcialmente transformados pola actividade urbanizadora promovida pola mercantil indicada vai ser o *campo de Marte* dos problemas de execución de ambas as sentenzas nos seus propios termos.

Esas sentenzas da instancia foron confirmadas en casación por senllas sentenzas do Tribunal Supremo do 29 de xaneiro de 2014.

2.2 A fase executiva: os problemas de execución das STSX de Extremadura número 195 e 196, do 9 de marzo de 2011. A declaración da imposibilidade material parcial de execución. A censura casacional

A segunda, a fase executiva, articula os problemas de execución das dúas sentenzas do 9 de marzo de 2011 da Sala do Contencioso do TSX de Extremadura.

Estas son algunhas das pezas da problemática xurdida pola execución das sentenzas do 9 de marzo de 2011 ditadas pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Extremadura (en diante TSXEST) nos recursos 651/2007 e 753/2007, relativas ás obras de urbanización, edificacións e instalacións deportivas executadas ao abeiro do *Proxecto de Interese Rexional* (PIR) promovido pola mercantil Marina Isla de Valdecañas, S.A.

En principio, despréndese dos fundamentos das sentenzas que o pronunciamiento de nulidade e reposición dos terreos á situación anterior ten por obxecto a restauración da legalidade urbanística, que en atención á clasificación de solo non urbanizable de especial protección, imposta legalmente como consecuencia da integración na Rede Natura 2000, impedía a transformación urbanística levada a cabo ao abeiro do PIR¹⁸.

En consecuencia, a execución nos seus propios termos das sentenzas necesariamente implica a desaparición das instalacións, obras e actuacións de transformación urbanística realizadas. Só se exceptúa, conforme o disposto no artigo 105.2 da LCA, naqueles supostos de imposibilidade material da reposición ao estado anterior da transformación urbanística. Súmense as condicións previas que sobre prestación de garantías suficientes para responder do pagamento das indemnizacións debidas a terceiros de boa fe introduciu, coa reforma da LO 7/2015, do 21 de xullo, o apartado 3 do artigo 108 da LXCA¹⁹.

¹⁸ Un extenso estudo sobre esta, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J., *Red Natura 200: Evaluación ambiental de planes y proyectos*, tese de doutoramento, Universidade da Coruña, A Coruña, 2021. Agradecemos aos profesores Pernas García e Sanz Larruga –directores da tese– e á autora as facilidades para a súa consulta antes de a súa publicación. Para o caso concreto de Valdecañas, VALENCIA MARTÍN, G., “Transformaciones urbanísticas en la red Natura 2000: El caso Valdecañas”, *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n. 45, 2020, pp. 177-196; ARIAS APARICIO, M.ªF., “La tutela de los espacios naturales protegidos: ordenación urbanística vs. Red Natura 2000 (el caso de la isla del embalse de Valdecañas)”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n. 35, 2019, pp. 23-52; RAMOS MEDRANO, J.A., “Comentarios a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 9 de marzo de 2011 sobre el Proyecto de Interés Regional «Isla de Valdecañas»”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 274, 2012, pp. 93-104.

¹⁹ A este respecto, EZQUERRA HUERVA, A., “Artigo 108”, cit., pp. 1801 e ss.

Promovida a execución das dúas sentenzas de 2011, a sala ditará o Auto do 30 de xuño de 2020, que determinará, como veremos máis adiante, a “*imposibilidade material parcial*” de executar a sentenza nos seus propios termos²⁰.

En efecto, o Auto do 30 de xuño de 2020, tras afirmar que non concurría a imposibilidade legal de executar as sentenzas (I), declaraba a “*imposibilidade material parcial de executar as sentenzas*” (II) e establecía unha determinada *forma de execución* destas.

En concreto, a execución debía realizarse da seguinte forma:

«1. *DEMOLICIÓN de todo o que se atopa en fase de estrutura ou non está terminado e en funcionamento.*

O segundo hotel planificado e o resto das vivendas que se ían construír deben ser demolidas e/ou non construídas. As vivendas terminadas que serven de oficina da promotora e de piso piloto serán tamén demolidas, salvo que por razóns de linde puidesen afectar á seguridade doutras vivendas.

Tamén serán demolidas as instalacións que, non sendo imprescindibles para o funcionamento das edificacións terminadas e en funcionamento, se atopen en fase de estrutura.

2. *REVEXETACIÓN. As plataformas existentes, que non foron urbanizadas, deberán restaurarse e revexetarse, eliminando as plataformas e os residuos que aparecen nelas.*

3. *A demolición deberá realizarse de maneira ordenada e programada co menor prexuízo para o medio ambiente e dará lugar á reposición do terreo a un estado que permita un proceso de rexeneración de bosque mediterráneo e supoña un claro beneficio para a flora e a fauna da ZEPA, debendo crearse un enclave e paisaxe similares aos protexidos na ZEPA.*

4. *A Junta de Estremadura deberá aprobar un plan ou programa de traballo para proceder á demolición e restauración acordadas. A Junta de Estremadura deberá aprobar este plan ou programa no prazo máximo de seis meses, comezando a partir do sexto mes as actuacións de adxudicación e a continuación os materiais de demolición.*

O plan de traballo para proceder á demolición, restauración e revexetación acordadas deberá ser comunicado á Sala do Contencioso-Administrativo do TSX de Estremadura, co fin de comprobar que se axusta á execución acordada e dispón de todas as medidas necesarias para evitar o menor prexuízo ao medio ambiente.

²⁰ ATSX de Estremadura do 30 de xuño de 2020 (ROX: ATSX EST 60/2020 – ECLI:ES:TSXEST:2020:60*).

A adxudicación da demolición, restauración e revexetación deberá realizarse a unha empresa pública ou privada que dispoña da suficiente capacidade para realizar uns labores como os encomendados.

En aplicación da LXCA, correspóndelle á Sala do Contencioso-Administrativo do TSX de Estremadura o control das decisións administrativas que vaia adoptando a Junta de Estremadura en fase de execución.

5. Prohíbese a realización de novas edificacións na urbanización Marina Isla de Valdecañas.

6. Consérvase o hotel, as vivendas, o campo de golf e as instalacións que actualmente están construídas e en funcionamento.

IV PROGRAMA OU PLAN PARA PROTEXER O MEDIO AMBIENTE E MEDIDAS COMPENSATORIAS.

1. A Junta de Estremadura, con audiencia ás comunidades de propietarios do Complexo Residencial Sur, Centro e Norte de Isla Valdecañas, os concellos de El Gordo e Berrocalejo e as entidades demandantes Ecologistas en Acción-CODA e ADENEX, aprobará no prazo máximo de seis meses un programa ou plan que recolla as medidas propostas, eficaces e viables para a eliminación e minimización da posible afectación ao medio ambiente que se poida producir pola actividade humana, en coordinación co Plan de Xestión da ZEPa e o resto de avaliacións ambientais. O programa ou plan incluirá, co fin de poderen ser consideradas e valoradas nun único documento, as medidas que finalmente sexan aprobadas das agora propostas, as anteriores contempladas no PIR, nas avaliacións ambientais e no Plan de Xestión da ZEPa para a zona de Marina Isla de Valdecañas. As medidas deberán analizarse de xeito individual para comprobar que realmente son eficaces para reducir o impacto da urbanización e deberá pórse especial atención nas medidas para paliar a eutrofización do encoro e a rexeneración de bosque mediterráneo.

Este programa ou plan deberá conter de maneira individualizada a medida, o custo e as persoas responsables da súa execución, así como o pagamento, o mantemento e o calendario para a súa realización.

Deberá prestarse especial atención ao Plan de vixilancia ambiental que se contiña na declaración de impacto ambiental, coa obriga de contar con, polo menos, dous axentes ou gardas permanentes na zona que controlarán o cumprimento do plan que se aprobe, as determinacións que xa constaban na declaración de impacto ambiental e a execución exacta do acordado.

En último caso, a execución, pagamento e comprobación das medidas e o seu funcionamento corresponderanlle á Junta de Estremadura.

2. En aplicación da LXCA, correspóndelle á Sala do Contencioso-Administrativo do TSX de Estremadura o control das decisións administrativas que vaia adoptando a Junta de Estremadura en fase de execución.

A Administración comunicará todos os avances na execución e solicitaranse todos os informes que sexan precisos para o control da execución.

Solicitarase un informe anual do cumprimento das medidas do plan para comprobar o cumprimento exacto e preciso das medidas adoptadas.

3. As estacións depuradoras da urbanización e dos municipios de El Gordo e Berrocalejo deberán pórse en funcionamento o máis axiña posible ao estaren xa construídas.

A Junta de Estremadura, o Concello de El Gordo e o Concello de Berrocalejo deberán, no prazo máximo de tres meses, realizar cantas actuacións administrativas e materiais sexan precisas para que as estacións depuradoras estean a funcionar».

E, por último, na súa epígrafe V (Indemnizacións a favor de Ecoloxistas en Acción-CODA e ADENEX) establecíase unha indemnización substitutoria a prezo global para as dúas asociacións ecoloxistas recorrentes por importe de 250.000 euros a cada unha, pola imposibilidade material parcial de executar nos seus propios termos a decisión das sentenzas.

Interposto recurso de casación contra o auto precitado, foi estimado pola STS 162/2022, do 9 de febreiro.

As partes contra as que se recorreu promoveron o correspondente incidente de nulidade de actuacións contra a sentenza, alegando diversas cuestións de orde procesual e substantiva, ao abeiro do artigo 241 da LOPX, que foi desestimado polo ATS do 8 de abril de 2022.

2.3 Unha segunda parte da fase executiva: a execución como consecuencia da censura casacional da STS 162/2022, do 9 de febreiro: o ATX do 16 de marzo de 2022

Recibida a STS 162/2022, do 9 de febreiro, a Sala do Contencioso-Administrativo do TSX de Estremadura ditou o Auto do 16 de marzo de 2022.

No que nos interesa para estes efectos, declaraba a súa parte dispositiva que:

«1. Non corresponde fixar indemnización ás dúas asociacións ecoloxistas ao proceder a execución das sentenzas nos seus propios termos.

2. *A Junta de Extremadura deberá aprobar un plan de demolición no prazo máximo de oito meses contado desde a notificación deste auto á Avogacía Xeral da Junta de Extremadura, conforme o indicado no fundamento de dereito cuarto deste auto*²¹.

3. *A Junta de Extremadura deberá designar un concreto órgano administrativo e titular deste que coordinará os labores de execución entre os distintos órganos administrativos e que será o órgano encargado da execución na súa relación coa sala. Esta comunicación farase no prazo de dez días desde a notificación deste auto».*

Contra o citado auto recorreron en reposición as seguintes representacións procesuais: a) as tres comunidades de propietarios do complexo residencial (sur, centro, norte) de Isla Valdecañas; b) a Junta de Extremadura; c) os concellos de El Gordo e Berrocalejo²²; d) a sociedade Marina Isla de Valdecañas, SA; e e) a sociedade Golf Valdecañas, SA.

O recurso foi desestimado polo Auto do 3 de maio de 2022²³.

Emporiso, tanto o Auto do 16 de marzo como o do 3 de maio de 2022 foron impugnados en casación, impugnación casacional que deu lugar ao recurso de casación 5758/2022. Mediante providencia do 18 de maio de 2023, inadmitiuse a trámite o recurso de casación.

Signala a providencia como motivos de inadmisión a trámite do recurso de casación interposto pola representación da Junta de Extremadura e as dúas mercantís indicadas ao abeiro do artigo 90.4 b), en relación co artigo 89.2 f) e 90.4 d) da LXCA, o seguinte:

²¹ Establece o FX cuarto do auto que procedía adaptar o disposto nos números 2, 3 e 4 do punto III e o punto IV da parte dispositiva do Auto do 30 de xuño de 2020, en canto non se opoñan ao pronunciamento do TS. *Mantense o entón acordado coas seguintes modificacións: 1. Concédesele á Junta de Extremadura o prazo de oito meses para que realice un novo plan ou programa que considere todas as medidas que implica a demolición total do complexo Marina Isla de Valdecañas. O prazo de oito meses fíxase en atención á complexidade, variedade e numerosas medidas a adoptar en fase de execución que inclúen desde a forma de executar a demolición, as fases, os procedementos de adjudicación, o desaloxo das vivendas, hotel e demais instalacións, a xestión de residuos e as disposicións orzamentarias necesarias. 2. O plan de demolición, con audiencia ás Comunidades de Propietarios do Complexo Residencial Sur, Centro e Norte de Isla Valdecañas, os concellos de El Gordo e Berrocalejo e as entidades demandantes Ecoloxistas en Acción-CODA e ADENEX, deberá estar elaborado no prazo máximo de oito meses. 3. O plan deberá incluír un calendario das distintas fases de demolición e tempo previsto para a súa realización. A Junta de Extremadura poderá manter o anterior plan, en todo o que non sexa incompatible co pronunciamento do TS, e incluír as novas fases de demolición. As medidas de execución deberán comezar o máis axiña posible a partir da aprobación e resolución de todas as controversias que poidan xurdir en relación co plan por esta sala de xustiza. 4. O plan deberá incluír todas as medidas e necesidades de demolición, revexetación, adjudicacións, xestión de residuos, declaracións de impacto ambiental, etc., que sexan precisas para a demolición total do complexo. O plan deberá conter nun único documento de maneira individualizada a medida, o custo, as persoas responsables da súa execución ou procedemento de adjudicación e o calendario e o tempo para a súa realización. Deberá incluír as previsións e medidas para deixar libre de persoas e usuarios todas as vivendas, hotel, campo de golf e instalacións, para proceder á execución das sentenzas que anularen o PIR e os demais instrumentos de planeamento urbanístico, incluíndo no calendario de fases cando se procederá ao desaloxo. Tamén deberá conter as previsións, modificacións e disposicións orzamentarias necesarias para a execución da demolición conforme a decisión da sentenza do TS. 5. Correspóndelle á Sala do Contencioso-Administrativo do TSX de Extremadura o control e aprobación definitiva do plan que elabore a Junta de Extremadura, así como a resolución das discrepancias que poidan xurdir entre as partes. 6. Poderanse conservar aquelas instalacións, como as estacións depuradoras, que constitúan un claro beneficio ambiental e dean servizo ás augas residuais de El Gordo e Berrocalejo, as cales non foron rexeitadas polas asociacións demandantes. 7. A Junta de Extremadura deberá designar un concreto órgano administrativo e titular deste que coordinará os labores de execución entre os distintos órganos administrativos e que será o órgano encargado da execución na súa relación coa sala. Esta comunicación farase no prazo de dez días desde a notificación deste auto.*

²² Que en determinados procedementos encomendaran a súa representación á Deputación Provincial de Cáceres.

²³ A representación da sociedade Marina Isla de Valdecañas presentou un recurso de aclaración que foi desestimado por Auto do 12 de maio de 2022.

«1) incumprir ambos os recursos os requisitos establecidos no artigo 89.2 LXCA para o escrito de preparación, concretamente: falta de fundamentación suficiente, con singular referencia ao caso, da concorrencia dos supostos previstos no artigo 88.2 b), c) e g) LXCA –invocados pola Junta de Estremadura–, que permiten apreciar o interese casacional obxectivo e a conveniencia dun pronunciamiento da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, tendo en conta os criterios xa sentados por esta sala na invocación dos ditos supostos (por todos, AATS do 26 de abril de 2019 –RQ 124/2018– e do 12 de decembro de 2017 –RC 4535/2017–), sen que, en particular e respecto da invocación que ambos os recursos fan do artigo 88.3 a) LXCA –no caso do recurso preparado polas mercantís, a pesar de non terse identificado o artigo concreto LXCA, reproducése o seu enunciado–, xustificasen o presuposto para que opere a presunción establecida no dito precepto, tendo en conta que, para fundamentar o interese casacional, desde a perspectiva do devandito precepto non basta coa mera afirmación de que non existe xurisprudencia sobre as normas que se citan como infrinxidas, senón que a parte deberá dar un paso máis, pondo tal aseveración en relación coas circunstancias do caso litixioso e razoando en que aspectos, sobre que matices ou desde que perspectiva non existe doutrina xurisprudencial, como tampouco é suficiente alegar a inexistencia de precedentes xurisprudenciais que resolvan un caso singular idéntico nos seus aspectos fácticos e circunstanciados ao suscitado no recurso de casación concernido (por todos, ATS do 10 de xullo de 2020 –RQ 110/2020–); e 2) carencia de interese casacional obxectivo nos termos nos que foron preparados os recursos, tendo en conta, ademais, que as alegacións dos recorrentes insisten en defender a imposibilidade material de execución das sentenzas, cando a nosa sentenza do 9 de febreiro de 2022 citada, ao dar resposta á cuestión de interese casacional a este respecto suscitada neste mesmo asunto litixioso, expresamente declara que “(...) non cabe apreciar imposibilidade material de execución das correspondentes sentenzas, respecto de todo o que xa foi construído, pola afectación de intereses de carácter socioeconómico ou doutra índole”. Nesta orde de cousas, non resulta pertinente reabrir un debate que se pechou nas sentenzas de cuxa execución se trata».

Regap



ESTUDIOS

2.4 Unha terceira fase: o recurso de amparo

Quedaba pendente na actualidade de resolver, ademais, o recurso de amparo número 3934-2022 ante o Tribunal Constitucional, que foi interposto pola representación procesual das tres Comunidades de Propietarios do Complexo Residencial Norte, Centro e Sur e Isla Valdecañas contra a STS 162/2022, do 9 de febreiro, no recurso de casación 8128/2020, así como contra o Auto do 8 de abril de 2022, que inadmitía a trámite o incidente de nulidade de actuacións interposto contra esta, que foi admitido a trámite polo ATC 151/2022, do 16 de novembro.

O Auto de admisión do 16 de novembro de 2022 conta con dous votos particulares, interesando a súa inadmisión por carecer da relevancia constitucional exixida pola doutrina constitucional.

2.5 As actuacións conexas

Baixo este título, referímonos basicamente a dúas cuestións conexas. En primeiro termo, as impugnacións dos acordos relativos ás homologacións tanto dos PIR como dos correspondentes PXM como consecuencia da habilitación ofrecida pola reforma da LSOTES pola Lei 9/2011, do 29 de marzo. En segundo termo, as impugnacións directas dos instrumentos de planeamento.

Respecto ás primeiras, cabe sinalar como, a consecuencia da aprobación da adicional primeira da Lei 9/2011, do 29 de marzo, de reforma da lei do solo de Extremadura, que establecía un suposto de homologación dos “instrumentos de ordenación do territorio e de ordenación urbanística, a Sala do Contencioso-Administrativo se tivo que pronunciar sobre diversos acordos que “*homologaban*” estas actuacións de transformación urbanística.

Ao coñecer destes recursos, a Sala do Contencioso-Administrativo elevou a cuestión de constitucionalidade en relación coa reforma da LSOTES.

Unha vez estimada a cuestión de constitucional pola STC 134/2019, do 13 de novembro, ditáronse as correspondentes sentenzas estimatorias dos recursos.

Así, a STSX de Extremadura 59/2020, do 18 de febreiro, ditada no recurso 1463/2011, estimaba o recurso contencioso-administrativo interposto pola representación procesual de Ecologistas en Acción-CODA, e anulaba a Resolución do 13 de xullo de 2011 da Comisión de Urbanismo e Ordenación do Territorio de Extremadura pola que se aproba definitivamente a homologación do Plan Xeral Municipal de El Gordo, para a súa adecuación aos preceptos modificados da LSOTES (disposición adicional única da Lei 9/2011, do 29 de marzo)²⁴.

A STSX de Extremadura 66/2020, do 18 de febreiro, estimaba o recurso promovido pola representación procesual de Ecologistas en Acción-CODA e anulaba a Resolución do 28 de xullo de 2011 da Comisión de Urbanismo e Ordenación do Territorio de Extremadura pola que se aproba definitivamente a homologación do *Proxecto de Interese Rexional denominado Complexo Turístico, de Saúde, Paisaxístico e de Servizos Marina Isla de Valdecañas*²⁵.

E, por último, a STSX de Extremadura 67/2020, do 18 de febreiro, estimaba o recurso promovido pola representación procesual de ADENEX, e anulaba a Resolución do 28 de xullo de 2011 da Comisión de Urbanismo e Ordenación do Territorio da Junta de Extremadura pola que se aprobaba definitivamente a homologación do PIR denominado *Complexo Turístico, de Saúde, Paisaxístico e de Servizos Marina Isla de Valdecañas*, e a Resolución do 13 de xullo de 2011 da Comisión de Urbanismo e Ordenación do Territorio pola

²⁴ Vid. STSX de Extremadura 59/2020, do 18 de febreiro (ROX: STSX EST 111/2020 – ECLI:ES:TSXEST:2020:111).

²⁵ Vid. STSX de Extremadura 66/2020, do 18 de febreiro (ROX: STSX EST 112/2020 – ECLI:ES:TSXEST:2020:112).

que se aprobaba definitivamente a homologación do PXM de El Gordo para a súa adecuación aos preceptos modificados da LSOTES²⁶.

Respecto ás segundas, a Sala do Contencioso-Administrativo do TSX de Estremadura tivo que pronunciarse sobre a impugnación das modificacións do planeamento urbanístico na zona²⁷.

Así, no recurso promovido por Ecologistas en Acción-CODA contra o acordo plenario do Concello de El Gordo adoptado en sesión do 26 de abril de 2013 que confirmaba en reposición o recurso interposto contra o acordo plenario do Concello de El Gordo, do 11 de marzo de 2013, polo que se aprobaba definitivamente a modificación puntual do PXM de El Gordo, que introducía como normativa municipal propia o desenvolvemento pormenorizado do sector SE-05, denominado no plan como “PIR Marina Isla de Valdecañas”, a STSX de Estremadura 81/2020, do 25 de febreiro, estimaba o recurso xa que a indicada modificación puntual incluía a transformación urbanística executada ao abeiro do anulado PIR de Valdecañas²⁸.

E a STSX de Estremadura 80/2020, do 25 de febreiro, estimaba o recurso contencioso interposto por ADENEX contra a Resolución, do 15 de marzo de 2010, da Comisión de Urbanismo e Ordenación do Territorio de Estremadura pola que se aproba definitivamente o PXM de El Gordo, no que se refire á ordenación urbanística do sector SE-05 Marina Isla de Valdecañas²⁹.

E nunha argumentación común que se estende nos diversos pronunciamentos que apuntamos neste arquipélago de pronunciamentos sobre Isla de Valdecañas, establecía que:

²⁶ Vid. STSX de Estremadura 67/2020, do 18 de febreiro (ROX: STSX EST 110/2020 – ECLI:ES:TSXEST:2020:110).

²⁷ Interesouse por parte da representación de ADENEX a suspensión da Resolución da Comisión de Urbanismo e do Territorio de Estremadura do 15 de marzo de 2010, pola que se aproba definitivamente o Plan Xeral Municipal de El Gordo (recurso contencioso-administrativo 1044/2010). A parte actora interesou a suspensión do acordo, así como a adopción doutras medidas cautelares, entre as que se atopaba a anotación preventiva do recurso. Inicialmente, foi denegada polo ATSX de Estremadura do 14 de decembro de 2021, que foi impugnado en reposición pola representación de ADENEX, estimándose parcialmente polo ATSX de Estremadura do 29 de marzo de 2023. A súa parte dispositiva acordaba “ 1) ESTIMAR parcialmente o recurso de reposición presentado pola Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Extremadura (ADENEX) contra o Auto do 14-12-2012. 2) SUSPENDER provisionalmente a execución da Resolución do 15-3-2010, da Comisión de Urbanismo e Ordenación do Territorio de Estremadura, pola que se aproba definitivamente o Plan Xeral Municipal de El Gordo, publicada no Diario Oficial de Estremadura con data do 25-5-2010, exclusivamente en relación coa ordenación do sector SE-05, correspondente ao sector de solo urbanizable “Marina Isla de Valdecañas” que provén do anterior Proxecto de Interese Rexional. 3) Inscribir no Rexistro da Propiedade, respecto dos predios afectados, a interposición deste recurso contencioso-administrativo. 4) As anteriores medidas cautelares non producirán efecto ata que se preste caución por importe de 4.1.000.000 euros (...). 5) Non procede a medida cautelar de anotación no Rexistro da Propiedade da prohibición de gravar e dispor sobre os predios afectados. 6) Sen facer especial pronunciamento respecto ás custas procesuais causadas”. Impugnado o auto en casación pola representación da Junta de Estremadura, deu lugar ao recurso 2540/2013, que foi desestimado pola STS do 27 de marzo de 2014 (ROX: 0 STS 1276/2014 – ECLI: É: TS: 2014:1276, relator: Calvo Rojas).

²⁸ Vid. STSX de Estremadura 81/2020, do 25 de febreiro (ROX: STSX EST 121/2020 – ECLI:ES:TSXEST:2020:121).

²⁹ Vid. STSX de Estremadura 80/2020, do 25 de febreiro (ROX: STSX EST 120/2020 – ECLI:ES:TSXEST:2020:120). E sinalaba no seu FX quinto.- *As últimas precisións que facemos refírense ao obxecto do proceso e ao pronunciamento anulatorio da sentenza. En canto ao obxecto, acadimos ao escrito de interposición que delimita a actuación administrativa impugnada pola parte actora. Neste caso, é a Resolución do 15 de marzo de 2010, da Comisión de Urbanismo e Ordenación do Territorio de Estremadura, pola que se aproba definitivamente o Plan Xeral Municipal de El Gordo, publicada no DOE con data do 25 de maio de 2010. Loxicamente, a nulidade afecta ao conxunto de actuacións administrativas que forman parte do procedemento administrativo ata chegar á resolución mencionada que pon fin ao procedemento. Respecto ao pronunciamento anulatorio, comprobamos que a discusión do PXM de El Gordo versa sobre os terreos que forman parte do sector SE-05, referido ao complexo turístico Marina Isla de Valdecañas, sen que realmente se impugnen o resto das disposicións e normativa que contén o PXM. Polo tanto, anúlase a resolución no que se refire á ordenación urbanística do sector SE-05 Marina Isla de Valdecañas.*

«O PXM agora impugnado inclúe unha transformación urbanística que non é compatible coa normativa estatal nin autonómica. O Real decreto legislativo 2/2008, do 20 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei de solo, só permite alterar a delimitación dos espazos naturais protexidos ou dos espazos incluídos na Rede Natura 2000, reducindo a súa superficie total ou excluindo terreos destes, cando así o xustifiquen os cambios provocados neles pola súa evolución natural, cientificamente demostrada. A alteración deberá someterse a información pública, que no caso da Rede Natura 2000 se fará de forma previa á remisión da proposta de descatalogación á Comisión Europea e a aceptación por esta de tal descatalogación. Fóra deste procedemento, e coas condicións legais establecidas, o que daría lugar á desprotección destes terreos, non é posible a transformación urbanística dun espazo que forma parte da Rede Natura 2000, pois esta transformación urbanística é incompatible cos valores ambientais e paisaxísticos que son obxecto de protección neste tipo de terreos. O mesmo cabe dicir se acudimos á regulación contida nos artigos 11 e 18 da Lei 15/2001, do 14 de decembro, do solo e ordenación territorial de Extremadura».

E os anteriores pronunciamentos remitían para a súa execución a que a forma de execución desta sentenza se realizará do mesmo xeito que se determine no asunto 17/2014, que versa sobre a execución das sentenzas da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Extremadura do 9 de marzo de 2011, n. de Recurso: 561/2007, n. de Resolución: 196/2011; e do 9 de marzo de 2011, n. de Recurso: 753/2007, n. de Resolución: 195/2011.

3 Sobre a validación legislativa mediante unha lei singular de reforma do artigo 11.3.1 b) da Lei 15/2001, do 14 de decembro, do solo e ordenación territorial de Extremadura, introducida pola Lei 9/2011, do 29 de marzo. Cuestión de constitucionalidade e STC 134/2019, do 13 de novembro

No caso examinado, ante os procedementos xudiciais promovidos polas dúas asociacións ecoloxistas indicadas, pretendeuse por parte da CA de Extremadura “regularizar” ou “legalizar” a situación das actuacións de transformación urbanística levadas a cabo na illa de Valdecañas.

As actuacións de “transformación urbanística” que se estaban executando na zona afectada pola “comunitarizada” Rede Natura 2000, que foran anuladas nos pronunciamentos xudiciais de 2020, pretendéronse “validar” mediante o mecanismo dunha “lei singular”.

Así, acudiuse neste caso para promover a reforma da lexislación autonómica urbanística coa finalidade de facer un “uso urbanístico compatible” coa inclusión

dun terreo na Rede Natura 2000, de modo que non quedase vinculada e regradada a súa clasificación como “*solo non urbanizable*” nin a imposibilidade de ser obxecto de “*transformacións urbanísticas*” sempre que estivese condicionada á “*preservación dos valores ambientais*” afectados.

A mirada especular do estado de execución da transformación urbanística realizada na illa de Valdecañas estaba presente na finalidade da reforma da lexislación do solo estremeña.

Procedeuse á reforma do artigo 11.3.1 b) da Lei 15/2001, do 14 de decembro, do solo e ordenación territorial de Extremadura (LSOTE de 2001 en diante), realizada pola Lei 9/2011, do 29 de marzo. O precepto, reformado con esa finalidade, dispuña que:

«A mera inclusión duns terreos na rede ecolóxica Natura 2000 non determinará, por si soa, a súa clasificación como solo non urbanizable, podendo ser obxecto dunha transformación urbanística compatible coa preservación dos valores ambientais necesarios para garantir a integridade da área, e comprendendo unicamente os actos de alteración do estado natural dos terreos que expresamente se autoricen no correspondente procedemento de avaliación ambiental».

E a adicional primeira da Lei 9/2011, do 29 de marzo, establecía nesta ocasión un primeiro suposto de homologación dos “*instrumentos de ordenación do territorio e de ordenación urbanística*” vixentes á entrada en vigor da lei de reforma. Facíao nestes termos:

«Disposición adicional única. Homologación.

1. Os instrumentos de ordenación do territorio e de ordenación urbanística vixentes á data de entrada en vigor desta lei poderán ser homologados a fin de que incorporen a declaración da súa adecuación a preceptos da Lei 15/2001, do 14 de decembro, do solo e ordenación territorial de Extremadura, modificados tras a súa entrada en vigor por esta ou outras reformas anteriores.

2. A homologación dos instrumentos de ordenación territorial e urbanística poderá ser promovida en calquera momento de acordo coas seguintes regras:

a) O procedemento de homologación dos instrumentos de ordenación urbanística poderá ser iniciado a instancia dos concellos mediante solicitude presentada ante a dirección xeral competente en materia de urbanismo e ordenación do territorio.

b) O procedemento de homologación dos instrumentos de ordenación do territorio poderá ser iniciado de oficio polo conselleiro competente en materia de ordenación territorial e urbanística. No caso dos proxectos de interese rexional de iniciativa particular será necesaria a solicitude previa polo promotor.

3. Iniciado o procedemento de homologación, o órgano urbanístico e de ordenación do territorio competente acordará o seu sometemento a información pública por

prazo de quince días mediante a publicación dun anuncio de inicio do procedemento de homologación no Diario Oficial de Extremadura.

4. Á luz das alegacións que, se é o caso, fosen formuladas, a Administración promotora destas pronunciarase sobre elas e remitirá o expediente á Comisión de Urbanismo e Ordenación do Territorio de Extremadura, que aprobará ou desestimará a homologación do instrumento correspondente.

5. O prazo máximo para notificar o acordo que poña fin ao procedemento de homologación será de dous meses, contados desde o seu inicio ou solicitude, transcorrido o cal sen que se tivese notificado resolución expresa, a homologación entenderase desestimada.

6. O instrumento de ordenación territorial ou urbanística debidamente homologado será depositado no rexistro administrativo habilitado pola consellería competente en materia de ordenación territorial e urbanística.

A continuación, o acordo de homologación será publicado no Diario Oficial de Extremadura con indicación expresa de terse procedido ao depósito».

A reforma do citado precepto e da adicional primeira da Lei de 2011 –que afectaba ao vórtice da execución da resolución das sentenzas dos PO 1285/2011, 1463/2011 e 1375/2011– provocou que se expuxese, por parte da Sala do Contencioso-Administrativo do TSX de Extremadura, a correspondente cuestión de constitucionalidade respecto á reforma operada da LSOTE de 2001 pola Lei 9/2011, do 29 de marzo.

A cuestión de constitucionalidade elevouse ao considerar que o reformado artigo 11.3.1 b), segundo parágrafo, da LSOTE de 2001 era incompatible coa normativa básica estatal que naquel momento estaba vixente, o artigo 12.2 do Real decreto legislativo 2/2008, do 20 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei de solo (TRLR de 2008).

Sobre este precepto, cómpre advertir que a STC 134/2019, do 13 de novembro, declarou a inconstitucionalidade da dita modificación normativa, estimando parcialmente a cuestión presentada pola sala de instancia. A sentenza desestima os argumentos segundo os cales a normativa nacional e europea, reguladora da Rede Natura 2000, non impón que os terreos incluídos nela queden necesariamente á marxe da transformación urbanística.

Respecto diso, o Tribunal Constitucional, en relación co artigo 12.2 a) TRLR 2008, sinala que:

«Do teor literal deste precepto, en conexión co recoñecemento dun alto valor ecolóxico aos terreos Rede Natura 2000 pola lexislación –europea e nacional– da natureza, colíxese que os citados terreos Rede Natura 2000 deben quedar preservados da transformación urbanística; isto é, deben permanecer en situación de solo rural excluído do proceso de urbanización, debendo o planificador urbanístico

adoptar, se é o caso, a técnica urbanística que resulte máis idónea e adecuada para tal fin (clasificación como solo non urbanizable ou equivalente)».

Engade, en relación co artigo 13 do TRLS 2008, que estes terreos da Rede Natura 2000 “non só deben manterse como “excluídos” da súa transformación pola actuación urbanística, senón que, dentro da situación do solo rural, deben ser encadrados na categoría de maior nivel de protección [por imperativo da lexislación sectorial da natureza á que remite o artigo 12.2 a) TRLS 2008], fronte á categoría residual ou común [artigo 12.2 b)]”.

Refírese tamén o Tribunal Constitucional á interpretación auténtica polo lexislador estatal do que constitúe “transformación urbanística”.

Sinala que o artigo 14.1 a) do TRLS 2008 dispón, para estes efectos, que “as [actuacións] de nova urbanización [...] supoñen o paso dun ámbito de solo rural ao de urbanizado para crear, xunto coas correspondentes infraestruturas e dotacións públicas, unha ou máis parcelas aptas para a edificación ou uso independente”, o que pon de manifesto que a actuación urbanística de transformación o que persegue non é preservar, senón cambiar o destino dos solos e destinalos á súa urbanización.

Isto supón que os terreos integrados na Rede Natura 2000 deben permanecer nunha situación urbanística compatible co réxime de especial protección derivado da lexislación sectorial ambiental.

Finalmente, o Tribunal Constitucional sinala que non enerva a súa conclusión de contravención polo artigo 11 da Lei 15/2001 do disposto no artigo 12.2 a) TRLS o feito de que a norma autonómica supedita a transformación urbanística a que sexa “compatible coa preservación dos valores ambientais necesarios para garantir a integridade da área, e comprendendo unicamente os actos de alteración do estado natural dos terreos que expresamente se autoricen no correspondente procedemento de avaliación ambiental”³⁰.

Por tanto, advírtese que se deducen claramente unhas regras mínimas que se sintetizan da maneira seguinte: i) débese preservar o solo ambientalmente protexido da súa transformación mediante a urbanización; ii) defínense unhas inclusións en concepto de mínimos; iii) a utilización dos terreos con valores ambientais protexidos pola lei queda supeditada imperativamente a preservar eses valores; e iv) só son admisibles as alteracións do estado natural dos terreos protexidos se están expresamente autorizados pola lexislación de protección aplicable.

4 Sobre a imposibilidade de execución das decisións nos seus propios termos: da imposibilidade parcial

A execución dos pronunciamentos xudiciais non vai ser unha tarefa sinxela. É certo que a sala de instancia descarta a imposibilidade legal de execución das sentenzas

³⁰ Vid. VALENCIA MARTÍN, G., “Jurisprudencia constitucional: la ley catalana del cambio climático”, García-Álvarez García, G., Jordano Fraga, J., Lozano Cutanda, B., Nogueira López, A. (coords.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2020*, Centro de Investigacións Enerxéticas, Ambientais e Tecnolóxicas (CIEMAT); Centro Internacional de Estudos de Dereito Ambiental (CIEDA), Madrid, 2020, pp. 403 e ss. E ARIAS APARICIO, F., “Extremadura: vía para la protección de los espacios naturales”, García-Álvarez García, G., Jordano Fraga, J., Lozano Cutanda, B., Nogueira López, A. (coords.), *Observatorio de Políticas Ambientales, 2020*, Centro de Investigacións Enerxéticas, Ambientais e Tecnolóxicas (CIEMAT); Centro Internacional de Estudos de Dereito Ambiental (CIEDA), Madrid, 2020, pp. 1106 e ss.

cando sinala que “Ao ser inconstitucional este precepto, vólvese á redacción orixinal que xa fora analizada na fundamentación das anteriores sentenzas, non sendo posible a transformación urbanística no solo onde se realiza”³¹.

Non é necesario insistir nesta cuestión. Non era posible, *ex novo*, a transformación urbanística da zona coa redacción orixinal da LSOTE de 2001.

Xa foi axuizada nas anteriores sentenzas do TSX de Extremadura e do TS, e segue sen ser posible esta transformación urbanística ao abeiro dunha norma declarada inconstitucional ao ser contraria á lexislación básica estatal. Tanto o TRLS de 2008 como a LSRU de 2015³² só permiten alterar a delimitación dos espazos naturais protexidos ou dos espazos incluídos na Rede Natura 2000 reducindo a súa superficie total ou excluindo terreos destes cando así o xustifiquen os cambios provocados neles pola súa evolución natural, cientificamente demostrada.

A súa alteración deberá someterse a información pública, que no caso da Rede Natura 2000, materialmente “comunitarizada”, se fará de forma previa á remisión da proposta de descatalogación á Comisión Europea e, se é o caso, a súa aceptación por esta. Fóra deste procedemento, e coas condicións legais establecidas, non é posible a transformación urbanística dun espazo que forma parte da Rede Natura 2000, dado que aquela é incompatible cos valores ambientais e paisaxísticos que son obxecto de protección neste tipo de terreos.

Sínálase, ademais, como o artigo 45 da Lei 42/2007, do 13 de decembro, do patrimonio natural e da biodiversidade (actualmente artigo 46), non pode interpretarse de maneira illada e separada do resto do ordenamento xurídico.

Os preceptos antes citados da normativa básica estatal e a regulación da propia LSOTE de 2001, antes da reforma operada pola Lei 9/2011, do 29 de marzo, non permitían a “transformación urbanística” que se executou nun espazo natural protexido e, mesmo cando se recoñece a dificultade da súa execución, concluía que non concurría a “imposibilidade legal” de executar a sentenza³³.

Situámonos, polo tanto, na execución de sentenzas que ordenan a restauración da legalidade urbanística vulnerada pola *transformación urbanística* levada a cabo en terreos que, en razón da clasificación de solo non urbanizable de especial protección, imposta legalmente como consecuencia da integración na Rede Natura 2000, non poden ser obxecto dese tipo de intervención urbanística. A execución nos seus propios termos das sentenzas examinadas necesariamente implica a desaparición das instalacións, obras e actuacións de transformación urbanística realizadas.

³¹ O obxecto da actuación administrativa era incorporar a transformación urbanística anulada polas sentenzas do TSX de Extremadura e do TS ao abeiro da nova regulación do artigo 11.3.1.b), parágrafo segundo da Lei 15/2001, do 14 de decembro, do solo e ordenación territorial de Extremadura, na redacción introducida pola Lei 9/2011, do 29 de marzo, así como mediante o denominado procedemento de “*homologación*” do PIR.

³² Aprobada polo Real decreto legislativo 7/2015, do 30 de outubro.

³³ Razóase seguidamente sobre a responsabilidade e obriga de facer da Junta de Extremadura, concluíndo que: “A Administración ao aprobar o PIR Marina Isla de Valdecañas actuou como se a protección do terreo non existise e decidiu transformar urbanisticamente o solo como se de solo sen protección ningunha se tratase, adoptando unha decisión fóra da orde ou común modo de obrar. A actuación administrativa non era conforme a dereito ao non actuar a Junta de Extremadura como a primeira e eficaz garante do ordenamento ambiental e urbanístico”.

Esa execución nos seus propios termos só se exceptúa, conforme o artigo 105.2 da LXCA, naqueles supostos nos que se acreditase a súa “*imposibilidade material*”. Ao discutirse no incidente de execución, unha das cuestións que devén en determinante é precisar se cabe apreciar esa “*imposibilidade material*” de demoler as construcións erixidas, cando esa execución –demolición– afectaría seriamente a outros “*intereses de carácter socioeconómico ou doutra índole*”, pero sempre que quedase debidamente garantida a integridade ambiental. Esta é, a grandes trazos, a cuestión de interese casacional que se precisa no Auto de admisión do 6 de maio de 2021³⁴.

Imos ver a continuación que o problema vén orixinado neste caso porque, nos autos de execución do tribunal de instancia, a pesar de decretarse a demolición de boa parte das obras, se decide salvar o hotel, as vivendas, o campo de golf e as instalacións que actualmente están construídas e en funcionamento, apelando a esa imposibilidade de executar parcialmente o contido da decisión.

A parte recorrente sostén que non concorren as circunstancias de imposibilidade material que xustifiquen o mantemento e non demolición de tales actuacións de transformación urbanística construídas e en funcionamento, e a iso concrétese a cuestión de interese casacional, o que nos sitúa ante a interpretación e alcance que deba darse á previsión do artigo 105.2 –e co artigo 108.3 na tremoia– da LRXCA sobre a imposibilidade material de executar as sentenzas ditadas no recurso contencioso-administrativo e a súa aplicación ao caso.

Imos ver en primeiro lugar as decisións de execución do tribunal de instancia e en segundo lugar as decisións en censura casacional do Tribunal Supremo³⁵.

Regap



ESTUDOS

³⁴ Vid. ATS do 6 de maio de 2021 (ROX: ATS 5837/2021 – CLI:ES:TS:2021:5837A), que fixa a cuestión de interese casacional nestes termos: *PRIMEIRO.- Admitir a trámite o recurso de casación n. 7128/2020, preparado pola representación procesual de Ecologistas en Acción-CODA contra o Auto da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Extremadura do 30 de xuño de 2020 (confirmado en reposición polo do 21 de setembro), ditados no incidente de execución definitiva 17/2014 (e acumulado 18/2014), proveniente do P.O. 753/2007, que acordou a IMPOSIBILIDADE MATERIAL PARCIAL de executar as súas sentenzas, do 9 de marzo de 2011 (rc/a n. 561/2007 e 753/2007), que declararon a nulidade do Decreto 55/2007, do 10 de abril, polo que se aproba definitivamente o Proxecto de Interese Rexional promovido por Marina Isla de Valdecañas, SA. SEGUNDO.- Precisar que a cuestión na que entendemos que existe interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia consiste en determinar: Se cabe apreciar imposibilidade material de execución dunha sentenza –respecto de todo o que xa foi construído– cando, noutro caso, se verían seriamente afectados intereses de carácter socioeconómico ou doutra índole, sempre que quede debidamente garantida a integridade ambiental. TERCEIRO.- Identificar como normas xurídicas que, en principio, será obxecto de interpretación, sen prexuízo de que a sentenza deba estenderse a outra/s se así o exixise o debate finalmente trabado no recurso, as seguintes: – O artigo 105.2 LXCA. – Os artigos 12.2.a) e 13.4 do Real decreto legislativo 2/2008, do 20 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei de solo (actuais artigos 3, 13.1, e 21.2.a) do Real decreto legislativo 7/2015, do 30 de outubro). – Os artigos 6.2 da Directiva 92/43/CEE, do 21 de maio de 1992, relativa á conservación dos hábitats naturais e da fauna e flora silvestres, e 4.4 da Directiva 2009/147/CE, do 30 de novembro de 2009, relativa á conservación das aves silvestres, así como o artigo 46.2 da súa normativa interna de transposición, a Lei 42/2007, do 13 de decembro, do patrimonio natural e da biodiversidade.*

³⁵ Véxase a STS do 9 de febreiro de 2022 (ROX: STS 481/2022 – ECLI:ES:TS:2022:481), n. de Recurso: 7128/2020, relator: Octavio Juan Herrero Pina. Hai que advertir que se condenou a Junta de Extremadura ao pagamento dunha indemnización de 250.000 euros a favor de Ecologistas en Acción-CODA e dunha indemnización de 250.000 euros a favor de ADENEX como indemnización substitutoria por non executar a sentenza nos seus propios termos ao terse declarado a imposibilidade material parcial da súa execución.

5 O Auto do 30 de xuño de 2020 do TSX de Extremadura: a imposibilidade material parcial de execución. A común execución de cinco sentenzas do TSX de Extremadura

O Auto do 30 de xuño de 2020, confirmado en reposición polo Auto do 21 de setembro de 2020, dítase en execución das sentenzas da Sala do Contencioso-Administrativo do TSXEST, do 9 de marzo de 2011 (recursos 561 e 753/2007), polas que se declarou a nulidade do Decreto 55/2007, do 10 de abril, que aprobaba definitivamente o PIR promovido por Marina Isla de Valdecañas, SA³⁶.

Como acabamos de advertir atrás, resólvese no dito auto que non concorre a imposibilidade legal de executar as sentenzas, pero declárase a imposibilidade material parcial de executalas³⁷.

Establece o ATX de Extremadura do 30 de xuño de 2020 unha sorte de *calendario e forma de execución* dese “arquipélago” desas cinco sentenzas que se recollen no fundamento xurídico primeiro do auto e que deben executarse conxuntamente³⁸.

Sobre as edificacións que se atopasen en “fase de estrutura” ou estivesen terminadas e en funcionamento, ordénase a súa demolición. En relación co segundo dos

³⁶ Vid. Auto do 30 de xuño de 2020 (ROX: ATX EST 50/2020 – ECLI:ES:TSXEST:2020:60A) e Auto do 30 de xuño de 2020 (ROX: ATX EST 61/2020 – ECLI:ES:TSXEST:2020:61A), baixo relatorio de Ruiz Ballesteros.

³⁷ Os incidentes de execución EXD 17/2014 e EXD 18/2014 acumuláronse.

³⁸ Segundo o FX primeiro do Auto do 30 de xuño, debían executarse as seguintes cinco sentenzas: 1. *Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Extremadura ditou sentenza con data do 9-3-2011, n. de Recurso: 561/2007, n. de Resolución: 196/2011, que declarou a nulidade do Decreto 55/2007, do 10 de abril, polo que se aproba definitivamente o Proxecto de Interese Rexional promovido por Marina Isla de Valdecañas, SA. A sentenza do TSX de Extremadura foi confirmada pola STS con data do 29-1-2014, recurso 2419/2011.* 2. *Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Extremadura con data do 9-3-2011, n. de recurso: 753/2007, n. de resolución: 195/2011, que declarou a nulidade do Decreto 55/2007 do 10 de abril, polo que se aproba definitivamente o Proxecto de Interese Rexional promovido por Marina Isla de Valdecañas, SA. A sentenza foi confirmada pola sentenza do Tribunal Supremo con data do 29 de xaneiro de 2014, recurso: 2940/2011. Xunto a estas dúas sentenzas, e como expuxemos nos fundamentos e decisións das sentenzas que citamos a continuación, a execución das dúas primeiras sentenzas citadas é idéntica á execución das sentenzas seguintes:* 1. *Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do TSX Extremadura con data do 18-2-2020, n. recurso: 1285/2011, n. de Resolución: 66/2020, que anula a Resolución do 28 de xullo de 2011, da Comisión de Urbanismo e Ordenación do Territorio de Extremadura, pola que se aproba definitivamente a homologación do Proxecto de Interese Rexional denominado Complexo Turístico, de Saúde, Paisaxístico e de Servizos Marina Isla de Valdecañas.* 2. *Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do TSX Extremadura con data do 18-2-2020, n. Recurso: 1463/2011, n. de Resolución: 59/2020, que anula a Resolución do 13 de xullo de 2011, da Comisión de Urbanismo e Ordenación do Territorio de Extremadura, pola que se aproba definitivamente a homologación do Plan Xeral Municipal de El Gordo, para a súa adecuación aos preceptos modificados da LSOTEX (disposición adicional única da Lei 9/2011, do 29 de marzo).* 3. *Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do TSX Extremadura con data do 18-2-2020, n. Recurso: 1375/2011, n. de Resolución: 67/2020, que anula a Resolución do 13 de xullo de 2011, da Comisión de Urbanismo e Ordenación do Territorio de Extremadura, pola que se aproba definitivamente a homologación do Plan Xeral Municipal de El Gordo, para a súa adecuación aos preceptos modificados da LSOTEX (disposición adicional única da Lei 9/2011, do 29 de marzo), e a Resolución do 28 de xullo de 2011, da Comisión de Urbanismo e Ordenación do Territorio de Extremadura, pola que se aproba definitivamente a homologación do Proxecto de Interese Rexional denominado Complexo Turístico, de Saúde, Paisaxístico e de Servizos Marina Isla de Valdecañas.* 4. *Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do TSX Extremadura con data do 25-2-2020, n. Recurso: 1044/2010, n. de Resolución: 80/2020, que anula a Resolución con data do 15 de marzo de 2010, da Comisión de Urbanismo e Ordenación do Territorio de Extremadura, pola que se aproba definitivamente o Plan Xeral Municipal de El Gordo, publicada no DOE con data do 25 de maio de 2010, no que se refire á ordenación urbanística do sector SE-05 Marina Isla de Valdecañas.* 5. *Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do TSX Extremadura con data do 25-2-2020, n. Recurso: 412/2013, n. de Resolución: 81/2020, que anula o Acordo do Pleno do Concello de El Gordo adoptado na sesión celebrada o día 26 de abril de 2013, que desestima o recurso de reposición, e o Acordo do Pleno do Concello de El Gordo con data do 11 de marzo de 2013, que aproba definitivamente a Modificación Puntual do Plan Xeral Municipal de El Gordo, publicado no BOP de Cáceres con data do 30 de abril de 2013.*

hoteles “planificado e o resto das vivendas que se ían construír”, debían ser demolidas e/ou non construídas.

As vivendas concluídas que servían de “oficina da promotora” e de “piso piloto” debían ser demolidas, *salvo que por razóns de linde puidesen afectar á seguridade doutras vivendas.*

Engade o auto que, dada a “ilegalidade do PIR” e a “situación concursal” na que se atopaba a promotora do proxecto, se entendía que a “promoción de vivendas” cesara, polo que *manter estas vivendas carece de obxecto, contribuíndo así en todo o posible a restablecer o estado da illa coa menor pegada humana.*

Serían demolidas, ademais, aquelas instalacións que, *non sendo imprescindibles para o funcionamento das edificacións terminadas e en funcionamento, se atopen en fase de estrutura.*

En segundo lugar, o AT SX do 30 de xuño de 2020 ordenaba a “revexetación” da zona, de xeito que aquelas “plataformas existentes que non foron urbanizadas se deberán restaurar e revexetar, eliminando as plataformas e os residuos que aparecen nelas”.

En terceiro lugar, a demolición *deberá realizarse de maneira ordenada e programada co menor prexuízo para o medio ambiente e dará lugar á reposición do terreo a un estado que permita un proceso de rexeneración de bosque mediterráneo e supoña un claro beneficio para a flora e a fauna da ZEPA, debendo crearse un enclave e paisaxe similares aos protexidos na ZEPA.*

En cuarto lugar, a Junta de Estremadura, con audiencia ás comunidades de propietarios, os concellos de El Gordo e Berrocalejo e ás entidades demandantes Ecologistas en Acción-CODA e ADENEX, *deberá aprobar un plan ou programa de traballo para proceder á demolición e restauración acordadas*³⁹.

A finalidade dese plan ou programa de traballo era “protexer o medio ambiente”, de modo que debían introducirse “medidas compensatorias que recollan as medidas propostas, eficaces e viables para a eliminación e minimización da posible afectación ao medio ambiente que se poida producir pola actividade humana, en coordinación co Plan de Xestión da ZEPA e as medidas protectoras e correctoras na fase de explotación, o plan de vixilancia ambiental e as medidas complementarias recollidas na declaración de impacto ambiental, debendo pórse en marcha todas as medidas que foron aprobadas no seu día e as que agora se acorden”⁴⁰.

Establece o AT SX do 30 de xuño de 2020 que ese plan ou programa de actuación debía compendiar nun único documento, para a súa mellor valoración, as seguintes

³⁹ Destácase que tanto a Junta de Estremadura como as comunidades de propietarios da urbanización propuxeron medidas para compensar ou mellorar a protección do medio ambiente na urbanización. As medidas propostas en atención ao seu número e significado conseguían minimizar o prexuízo que se lle puidese producir ao medio ambiente pola actividade humana.

⁴⁰ Por Resolución do 2 de marzo de 2007, da Dirección Xeral de Medio Ambiente, formulouse declaración de impacto ambiental sobre o proxecto de “Construción de complexo turístico, de saúde, paisaxístico e de servizos Marina Isla de Valdecañas” nos termos municipais de El Gordo e Berrocalejo (DOE 15-3-2007). O PIR e a avaliación ambiental incluían medidas de protección do medio ambiente. Algunhas destas medidas están a ser cumpridas. (...). Así, por exemplo, no acto da comparecencia de ratificación dos peritos do CSIC, constatouse que as estacións depuradoras non estaban en funcionamento cando se trata de elementos básicos na protección do medio ambiente. Sen demora, deben estar operativas todas as medidas protectoras do medio ambiente previstas no PIR. As estacións depuradoras da urbanización e dos municipios de El Gordo e Berrocalejo deberán pórse en funcionamento o máis axiña posible ao estaren xa construídas. A Junta de Estremadura, o Concello de El Gordo e o Concello de Berrocalejo deberán, no prazo máximo de tres meses, realizar cantas actuacións administrativas e materiais sexan precisas para que as estacións depuradoras estean a funcionar.

medidas: a) as medidas finalmente aprobadas das propostas en execución; b) as medidas previas que estaban recollidas no PIR; c) as medidas recollidas nas avaliaci3ns ambientais; e d) as medidas previstas no Plan de Xestici3n da ZEPA para a zona de Marina Isla de Valdecañas⁴¹.

Engade a resoluci3n que as medidas ofrecidas polos propietarios e as administraci3ns p3blicas debían analizarse individualmente para comprobar a súa eficacia real en dous aspectos: a) reducir o impacto da urbanizaci3n; b) medidas para paliar a “eutrofizaci3n do encoro e a rexeneraci3n de bosque mediterráneo”.

Por outra banda, o plan ou programa debía conter de forma “individualizada” tanto a medida como o seu custo e as persoas responsables da súa execuci3n, pagamento e mantemento, e o calendario para a súa realizaci3n⁴².

E recalca a resoluci3n que debía “prestar especial atenci3n ao Plan de vixilancia ambiental que se contiña na declaraci3n de impacto ambiental, coa obriga de contar con, polo menos, dous axentes ou gardas permanentes na zona que controlarán o cumprimento do plan que se aprobe, as determinaci3ns que xa constaban na declaraci3n de impacto ambiental e a execuci3n exacta do acordado”.

O ATS de Estremadura do 30 de xuño de 2020 atribuíalle á Junta de Estremadura a “execuci3n, pagamento e comprobaci3n das medias e o seu funcionamento”.

Incluíanse, ademais, diversas prescrici3ns nos supostos de execuci3n por terzaría empresarial de modo que *a adxudicaci3n da demolici3n, restauraci3n e revexetaci3n deberá realizarse a unha empresa p3blica ou privada que dispoña da suficiente capacidade para realizar uns labores como os encomendados*.

O ATSX de Estremadura do 30 de xuño de 2020 fixaba un prazo máximo de seis meses para a aprobaci3n do plan ou programa de actuaci3n, de modo que a partir do sexto mes debían iniciarse as actuaci3ns de adxudicaci3n e, a continuaci3n, as materiais de demolici3n. Ese plan ou programa de traballo *para proceder á demolici3n, restauraci3n e revexetaci3n acordadas deberá ser comunicado á Sala do Contencioso-Administrativo do TSXEST, co fin de comprobar que se axusta á execuci3n acordada e dispón de todas as medidas necesarias para evitar o menor prexuízo ao medio ambiente*.

Reservábaselle expresamente á propia sala o control das decisi3ns administrativas que fose adoptando a Administraci3n responsable da execuci3n, debendo comunicar os servizos da Junta de Estremadura “*todos os avances na execuci3n e solicitaranse todos os informes que sexan precisos para o control da execuci3n*”⁴³.

En quinto lugar, prohíbese a realizaci3n de novas edificacións na urbanizaci3n.

⁴¹ Advírtese que o impacto pola presenza humana consistente en contaminaci3n acústica, lumínica, de residuos e augas residuais non soamente pode ser paliado, sen3n que pode ser eliminado se se adoptan as medidas consideradas no PIR –reiteramos agora que o estudo de impacto ambiental non foi desvirtuado en fase declarativa– e as agora propostas pola Junta de Estremadura e as comunidades de propietarios.

⁴² Algunhas das medidas propostas, como a construcci3n dun centro de interpretaci3n ou a posta en funcionamento dun barco para explicar os valores ambientais, non parecen as máis recomendables debido a que o que se trata de evitar é a presenza humana. Estas medidas deben ser obxecto de reflexi3n, pois se fomentan a chegada dun número elevado de visitantes non resultan aconsellables. A posta en marcha destes proxectos atraería máis persoas á ZEPA, o que minguaría a protecci3n do espazo natural.

⁴³ Solicitarase un informe anual do cumprimento das medidas do plan para comprobar o cumprimento exacto e preciso das medidas adoptadas.

Por último, consérvanse o hotel, vivendas, campo de golf e instalacións que actualmente están construídas e en funcionamento⁴⁴.

A xuízo do ATS de Estremadura, do 30 de xuño de 2022, unha vez declarada a imposibilidade parcial material de execución das sentenzas, a resolución ordenaba executar nun “alto grao” os pronunciamentos das sentenzas, por varios motivos que razoa: a) ordénase demoler todos os edificios e instalacións que quedaran en “fase estruturas” (un segundo hotel e un número de vivendas maior que as edificadas, que se elevaba a 185 das 565 previstas, de xeito que se “indultaba” un 32,74 % das vivendas proxectadas), b) ordénase a restauración e revexetación das “plataformas” que quedaron sen edificar, c) evítase parcialmente a produción dun dano económico á *Junta de Estremadura que suporía unha insostible carga económico-financeira para o funcionamento dos servizos públicos e en prexuízo dos cidadáns, que serían os que cos seus tributos terían que facer fronte ao custo dunha demolición total e unha indemnización aos terceiros de boa fe polos prexuízos sufridos*.

E o ATSX de Estremadura do 30 de xuño de 2022 ditábase coa finalidade de “pór fin a un proceso” que se iniciara no ano 2007, “evitando novos incidentes e recursos en fase de execución, se todas as partes aceptan o resultado recollido neste auto, chegando á conclusión de que a única forma eficaz, certa e posible nun prazo razoable de executar a sentenza é procedendo a unha demolición parcial que se estende a unha alta porcentaxe das vivendas previstas, coa consecuente redución do número de habitantes delas e usuarios do complexo”.

Ao final, a “demolición” e o “cesamento da actividade urbanizadora” afectaban a unha parte importante do previamente edificado, dado que unicamente se mantiña o “construído e terminado”.

Sostén a resolución que o uso das 185 vivendas “salvadas da picaraña” poderíamos dicir que era “fundamentalmente” de segunda residencia, polo que a súa ocupación era baixa durante os días laborais, salvo fins de semana, festivos e períodos vacacionais, polo que a “incidencia ambiental que se produce polo funcionamento da urbanización é eliminada”.

Engade a decisión de execución do 20 de xuño de 2020 que “O funcionamento correcto dalgunhas instalacións xa construídas, como é o caso das depuradoras, a revexetación de bosque mediterráneo das plataformas onde non se van construír novas edificacións e a posta en marcha do resto de medidas protectoras do medio ambiente contribúen a eliminar e minimizar o prexuízo que á flora e á fauna supuxo a construción do complexo residencial”.

Declara o Auto do TSX de Estremadura do 20 de xuño de 2022 que a forma de executar indicada non desvirtuaba a “declaración de nulidade das actuacións administrativas impugnadas en cada un dos procesos mencionados, pero ofrece unha forma para que o proceso acabe e as sentenzas sexan executadas case na súa totalidade, tentando equilibrar os intereses en conflito”.

⁴⁴ As distorsións dos “campos de Golf” xa foron postas de manifesto por SANTAMARÍA ARINAS, R., *La ordenación del territorio y los campos de Golf. Reflexiones jurídicas desde el Plan Territorial Parcial de Rioja Alavesa*, Lete. Argitaletxea, Bilbao, 2010.

E entendía a necesidade de “coordinar ou modular” os distintos dereitos e intereses en xogo que, segundo a doutrina constitucional e a legal, tamén é de aplicación ao abeiro do artigo 24 da CE. De xeito que o auto, así o recoñece, supón *unha modulación da execución das sentenzas, de modo que non se trata de incumprir a decisión das sentenzas, senón de dar un cumprimento posible e eficaz deste, e que esa “forma de executar” as sentenzas fai especial fincapé nos distintos intereses en conflito e xustifica a imposibilidade material parcial de executar os pronunciamentos das sentenzas, en aplicación dos artigos 105, 108 e 109 LXCA, servindo tamén para unha maior efectividade da tutela que todas as partes interesan do órgano xurisdiccional e fai compatible na maior medida posible a satisfacción dos intereses enfrontados.*

O obxecto do incidente de execución era a adopción das medidas necesarias que “asegurasen a maior efectividade das sentenzas” no caso examinado, así como o recoñecemento dunha indemnización substitutoria para a parte recorrente, de modo que finalmente se evitaba que “a adopción dunha demolición total consiga o efecto contrario que se pretende, e é a permanencia e abandono das edificacións sen ofrecer finalmente unha solución á controversia fáctica e xurídica exposta”.

E concluía o ATSX de Estremadura de 2020 que era preciso “*tomar en consideración que non se produce un dano ambiental e dos intereses e dereitos de todas as persoas afectadas pola resolución, cuxa execución nos seus propios termos pode ter unha gran proxección ou prexuízos non só para as partes demandadas obrigadas a cumprir as sentenzas, senón tamén para os terceiros de boa fe, e mesmo nun caso como o presente para todos os cidadáns da Comunidade Autónoma de Estremadura, que terían que facer fronte cos seus tributos ao sostemento das indemnizacións que a Administración tería que atender, en detrimento dos servizos públicos esenciais*”.

E pecha a súa argumentación afirmando que a execución nos seus propios termos “*en lugar de beneficiar o interese xeral terminaría prexudicando e lesionando este interese nunha situación de terrible incerteza económica en atención aos efectos derivados da crise sanitaria que España viviu coa terrible perda de vidas e a notable deterioración da economía que afectará a todos os cidadáns. Produciríase unha desproporción entre o dereito á execución das sentenzas das dúas asociacións demandantes e os irreparables prexuízos que se producirían ao interese xeral, máis cando non está probada unha afectación ao medio ambiente. En efecto, a duración e o custo da execución nos seus propios termos acabaría prexudicando o medio ambiente ao comprobarse que actualmente non existe afectación ao medio ambiente polo mantemento dunha parte da urbanización proxectada*”.

E acaba invocando a necesaria valoración e ponderación dos “intereses en conflito” en relación coa relevancia fundamental da execución de sentenzas nos seus propios termos e o carácter extraordinario da declaración de imposibilidade material ou legal de execución de sentenzas, promovendo a adecuada ponderación de todos os intereses en conflito, a debida atención dos intereses xerais, de terceiros de boa fe e tamén dos actores que obtiveron unha sentenza ao seu favor, e tamén invocaba a aplicación dun “principio de proporcionalidade”, esencial no noso Estado social e de dereito (artigo 1.1 CE).

6 O recurso de casación: a STS 162/2022, do 9 de febreiro, e o incidente de nulidade de actuacións do artigo 241 da LOPX desestimado polo ATS do 8 de abril de 2022

6.1 Introducción: o interese casacional do ATS do 6 de maio de 2021

Confirmado en reposición o ATX do 30 de xuño de 2020 examinado, Ecologistas en Acción-CODA presentou escrito de preparación de recurso de casación que, como xa sabemos, foi admitido polo seu interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia.

O precitado auto declarara que: a) non concurría unha imposibilidade legal de executar as sentenzas; b) porén, declarábase a imposibilidade material de executar as sentenzas e establecíase unha determinada forma de executar as sentenzas conforme a forma de executar á que nos referimos anteriormente.

A cuestión casacional, como predeterminou o ATS do 6 de maio de 2021 de admisión do recurso de casación, contráese a determinar se cabía “*apreciar imposibilidade material de execución dunha sentenza – respecto de todo o que xa foi construído – cando, noutro caso, se verían seriamente afectados intereses de carácter socioeconómico ou doutra índole, sempre que quede debidamente garantida a integridade ambiental*”⁴⁵.

O recurso finalmente é estimado pola STS do 9 de febreiro de 2022⁴⁶. Deterémonos a analizar os motivos invocados no recurso de casación e nos escritos de oposición das partes impugnadas (comunidade de propietarios, Junta de Extremadura, Deputación Provincial, mercantil promotora) que ordenamos en varios apartados: 1) o argumento da protección ambiental; 2) o argumento socioeconómico; 3) os intereses da facenda pública, 4) a afectación da tutela xudicial.

Non obstante, contra a citada sentenza a representación procesal da comunidade de propietarios do complexo residencial de Valdecañas e a representación da Junta de Extremadura promoveron un incidente de nulidade de actuacións ao abeiro do artigo 241 da LOPX que foi desestimado polo ATS do 8 de abril de 2022, en boa medida porque se estaba reproducindo pola vía inadecuada o debate procesal exposto en

⁴⁵ Vid. ATS do 6 de maio de 2021 (ROX: ATS 5837/2021 – ECLI:ES:TS:2021:5837A). Identifícanse como normas xurídicas obxecto de interpretación o artigo 105.2 LXCA, os artigos 12.2.a) e 13.4 do Real decreto lexislativo 2/2008, do 20 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei de solo (actuais artigos 3, 13.1, e 21.2.a) do Real decreto lexislativo 7/2015, do 30 de outubro), os artigos 6.2 da Directiva 92/43/CEE, do 21 de maio de 1992, relativa á conservación dos hábitats naturais e da fauna e flora silvestres, e 4.4 da Directiva 2009/147/CE, do 30 de novembro de 2009, relativa á conservación das aves silvestres, así como o artigo 46.2 da súa normativa interna de transposición, a Lei 42/2007 do 13 de decembro, do patrimonio natural e da biodiversidade. Hai que advertir que o Supremo tamén destaca que a estimación da cuestión de constitucionalidade implica que desaparece a causa de imposibilidade legal de executar alegada polas partes demandadas.

⁴⁶ Vid. STS do 9 de febreiro de 2022 (ROX: STS 481/2022 – ECLI:ES:TS:2022:481), n. de Recurso: 7128/2020, relator: Herrero Pina. Hai que advertir que se condenou a Junta de Extremadura ao pagamento dunha indemnización de 250.000 euros a favor de Ecologistas en Acción-CODA e dunha indemnización de 250.000 euros a favor de ADENEX, polo concepto indicado de indemnización substitutoria pola declaración de imposibilidade material parcial de execución das sentenzas de instancia.

casación⁴⁷. Posteriormente, a comunidade de propietarios promoveu un recurso de revisión contra a STS do 9 de febreiro de 2020, do que finalmente desistiu⁴⁸.

A asociación ecoloxista recorrente en casación solicitou que se decretase a inmediata suspensión de cantos usos se viñesen desenvolvendo na *Marina de Valdecañas*, así como o desmantelamento de cantas instalacións se realizaran e a demolición das obras de construción e urbanización executadas ao abeiro do PIR *Marina de Valdecañas*, con exigencia á Administración condenada para que levase a cabo de maneira inmediata a restauración dos ditos terreos á situación previa á execución destas.

Argumentaba que *“A Administración ao aprobar o PIR Marina Isla de Valdecañas actuou como se a protección do terreo non existise e decidiu transformar urbanisticamente o solo como se de solo sen protección ningunha se tratase, adoptando unha decisión fóra da orde ou común modo de obrar. A actuación administrativa non era conforme a dereito, ao non ter actuado a Junta de Extremadura como a primeira e eficaz garante do ordenamento ambiental e urbanístico”*.

E engade como a continuación se argumenta sobre a imposibilidade material e formal de executar as sentenzas, sinalando como fundamento inicial da execución o disposto nos artigos 105.2 e 109 da LXCA e referíndose ao esquema do auto, *“co fin de acordar a demolición parcial da urbanización e o mantemento da parte terminada”* precisando que: *“Se analizan a continuación todas as circunstancias e intereses que deben terse en conta para apreciar a imposibilidade material parcial de executar a sentenza, tendo en conta a debida protección do medio ambiente que está garantida, o impacto socioeconómico na comarca que supuxo o complexo Marina Isla de Valdecañas, os graves prexuízos económicos para a facenda pública que se producirían se se derrubase todo o edificado, a protección de terceiros, o principio de seguridade xurídica⁴⁹ e o tempo transcorrido desde a interposición dos primeiros procesos contencioso-administrativos no ano 2007, as primeiras sentenzas do TSX de Extremadura, do 9 de marzo de 2011, e a resolución deste incidente en xuño de 2020”*.

⁴⁷ ATS do 08 de abril de 2022 (ROX: ATS 6281/2022 – ECLI:ES:TS:2022:6281A, relator: Herrero Pina).

⁴⁸ Segundo recolle o ATS do 13 de xullo de 2023 (ROX: ATS 10802/2023 – ECLI:ES:TS:2023:10802A), “a parte recorrente presentou o 19 de maio de 2023 un escrito polo que di desistir deste procedemento, xa que, segundo afirma, “a Lei 2/2023, do 22 de marzo, pola que se regulan determinados aspectos da Rede Ecolóxica Europea Natura 2000 na Comunidade Autónoma de Extremadura, confirmou a inexistencia de declaración da ZEPA e, consecuentemente, aprobou a súa declaración”.

⁴⁹ Refírese a sala á aplicación do principio de seguridade xurídica, en relación coas licenzas concedidas, e a citada Orde do 11 de decembro de 2012, que aproba o Plan de Xestión da ZEPA “*Encoro Valdecañas*”; en relación coa STS do 25-5-2020 sobre o *Proxecto Rexional Parque Empresarial do medio ambiente de Garray* (Soria), invoca diversos precedentes xurisdiccionais sobre execución de sentenza e conclúe cos seguintes pronunciamentos: “En atención aos preceptos legais antes citados e os fundamentos expostos, consideramos que a falta dun impacto negativo sobre o medio ambiente, a existencia de medidas para protexer e garantir debidamente o medio ambiente, que o proceso de eutrofización do encoro de Valdecañas non é atribuíble ao funcionamento do complexo, que non se demostra un dano directo ás aves acuáticas polo funcionamento da urbanización, o impacto social que a execución da sentenza nos seus propios termos tería na comarca, os graves prexuízos económicos que se producirían de executar as sentenzas nos seus propios termos que comprometerían seriamente o funcionamento dos servizos públicos competencia da Junta de Extremadura e o tempo transcorrido desde a interposición dos procesos no ano 2007 ata o ano 2020 en que se decide a execución, constitúen a base para acordar a imposibilidade material parcial de executar as sentenzas e determinar a forma en que estas deben executarse”.

6.2 O argumento da protección ambiental

As representacións procesuais das asociacións ecoloxistas refírense á infracción do artigo 87.1 c) LXCA en relación cos artigos 12.2 a) e 13.4 do Real decreto legislativo 2/2008, do 20 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei do solo e correspondentes artigos 13.3 e 21.2 a) do Real decreto legislativo 7/2015, do 30 de outubro, que o substitúe, así como a doutrina xurisprudencial e constitucional que os interpretan por non preservar da transformación urbanística os terreos da Rede Natura 2000.

Recolle a sentenza a alegación efectuada que «o PIR Marina de Valdecañas, obxecto do presente procedemento e declarado contrario a dereito e nulo, ocupa, transforma e urbaniza 134,5 hectáreas da Zona Especial de Protección de Aves ES0000329 “Encoro de Valdecañas” e o Lugar de Importancia Comunitaria ES4320068 “Marxes de Valdecañas”»⁵⁰.

Segundo a Asociación, ao declarar a imposibilidade material parcial de execución da sentenza respecto das obras de urbanización, edificación e instalacións deportivas xa executadas, a pesar da nulidade do PIR do que traen causa, os autos impugnados están a amparar a consolidación dunha transformación urbanística incompatible coa clasificación regrada como solo non urbanizado especialmente protexido que deben ter os solos da illa de Valdecañas⁵¹.

⁵⁰ A asociación recorrente sostén que se infrinxe a norma e xurisprudencia xa que ningunha das dúas resolucións, e a pesar da súa máis que considerable extensión, realiza en puridade o menor esforzo argumentativo para pór de manifesto que sexa imposible executar a sentenza. Con iso estase alegando que as circunstancias valoradas nas resolucións impugnadas non xustifican a imposibilidade material de execución en relación coas actuacións aquí cuestionadas e, aínda que de forma dispersa a través dos motivos de impugnación formulados, cuestiona a valoración efectuada nos ditos autos de execución, alegando que: se erixe no auto, como pedra angular da declaración de imposibilidade material parcial de execución –o que se traduce na non demolición do xa urbanizado e construído ao abeiro dun PIR declarado contrario a dereito– a falta de incidencia negativa no medio ambiente da urbanización, o que constitúe un groseiro *error iuris* e é manifesta a contradición do auto de execución cos termos da decisión que se executa, nos termos previstos no artigo 87.1.c) LXCA, ao erixir como peza angular do seu razoamento a declaración de impacto ambiental que considera vixente cando, porén, declarou nulo o PIR, e con iso todos os seus actos preparatorios, entre eles o expediente de EIA. Que o mantemento do construído implica consolidar o urbanizado e con iso a antropización dunha importante área do espazo protexido e que é *de facto* a redución dunha zona xa clasificada como protexida e a perda de valores protexidos e do hábitat afectado. Que a pretendida ‘inocuidade ambiental’ da exclusiva urbanización dentro dun espazo Rede Natura 2000 –o que de seu, como tivo que lembrar o Tribunal Constitucional ao resolver a cuestión exposta neste incidente STC 134/2019, é incompatible coa súa transformación urbanística– non pode erixirse como causa de imposibilidade material, sequera parcial, da execución, por implicar *de facto* a súa desclasificación totalmente allea aos criterios científicos que foron desenvolvidos polo informe EBD-CSC, desatendendo a súa protección. Que nin as dilacións nin as contías indemnizadoras ou as pretendidas afeccións socioeconómicas, das que non se realizou labor probatorio ningún, por determinalo así a sala, e rexeitadas expresamente na sentenza, supoñen razóns imperiosas de interese público, de orde social ou económica, que puidese amparar a afección sobre o espazo protexido.

⁵¹ Segundo o artigo 43 (*Lugares de Importancia Comunitaria e Zonas Especiais de Conservación*) da Lei 42/2007, do 13 de decembro, do patrimonio natural e da biodiversidade. 1. Os LIC son aqueles espazos do conxunto do territorio nacional ou do medio mariño, xunto coa zona económica exclusiva e a plataforma continental, aprobados como tales, que contribúen de forma apreciable ao mantemento ou, se é o caso, ao restablecemento do estado de conservación favorable dos tipos de hábitats naturais e os hábitats das especies de interese comunitario, que figuran respectivamente nos anexos I e II desta lei, na súa área de distribución natural. Tras establecer o procedemento de elaboración a súa inclusión nunha lista de lugares, segundo o apartado do precepto supón, para o seu traslado á Comisión Europea, estes pasarán a ter un réxime de protección preventiva que *garanta que non exista unha diminución do estado de conservación dos seus hábitats e especies ata o momento da súa declaración formal. O envío da proposta dun espazo como LIC implicará, no prazo máximo de seis meses, facer público no boletín oficial da Administración competente os seus límites xeográficos, os hábitats e especies polos que se declararon cada un, os hábitats e especies prioritarios presentes e o réxime preventivo que se lles aplicará.* 3. Unha vez aprobadas ou ampliadas as listas de LIC pola Comisión Europea, estes serán declarados polas administracións competentes como ZEC canto antes e como máximo nun prazo de seis anos, xunto coa aprobación do correspondente plan ou instrumento de xestión. Para fixar a prioridade na declaración destas zonas, atenderase á importancia dos lugares, ao mantemento nun estado de conservación favorable ou ao restablecemento dun tipo de hábitat natural de interese comunitario ou dunha especie de interese comunitario, así como ás ameazas de deterioración e destrución que pesen sobre elas, todo iso co fin de manter a coherencia da Rede Natura 2000.

E ademais están a contradicir “os termos da resolución que se executa (artigo 87.1 c)” ao permitir a consolidación da transformación urbanística sen cumprirse, como expresamente recoñecen, os presupostos legais para iso, e adoptar medidas contrarias, en virtude de distintos intereses que se alegan respecto aos que adquiriron unha vivenda declarada ilegal pola sentenza de instancia ou os propios custos que poidan derivar da restitución da legalidade urbanística. Infrinxindo flagrantemente os artigos 12.2 a) e 13.4 do TRLS de 2008 (artigos 13.3 e 21.2 a) do Real decreto legislativo 7/2015, do 30 de outubro, que o substituíu), así como a doutrina xurisprudencial e constitucional que interpreta e aplica estes preceptos, pois ten esta sinalado que “a inclusión dos terreos, de acordo coa normativa comunitaria europea, nunha Zona de Especial Protección das Aves (ZEPA) ou no ámbito dun Lugar de Interese Comunitario (LIC) e a súa afección á Rede Natura 2000 comporta a suxeición deses terreos a uns réximes de protección que (...) determina que sexa preceptiva a súa clasificación como solo non urbanizable de especial protección” (SSTS do 29 de xaneiro de 2014, rec. 2419/2011, do 20 de maio 2010, rec. 3865/2007; ou do 20 de outubro de 2011, rec. 5145/2007, entre outras moitas).

Recolle a sentenza que “A parte chama a atención sobre o risco certo de que en virtude dos autos impugnados se consagre un perigosísimo precedente no que se permitiría invocar a imposibilidade material de executar unha sentenza para consolidar unha urbanización declarada ilegal dentro dun espazo natural protexido declarado conforme o dereito comunitario dando carta de natureza á política urbanística dos feitos consumados, xa que executadas as obras e posto en marcha o complexo de que se trate, o custo da súa demolición ou as dilacións comportará que non se derrube, deixando en dúbida os mesmos piares do Estado de dereito”.

E engade como “En terceiro lugar se refire a recorrente á infracción do artigo 87.1 c) LXCA en relación cos artigos 6.2 da Directiva 92/43/CEE, do 21 de maio, relativa á conservación dos hábitats naturais e da fauna e flora silvestres; e 4.4 da Directiva 2009/147/CE, do 30 de novembro, relativa á conservación das aves silvestres; así como o artigo 46.2 da Lei 42/2007, do 13 de decembro, do patrimonio natural e da biodiversidade, e os artigos 106.1 da Constitución, 8 da Lei orgánica 6/1985 do poder xudicial e 71.2 LOPX”.

Segundo a alegación, “o mantemento do construído implica consolidar o urbanizado e con iso a antropización dunha importante área do espazo protexido. Que é de facto a redución dunha zona xa clasificada como protexida e a perda de valores protexidos e do hábitat afectado. Que o propio auto prevé medidas para protexer o medio ambiente e medidas compensatorias, co que recoñece un impacto que pretende corrixir, por unha actuación declarada contraria a dereito e cunha DIA nula, por carecer dun elemento tan esencial como básico, como é o estudo de alternativas. Que se erixe no auto, como pedra angular da declaración de imposibilidade material parcial de execución –o que se traduce na non demolición do xa urbanizado e construído ao abeiro dun PIR declarado contrario a dereito–, a falta de incidencia negativa no medio ambiente do complexo Marina Isla de Valdecañas. Que iso constitúe un groseiro error iuris e é manifesta a contradición do auto de execución cos termos da decisión que se executa, nos termos previstos no artigo 87.1 c) LXCA, ao erixir como peza angular do seu razoamento a declaración de impacto

ambiental que considera vixente cando porén declarou nulo o PIR, e con iso todos os seus actos preparatorios; entre eles o expediente de EIA”.

Recalca como, partindo da natureza normativa do PIR e o alcance da nulidade declarada, sinala que: a avaliación ambiental do PIR, nesgada e deficiente de entrada por ter omitido un aspecto esencial desta como é o estudo de alternativas, expulsada do ordenamento xurídico e da “realidade administrativa” polas sentenzas ditadas no procedemento non poden servir de base e fundamento para o auto declarando a imposibilidade material de execución porque non existe conservación dos actos preparatorios, invocando para iso as declaracións da Sentenza de casación do 29 de xaneiro de 2014, engadindo que o auto se aparta do informe pericial encargado neste incidente de inexecución, pola propia sala, ao equipo da EBD-CSIC, transcribindo algunha das súas consideracións e as resolucións do TXUE e o TS en que se apoia, entendendo salientable a conclusión 13ª, que sinala con rotundidade que “Manter o Complexo no seu estado actual non pode considerarse de ningún xeito unha medida de conservación, senón a opción máis prexudicial para a ZEPA, só superada polo detrimento que causaría terminar de executar o proxecto de interese rexional. Polo tanto, ao formularse a pregunta como unha dicotomía, a opción máis beneficiosa é a restauración ambiental da illa”.

Sostén –á luz do artigo 93.3 da LXCA– que a sala de instancia se aparta de maneira manifestamente arbitraria das conclusións do informe, para soste que non se ve afectada a integridade ambiental do espazo protexido, cando implica unha redución de facto do espazo protexido, tratándose da maior superficie terrestre, xunto ás marxes, deste.

A censura casacional diríxese tamén á denominada “inocuidade ambiental” dunha “exclusiva urbanización” dentro dun espazo Rede Natura 2000. Non só porque, como xa sinalara a STC 134/2019, é “incompatible coa súa transformación urbanística”, senón porque, e é o relevante, non pode erixirse como causa de imposibilidade material, sequera parcial, da execución, por implicar de facto a súa desclasificación totalmente allea aos criterios científicos que foron desenvolvidos polo informe EBD-CSIC, desatendendo a súa protección.

Sostén o recorrente como no caso examinado os feitos determinantes eran claros; non estamos ante “solos urbanos” protexidos post festum, senón ben ao contrario ante “solos non urbanizables de especial protección” que “de facto” se converten en urbanos, cos “consecuentes prexuízos” no que á protección da natureza se refire.

Nesa orde de cousas, subliña como a representación procesual da actora invocaba a xurisprudencia comunitaria sobre as exixencias para a autorización de plans ou proxectos a desenvolver en “espazos protexidos”. E critica que non pode admitirse que a illa de Valdecañas se inclúa nas “zonas de uso xeral” por non “posuír valores naturais significativos” a teor do establecido na Orde do 11 de decembro de 2012 pola que se aprobaba o Plan de Xestión da ZEPA⁵².

Non obstante, a recorrente recalca na súa argumentación que non podía acollerse esa alegación, dado que se trataba de terreos que: a) foran previamente clasificados

⁵² Orde do 11 de decembro de 2012 pola que se aproba o Plan de Xestión da ZEPA “Encoro de Valdecañas” (DOE, do 18 de decembro de 2012).

como “solo urbano e urbanizable”, e b) que se urbanizaron os terreos como consecuencia da aprobación do PIR finalmente declarado nulo⁵³.

A consecuencia, a xuízo da recorrente, é clara: tómanse como partida uns solos que xa foron “*antropizados*” como consecuencia da transformación urbanística ilícita realizada.

E concluía que, se a sala de instancia xa declarara que non concurría a imposibilidade legal de execución, non podía introducir nesta vía de execución causas de imposibilidade material –parcial– de execución das sentenzas. A razón, a xuízo da recorrente, era clara. As alegacións relativas ás “*dilacións*” ou ao *quantum* indemnizador que podería devindicarse ou as “*afeccións socioeconómicas*” aos municipios da zona, como consecuencia da execución da resolución nos seus propios termos, non só non contaban con base probatoria ningunha, senón que non podían “*subsurrirse*” na causa de inexecución por “razóns imperiosas de orde pública” previstas no artigo 105 e concordantes da LXCA, máxime cando se trataba dunha “afección a un espazo protexido”.

E pechaba a súa argumentación –segundo a sentenza– a recorrente sostendo que o ATSX de Extremadura do 30 de xuño 2020 emitía un xuízo técnico que lle estaba vedado cando afirmaba “*que as edificacións e usos que se manteñen na illa de Valdecañas constitúen un uso permitido que non lle causará prexuízo á integridade do lugar en cuestión, sempre que se adopten todas as medidas de conservación necesarias que protexan o espazo Rede Natura 2000, as cales deberán recollerse no programa ou plan que a Junta de Extremadura aprrobe*”. E esa substitución do xuízo técnico da Administración estáballe vedado, quedaba “*extramuros a súa potestade xurisdiccional*”. A conclusión era, a xuízo da recorrente, clara: o auto de execución incorría nun “*abuso por exceso no exercicio da xurisdición, con infracción dos artigos 106.1 da CE, 8 da LOPX e 71.2 da LXCA*”⁵⁴.

A argumentación impugnatoria articulada pola representación procesal da comunidade de propietarios no seu escrito de oposición parte doutros presupostos. Aduce como en certos casos “*cabe apreciar a imposibilidade material de execución dunha sentenza respecto do construído cando intereses socioeconómicos ou doutra índole se vexan seriamente afectados pola execución dunha sentenza e, nestes supostos, sostense unha interpretación igualmente restritiva da imposibilidade material de execución pero, como resultado dun exercicio de ponderación de diversos intereses, conclúese que o cumprimento nos seus propios termos é materialmente imposible e adóptanse medidas alternativas para a maior efectividade da executoria*”.

A xuízo da coimpugnada, é clave identificar que tipo de intereses, non só os socioeconómicos, se ven afectados e o grao de seriedade na afectación, que permita “*modular a execución*” nos propios termos da sentenza.

A representación procesal da comunidade de propietarios acolle cinco motivos básicos de oposición ao recurso. No que nos interesa nesta pasaxe, recollemos aqueles que se refiren á protección ambiental.

⁵³ Vid. 8.4 do Plan de Xestión da ZEPA “*Encoro de Valdecañas*”.

⁵⁴ Vid. STS 29-4-2011 (rec. 1755/2007).

En primeiro termo, alegaba a parte que “*a integridade do medio ambiente non se ve prexudicada pola execución acordada*” polo auto do TSXES impugnado en casación, dado que acolle unha “*opción menos gravosa e máis razoable tras unha valoración custo-beneficio*” baixo a premisa de protección do medio ambiente.

E, de modo subsidiario, sostén que a execución dos pronunciamentos xudiciais anulatorios non só serían fisicamente imposibles, senón que a mesma actividade material de execución resultaría prexudicial para o “*medio ambiente*” dada a dificultade de reposición tanto do predio ao seu estado primixenio como da obra que foi causa habilitante dunha expropiación forzosa, cando a realidade física do espazo fora xa alterada de “*forma irreversible*”⁵⁵.

Pecha a impugnación do recurso de casación da parte actora sinalando como o recurso se refire a *cuestións de feito ou relativas á apreciación xudicial dos elementos probatorios que non teñen cabida en sede casacional*. E compendia a súa argumentación ao sinalar que: (i) *os autos impugnados modularon a execución ante unha imposibilidade material parcial (o mantido constitúe unha pequena parte en relación co proxectado)*, (ii) *do Informe Doñana e das manifestacións vertidas no acto de comparecencia, cuxa valoración segundo as regras da sa crítica corresponde á sala, advírtense certas debilidades*, (iii) *o mantemento do construído non produce afectación ao medio ambiente, e, en definitiva*, (iv) *tratouse de dar unha resposta específica e motivada que garante a protección ambiental e dos restantes intereses implicados*.

A representación procesual da entidade promotora, Marina Isla Valdecañas, SA, alegara substancialmente que o Auto do TSX de Extremadura do 30 de xuño de 2020 declarara o feito de que as edificacións e usos que se manteñen na illa de Valdecañas constitúen un “uso permitido” que non causa prexuízo á integridade ambiental da ZEPA “*Encoro de Valdecañas*”, polo que tal declaración “*fáctica*” resulta “*intanxible*” á censura casacional.

Considera tamén un “feito” declarado polos autos de execución, e polo tanto inalterable en casación, a “*valoración dos danos de toda índole que produciría a demolición do construído*”, remitíndose a representación da mercantil ao Auto do TSX do 30 de xuño de 2020.

A representación procesual da mercantil promotora concluía que a “admisión da inexecución parcial” viña xustificada por unha adecuada ponderación en relación coa finalidade da sentenza, dos prexuízos que poderían ocasionarse.

A representación procesual da sociedade sostiña que ese criterio era trasladable ao caso examinado, dado que a demolición do construído provocaría uns prexuízos enormes que se recollen no propio Auto do 30 de xuño de 2020, *mentres que o mantemento do construído non altera a integridade ambiental da ZEPA, elemento fáctico tamén recollido no devandito auto e inalterable en casación*.

E, por último, entende que finalmente esa inexecución parcial era máis acorde coa finalidade perseguida en relación cos espazos naturais *segundo o artigo 6.2 da*

⁵⁵ Sobre o uso do termo “*racionalidade*”, racionalización e razoable como manifestación dunha concreta “*razón normativa*”, son de interese as observacións de BROWN, W., *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*, Malpaso Ediciones, Barcelona, 2016, pp. 153 e ss.

Directiva 92/43/CE, do 21 de maio de 1992, e semellante artigo 46.2 da Lei 42/2007, do 13 de decembro, de patrimonio natural e da biodiversidade, e conclúe que resulta inxustificable impor a demolición do construído, coñecendo os enormes prexuízos que iso provocaría, cando o mantemento das ditas construcións non suporía ningún prexuízo ambiental, ao non afectar de ningún xeito á integridade da ZEPA.

Os motivos de impugnación da representación da Junta de Extremadura, neste extremo, recalcan que a execución acordada na instancia non afectaba á ZEPA. Ben ao contrario, sería a “demolición do construído” e a “reposición dos terreos” ao seu estado primixenio a que daría lugar a afeccións na ZEPA, así como “prexuízos nos municipios lindeiros” e ao erario (autonómico e local), e polo tanto “ao conxunto da cidadanía extremeña”.

Engade a representación da Junta de Extremadura que non só foi a parte demandada a que invocou a imposibilidade da “execución material”, senón que tamén foi considerada polo resto dos codemandados e dos actores, as dúas asociacións ecolóxicas (Ecologistas en Acción e Adenaex)

Tras relatar as actuacións de execución levadas a cabo en execución dos autos impugnados, *conclúen que os demandantes non desvirtuaron as conclusións do estudo de impacto ambiental, que seguen vixentes, non téndose anulado a DIA, e que as sentenzas de instancia non declararon que se tivese vulnerado nin a Directiva de hábitat nin a de aves, e que o anulado foi o PIR, que ademais o foi por motivos urbanísticos e polo único motivo ambiental da omisión do estudo de alternativas do proxecto.*

Xulga a representación da Administración autonómica que o recurso de casación crítica a valoración da proba realizada na instancia, singularmente o Informe do CSIC, e que o recorrente pretende que se efectúe unha nova valoración como se dunha segunda instancia se tratase, e non dun “recurso nomofiláctico”, e que as cuestións alegadas non se corresponden coa cuestión de interese casacional acollida no auto de admisión do recurso⁵⁶.

Con respecto ao segundo motivo de impugnación, a infracción do artigo 87.1.c) LXCA en relación cos artigos 12.2.a) e 13.4 do TRLS de 2018 e os artigos 13.3 e 21.2.a) do Real decreto legislativo 7/2015, do 30 de outubro, “*alega a Administración impugnada que non se contradí a declaración de nulidade do PIR, senón que se parte dela e que a declaración de imposibilidade material parcial de execución non implica a legalización das actuacións urbanísticas operadas en virtude do PIR e así o afirma a sala nos autos*

⁵⁶ A sala de instancia efectúa unha ampla valoración do informe da estación biolóxica de Doñana-CSIS; analiza a Orde do 11 de decembro de 2012, da Consellería de Agricultura, Desenvolvemento Rural, Medio Ambiente e Enerxía, que aprobou o Plan de Xestión da ZEPA “*Encoro de Valdecañas*”; refírese á validez da zonificación dos lugares que integran a Rede Natura 2000 en Extremadura, e conclúe que: «Á vista de todo o razoado neste fundamento de dereito sobre a fundamentación que sobre o estudo de impacto ambiental tiñan as sentenzas do TSX de Extremadura do 9 de marzo de 2011, a valoración que facemos do informe do CSIC, conforme as regras da sa crítica, o Plan de xestión da ZEPA “Encoro de Valdecañas” e a posibilidade de zonificación da ZEPA, concluímos que as edificacións e usos que se manteñen na illa de Valdecañas constitúen un uso permitido que non causará prexuízo á integridade do lugar en cuestión, sempre que se adopten todas as medidas de conservación necesarias que protexan o espazo Rede Natura 2000, as cales deberán recollese no programa ou plan que a Junta de Extremadura aprobe. Por iso, o agora acordado, en relación co que xa expuxeron as sentenzas de 2011, non vulnera o artigo 6 da Directiva 92/43/CEE do Consello, do 21 de maio de 1992, relativa á conservación dos hábitats naturais e da fauna e flora silvestres (...). O mantemento do construído non causa prexuízo á integridade da ZEPA. Trátase dun aspecto esencial que a sala valora para declarar a imposibilidade material parcial da sentenza e o mantemento parcial da urbanización. A valoración conxunta da proba permite afirmar que non se produce unha afección ao medio ambiente e que as medidas a adoptar minimizan a pegada humana que a urbanización implica na ZEPA».

obxecto de recurso. Non se trata de non demoler ou non executar. Trátase de que é imposible demoler e restaurar os terreos á situación anterior, porque a situación medioambiental do espazo sería moito peor (restos dunha plantación de eucaliptos, superficies espidas de bosques e utilizadas como vertedoiro de electrodomésticos e para caza e pesca furtiva) e o proceso de demolición causaría enormes prexuízos ambientais (ruído, po, residuos, pegada de carbono...)”.

Sostén a representación da Junta que os autos de execución ditados pola sala de instancia establecen un “modo de executar a decisión que causa menor prexuízo ao medio ambiente” e, ademais, pondera outros intereses concorrentes (socioeconómicos e xurídicos). A xuízo da representación procesual autonómica, a conclusión central alcanzada non era entender que “o construído” non causa prexuízo á integridade da ZEPA, presuposto valorado para “*declarar a imposibilidade material parcial da execución da sentenza e o mantemento parcial da urbanización executada*”.

E, en relación co terceiro motivo de impugnación⁵⁷, a xuízo da representación procesual da Junta de Extremadura, o recorrente pretende que o alto tribunal substitúa “os feitos admitidos pola sala de instancia”, e que se pretenden introducir “*confusións innecesarias*” tendo en conta que non era controvertido que as sentenzas que declararon nulo o PIR tamén recollían na súa argumentación que non se tiñan desvirtuado as “*conclusiones da aprobación do estudo de impacto ambiental (EIA)*”.

Así, recalcaba a representación da demandada e impugnada, como no Auto do 21 de setembro de 2020 se declaraba que a DIA era un “*acto administrativo independente e autónomo*” que non se deixou sen efecto como consecuencia da declaración de nulidade do PIR, polo que seguían vixentes, en sede de execución, as súas consideracións, polo que ademais impugnaba a alegación dos recorrentes sobre o “*exceso de xurisdición*”, de modo que “*a sala de instancia non substitúe o xuízo técnico, senón simplemente resolve as cuestións suscitadas no incidente e expostas polas partes*”.

A representación procesual dos concellos de El Gordo e Berrocalejo segue esa liña de argumentación na súa impugnación do recurso de casación da asociación ecoloxista.

A xuízo da representación procesual dos dous concellos, unha vez que a afección “medioambiental está “*plenamente salvagardada*” cos dous elementos indicados: a) as medidas que se adopten xunto á demolición parcial e b) o feito de que non se desenvolva o resto do proxecto inicialmente previsto, quedaría xustificada a non adopción por esta doutras “medidas” que non fosen precisas para a mellora da protección medioambiental”, pero que podían causar prexuízos a outros intereses tamén dignos de protección⁵⁸.

Segundo a representación das entidades locais, non podía acollerse a afirmación dos recorrentes da “*completa frustración das pretensións de protección ambiental dos*

⁵⁷ A infracción do artigo 87.1.c) LXCA en relación cos artigos 6.2 da Directiva 92/43/CEE, do 21 de maio, relativa á conservación dos hábitats naturais e da fauna e flora silvestres, e 4.4 da Directiva 2009/147/CE, do 30 de novembro, relativa á conservación das aves silvestres, así como o artigo 46.2 da Lei 42/2007, do 13 de decembro, do patrimonio natural e da biodiversidade, e os artigos 106.1 da Constitución, 8 da Lei orgánica 6/1985, do poder xudicial, e 71.2 LOPX.

⁵⁸ *Vid.* FX cuarto do Auto do 21 de setembro de 2020.

terreos da illa Valdecañas, tras un longo proceso xudicial, por non obter unhas medidas maximalistas consistentes na demolición total do construído”.

Segundo os codemandados e impugnados en casación, esa “posición” non é propia dunha defensa ambiental, senón que parece xurdir dun irracional radicalismo, baseado en propugnar a erradicación total da pegada humana na contorna natural, postura que non é nin compatible co irremediable desenvolvemento social, nin tan sequera necesaria para protexer o valor ambiental dos terreos.

A representación das entidades locais, e en relación co segundo dos motivos de impugnación, aducía que cumpría observar a “realidade material” xurdida ao abeiro do desenvolvemento do PIR, e *decidir cal debe ser o seu futuro, e esta decisión non supón a transformación da natureza dos terreos por declaración xudicial, xa que, moi ao contrario, o decidido xudicialmente é a anulación desa transformación e nunca o recoñecemento da súa legalidade.*

Conclúe a representación das entidades locais –tras a análise da STC 134/2019– que esa declaración de “imposibilidade parcial de execución” non implica a “consolidación dunha transformación do solo” nin tampouco a “consolidación duns dereitos adquiridos polos propietarios das edificacións que non se derruban”, dado que o mantemento delas “non supón en definitiva a adquisición de ningún novo dereito adquirido polos propietarios das edificacións”, senón unha mera realidade material.

A xuízo da representación da firma, non cabe atribuír ao Auto do 30 de xuño de 2020 do tribunal de instancia unha “legalización por vía das declaracións contidas en relación coa execución xudicial das sentenzas”.

Pecha a súa impugnación a representación da codemandada subliñando que foi a ausencia dun requisito formal relevante a que determinou a nulidade do PIR “*polo seu carácter normativo non susceptible de conservación, nin de validación, pero non afectou o contido da DIA que, en esencia, non foi rebatida con achega probatoria sobre as súas hipotéticas deficiencias polas propias recorrentes e que por tanto non foi obxecto de análise ao respecto nas sentenzas*”.

E conclúe sinalando que esas cuestións son analizadas polo ATX do 30 de xuño de 2020, e as determinacións técnicas ambientais non están “invalidadas” e, en consecuencia, *coas melloras incorporadas no incidente polas partes solicitantes da inexecución, perfectamente utilizables para corrixir a afección negativa ambiental; defende a valoración efectuada pola sala de instancia, destaca os aspectos que considera esenciais do dito informe e conclúe que non é certo que a Sala do TSXES declarase nos seus autos que a construción do complexo é “inocua ambientalmente”, máis ben ao contrario, o dito pola sala é que os seus efectos perniciosos para o medio ambiente (posto que toda a presenza humana en calquera das súas formas ten efectos negativos ambientais) son corrixibles en parte coa adopción das medidas propostas polos executantes, xa relacionadas na DIA, e que cun correcto seguimento da súa eficacia é posible minimalizalos.*

6.3 Os razoamentos do Tribunal Supremo

Ante estes argumentos, o Supremo explica o seguinte:

«Pois ben, a resposta a esta controversia debe resultar do exame das razóns e circunstancias que se toman en consideración pola sala de instancia para acordar a inexecución parcial das sentenzas, mantendo a urbanización, construcións e instalacións xa realizadas e en funcionamento. Para ese efecto, a sala de instancia toma en consideración, como aspecto esencial, a falta de incidencia do construído no medio ambiente, sinalando para iso no fundamento de dereito quinto que (p. 14) este enfoque da cuestión lembra o da modificación do artigo 11 da Lei 15/2001, declarada inconstitucional pola referida Sentenza do Tribunal Constitucional 134/2019, modificación pola que se establecía que a mera inclusión duns terreos na rede ecolóxica Natura 2000 non determina por si soa a súa clasificación como solo non urbanizable e que podían ser obxecto de transformación urbanística sempre que fose compatible coa preservación dos valores ambientais e unicamente os actos de alteración do estado natural dos terreos que expresamente se autoricen no correspondente procedemento de avaliación ambiental.

A resposta dada polo Tribunal Constitucional a esa modificación lexislativa, que antes se reflectiu nos seus aspectos esenciais, pode trasladarse ao que aquí se expón, sinalando que os terreos integrados na Rede Natura 2000 deben quedar preservados da transformación urbanística; que respecto diso cómpre considerar, nunha interpretación auténtica do lexislador estatal, que as actuacións de nova urbanización supoñen o paso dun ámbito de solo rural ao de urbanizado para crear, xunto coas correspondentes infraestruturas e dotacións públicas, unha ou máis parcelas aptas para a edificación ou uso independente, o que pon de manifesto que a actuación urbanística de transformación o que persegue non é preservar, senón cambiar o destino dos solos e destinalos á súa urbanización; e que tal valoración xurídica non se enerva polo feito de que se limite a transformación urbanística aos actos que expresamente se autoricen no correspondente procedemento de avaliación ambiental, concluíndo que: “a regra xeral é a preservación, salvo as autorizacións expresamente previstas na lexislación de protección –europea, básica estatal e autonómica de desenvolvemento–, sen que a lexislación de desenvolvemento autonómica, xa sexa en materia de protección da natureza ou ditada con fundamento noutro título competencial (como o urbanístico), poida autorizar alteracións do estado natural alí onde a europea e a básica estatal non o prevexan. A norma autonómica cuestionada, ao considerar a transformación urbanística alí onde meramente o permita a avaliación ambiental, é incompatible coas mencionadas regras básicas.

A urbanización implica sempre unha grave alteración, a ocupación dos terreos por construcións e instalacións supón unha redución de facto da superficie protexida que, no caso dos terreos da Rede Natura 2000, pola especial protección que a propia comunidade autónoma lles recoñeceu, con fundamento na normativa europea e estatal, debe quedar condicionada a un suposto moi concreto (evolución natural, cientificamente demostrada) e un procedemento exixente (trámite de información pública, remisión da proposta á Comisión Europea e aceptación por esta) segundo

prevén os artigos 13.4 TRLS 2008 e 52 da Lei 42/2007, normas de carácter básico que o parágrafo cuestionado da lei autonómica desvirtúa.

Tampouco podemos acoller o argumento que esgrime a representación do Goberno autonómico de que existen núcleos urbanos completos incluídos no ámbito dunha zona especial de protección de aves, cuxo desenvolvemento e evolución debería permitirse. A lectura atenta do parágrafo controvertido revela que o seu obxecto non son os terreos que, sendo xa urbanos, poidan quedar afectados pola rede, senón terreos en “estado natural” –afirma o precepto– que, sendo xa incluídos na Rede Natura 2000, xustamente para preservar os seus valores ecolóxicos, se permita que sexan sometidos ex novo a un proceso de transformación urbanística, co que isto implica para os ditos valores.

Desde estas consideracións, a apreciación da sala de instancia sobre a falta de incidencia do construído no medio ambiente –que na medida en que responde á valoración da proba non cabe revisar nesta casación– non pode considerarse, para os efectos do artigo 105.2 da LXCA, causa de imposibilidade material de execución en relación coas actuacións de transformación urbanística xa realizadas e en funcionamento, pois, pola contra e como sinala o Tribunal Constitucional, a consumación da transformación urbanística non preserva, senón que cambia o destino do solo obxecto da urbanización; como tal, a urbanización implica sempre unha grave alteración e supón unha redución de facto da superficie protexida; non cabe prever a transformación urbanística alí onde meramente o permita a avaliación ambiental e, pola mesma razón, non pode servir de xustificación para manter unha transformación urbanística consumada; e tampouco que a zonificación do espazo protexido inclúa núcleos urbanos, que, como sinala o Tribunal Constitucional, non é o caso de terreos en “estado natural” que, sendo xa incluídos na Rede Natura 2000, xustamente para preservar os seus valores ecolóxicos, se permita que sexan sometidos ex novo a un proceso de transformación urbanística, co que isto implica para os ditos valores. A estas razóns que impiden compartir a formulación da sala de instancia debe engadirse que con iso se consolidaría unha transformación urbanística cuxa ilegalidade afecta a intereses públicos tan relevantes como a ordenación urbanística e a protección do medio ambiente, que determinaron os pronunciamentos xudiciais que son obxecto de execución».

6.4 O impacto socioeconómico

As alegacións relativas ao notable impacto socioeconómico que a execución da decisión das sentenzas provocaba nos dous municipios principalmente afectados, El Gordo e Berrocalejo, é obxecto de exame.

A argumentación céntrase nel como elemento a ponderar en sede de execución de sentenza unha vez que a sala de instancia declarara, nos termos indicados, a “imposibilidade material parcial de execución”.

Eses intereses, a xuízo das codemandadas e agora impugnadas, debían ser “*obxecto de valoración e protección*” e, polo tanto, permitían modular a execución das sentenzas nos seus propios termos.

Os argumentos dese teor contráense a soste que as obras do complexo permitiran: a) a fixación da poboación na comarca; b) o aumento do emprego na zona, mesmo cando se recoñecía na instancia que os labores de mantemento e servizos do complexo non xeraran un “*altísimo número de empregos*”; c) o aumento dos servizos e da recadación por IBI nos municipios afectados.

Respecto á primeira cuestión, a da fixación da poboación na comarca onde se sitúa o complexo Marina Isla de Valdecañas, achegárase no incidente de execución –razoa– un *informe elaborado por don Luís Antonio, profesor de Ordenación do Territorio e Desenvolvemento Sostible da Universidade de Extremadura, denominado Impacto socioeconómico do PIR Marina Isla de Valdecañas nos municipios da súa contorna: El Gordo e Berrocalejo (Extremadura)*. Este informe conclúe que o aumento poboacional dos municipios de El Gordo e Berrocalejo entre os anos 2007 e 2011 foi de máis do 40 % fronte ao declive xeneralizado do mundo rural en España e Extremadura. El Gordo e Berrocalejo melloraron substancialmente en todas as variables demográficas valoradas no informe. Aumentou o número de empregos na zona e as actividades empresariais e os municipios dispoñen de novos e mellores equipamentos sociais (piscinas, gardarías, dotacións culturais e sanitarias, residencias de maiores, etc.) debido ao aumento dos orzamentos municipais derivado dos impostos asociados á urbanización.

Respecto á cuestión do emprego, sinalaba como “A Junta de Extremadura tamén presentou un informe elaborado polo Servizo Extremeño Público de Emprego que analiza o aumento da poboación, de empresas e de traballadores entre os anos 2007 e 2013 no municipio de El Gordo e nas vilas máis próximas ao encoro de Valdecañas”.

Destácase tamén o aumento dos servizos e da recadación do IBI polos bens inmoebles da urbanización no municipio de El Gordo.

E engade a este respecto que “*as partes demandantes alegan que a creación de postos de traballo e o aumento da poboación non resulta significativo. Así o expón tamén o informe redactado por tres profesores do Departamento de Economía Aplicada II da Universidade de Sevilla que presenta Ecologistas en Acción-CODA. Non obstante, debemos valorar que os dous municipios son pequenos. Así, El Gordo conta no ano 2011 con 385 habitantes e Berrocalejo cunha poboación de 141 habitantes. Trátase de municipios pequenos, sendo o relevante que a poboación dos dous municipios aumentou desde o ano 2000 e tamén aumentou a actividade empresarial, os servizos cos que contan as dúas poboacións e os orzamentos municipais. O interese para as dúas poboacións debe examinarse no que a urbanización supón para os dous municipios que fundamentalmente consiste en manter a poboación das dúas vilas, que, loxicamente, non van pasar a ter un aumento considerable da poboación, pero o mantemento da poboación, o aumento dos servizos e recursos municipais e a xeración da actividade económica que a urbanización xerou son aspectos positivos que non poden rexeitarse nun intento por fixar a poboación rural e evitar unha marcha a núcleos máis poboados. Non negamos que actualmente unha urbanización como a realizada non xera un número elevado de empregos, pois os labores*

Regap



ESTUDIOS

de mantemento e servizos non se traducen nun altísimo número de empregos. Porén, como acabamos de expor, esta creación de emprego – aínda que non sexa elevada – e o mantemento da poboación nos municipios próximos asociados ao turismo que xera Marina Isla de Valdecañas son beneficios que deben protexerse, pois enmárcanse dentro dos obxectivos de desenvolvemento das zonas rurais e a reversión da situación de abandono continuado da poboación rural cara ás cidades”.

Analízase o impacto socioeconómico da execución en canto ao estado das obras.

Alega que “*En consecuencia, os hoteis e vivendas rematadas son os seguintes: 1. No que se refire aos dous hoteis de 150 cuartos, un dos hoteis está terminado e en funcionamento mentres que o segundo dos hoteis planificado se atopa con parte da estrutura executada, aínda que a construción está paralizada. Respecto ao segundo hotel, mesmo se realizou unha modificación puntual do PXM de El Gordo, sendo esta actuación administrativa o obxecto do PO 412/2013, para convertelo en aloxamentos turísticos. 2. En canto ás vivendas, termináronse un total de 185 vilas fronte ao total de 565 residencias que se pensaban construír en Marina Isla de Valdecañas. Conclusión: 1. Só se construíu un hotel dos dous hoteis previstos. 2. Das 565 vivendas previstas soamente se construíron 185 vivendas. Polo tanto, en relación coas vivendas, soamente se mantén o 32,74 % das vivendas proxectadas”.*

Fronte a esta argumentación, xa denunciada polos ecoloxistas, destaca o Supremo que “*a valoración de tales beneficios socioeconómicos, para os efectos de apreciar a imposibilidade material de execución das sentenzas, debe contrastarse cos dereitos e intereses tutelados polas resolucións xudiciais, para determinar a existencia de incompatibilidade entre a realización destes ou unha desproporción de tal consideración que xustifique, nos termos sinalados pola xurisprudencia, a apreciación de causa de imposibilidade material”.*

Recolle o alto tribunal como a “*propia sala de instancia” dá conta da existencia de informes contraditorios “sobre o impacto socioeconómico que a execución tería nos municipios de El Gordo e Berrocalejo e, valorándoos, reconece o limitado impacto que a execución tería en canto á xeración de emprego, e refírese xenericamente ao mantemento da poboación nos municipios próximos asociados ao turismo que xera a urbanización, beneficios que dificilmente poden imporse e considerarse desproporcionadamente de maior alcance que a realización dos intereses públicos tutelados e comprometidos na execución, como son a ordenación urbanística e a protección do medio ambiente, que resultarían definitivamente lesionados, nos termos declarados polas sentenzas que se executan, ao manterse e consolidarse a transformación urbanística anulada. Como sinalan as sentenzas de instancia obxecto de execución, sendo ben recibidas as iniciativas desta natureza para o desenvolvemento dunha actividade ecoturística, cos efectos económicos e sociais que poden ter, que aquí se concretaron no Auto impugnado do 30 de xuño de 2020, iso non debe ser “á conta de que se vexan afectados intereses que o propio lexislador autonómico considerou de maior relevancia, como é a planificación do territorio, ao que se suma o establecido polo lexislador estatal, comunitario e autonómico, en protección de intereses tamén de maior protección, como é o medio ambiente”. Coincide, xa que logo, a ponderación dos dereitos e intereses afectados pola execución xa realizada nas sentenzas executadas coa que aquí acabamos de facer, confirmando a improcedencia de apreciar causa de imposibilidade de execución por tal motivo”.*

6.5 A consideración dos intereses da facenda pública

O argumento económico é invocado como criterio de ponderación da execución parcial das sentenzas da sala de instancia. Fundamentalmente non só o custo de demolición e de restauración, senón, principalmente, as indemnizacións a que podía dar lugar, de conformidade co disposto no artigo 108.3 da LXCA.

Sinalouse que o custo de demolición de todo o edificado suporía a cantidade de 33.982.889,85 euros e as posibles indemnizacións para os efectos do artigo 108.3 LXCA, 111.000.000 euros, concluíndo que o impacto socioeconómico polos graves prexuízos económicos para a facenda pública da Comunidade Autónoma de Extremadura serían os seguintes: *“Custos de demolición: 33.982.889,85 euros. – Indemnizacións posibles a favor dos propietarios das vivendas: 111.000.000 euros. – Indemnización a favor do xestor do hotel: non existen datos para indicar unha cifra aproximada. Por iso, inicialmente a indemnización á que tería que facer fronte a Junta de Extremadura alcanzaría, polo menos, o importe de 144.982.889,85 euros polos gastos de demolición e de indemnización a terceiros de boa fe”*⁵⁹.

Non obstante, a representación das asociacións ecoloxistas impugnaron esa liña argumental.

Declara o Tribunal Supremo que os “mesmos criterios de ponderación de intereses” debían aplicarse en relación cos “graves prexuízos económicos” que para a facenda pública autonómica podía ocasionar a execución total. Eses prexuízos económicos valorábanse inicialmente *“na cantidade de 144.982.889,85 euros, que corresponden á suma da cantidade de 33.982.889,85 euros por custos de demolición e 111.000.000 euros polas posibles indemnizacións a favor dos propietarios das vivendas, sen que existan datos para indicar unha cifra aproximada de indemnización a favor do xestor do hotel”*, o que podía devir en causa de inexecución ao abeiro dos artigos 105 e 106 da LXCA, acordándose a correspondente “modalidade de pagamento”, dado que os preceptos indicados impiden invocar como causa de imposibilidade material de execución o grave detrimento para a facenda pública *pola Administración, que, en razón do pronunciamento xudicial, teña que responder de determinada cantidade, establecendo como regra xeral a satisfacción nos seus propios termos con cargo ao correspondente crédito orzamentario e, para o caso de que o cumprimento nos seus propios termos poida supor un trastorno grave, que deberá razoarse e someterse á audiencia das partes, o que se establece non é o incumprimento, senón a forma que resulte menos gravosa para a execución da sentenza*⁶⁰.

⁵⁹ A comunidade de propietarios rexeita as alegacións de indefensión formuladas pola recorrente, sinalando que as partes tiveron ocasión de contradicir a valoración das obras de demolición e restauración presentadas como anexo III ao escrito que iniciaba o incidente de execución; que, aínda que o Auto do 10 de marzo de 2015 considerase que non procedía ponderar as consecuencias socioeconómicas da execución, debe terse en conta que tal resolución foi ditada no momento inicial do incidente de execución; que o custo da demolición e as indemnizacións que poidan recoñecerse, mesmo se fosen sensiblemente inferiores aos datos valorados polo tribunal, seguirían sendo moi superiores á capacidade financeira da Junta de Extremadura ou, podendo chegar a ser financiadas pola citada institución pública, o grave quebranto que suporía para os cidadáns desta comunidade autónoma non sería proporcional ao beneficio ou á xustiza da execución nos seus propios termos e, ademais, o principal fundamento da execución parcial ordenada é a garantía da integridade ambiental.

⁶⁰ Lembra a fundamentación da sentenza con data do 18 de febreiro de 2020, n. de Recurso: 1285/2011, n. de Resolución: 66/2020, na que, despois de facer unha recompilación fáctica e normativa, sinalabamos o seguinte: “QUINTO.- A estimación

De feito, ditáronse as primeiras resolucións que resolven recursos por responsabilidade patrimonial polos prexuízos causados pola declaración de nulidade dos PIR de Valdecañas, interpostas ante a Junta de Extremadura⁶¹. Neste caso, a petición de responsabilidade patrimonial promovida por unha empresa vinculada á firma Marina Isla de Valdecañas fundábase na anulación das actuacións de planeamento urbanístico e territorial por ela aprobada, en concreto.

da cuestión de constitucionalidade implica que a actuación administrativa baseada nun precepto inconstitucional é nula de pleno dereito. O obxecto da actuación administrativa era incorporar a transformación urbanística anulada polas sentenzas do TSX de Extremadura e do TS ao abeiro da nova regulación do artigo 11.3.1.b), parágrafo segundo da Lei 15/2001, do 14 de decembro, do solo e ordenación territorial de Extremadura, na redacción introducida pola Lei 9/2011, do 29 de marzo. Ao ser inconstitucional este precepto, vólvese á redacción orixinal que xa fora analizada na fundamentación das anteriores sentenzas, non sendo posible a transformación urbanística no solo onde se realiza. Non é necesario insistir nesta cuestión, non era posible a transformación urbanística da zona coa redacción orixinal da Lei 15/2001, do 14 de decembro, do solo e ordenación territorial de Extremadura, o que xa foi auzizado nas anteriores sentenzas do TSX de Extremadura e do TS, e segue sen ser posible esta transformación urbanística ao abeiro dunha norma declarada inconstitucional, ao ser contraria á lexislación básica estatal. Tanto o Real decreto lexislativo 2/2008, do 20 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei de solo, como o Real decreto lexislativo 7/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de solo e rehabilitación urbana, só permiten alterar a delimitación dos espazos naturais protexidos ou dos espazos incluídos na Rede Natura 2000, reducindo a súa superficie total ou excluindo terreos destes, cando así o xustifiquen os cambios provocados neles pola súa evolución natural, cientificamente demostrada. A alteración deberá someterse a información pública, que no caso da Rede Natura 2000 se fará de forma previa á remisión da proposta de descatalogación á Comisión Europea e a aceptación por esta de tal descatalogación. Fóra deste procedemento, e coas condicións legais establecidas, o que daría lugar á desprotección destes terreos, non é posible a transformación urbanística dun espazo que forma parte da Rede Natura 2000, pois esta transformación urbanística é incompatible cos valores ambientais e paisaxísticos que son obxecto de protección neste tipo de terreos (...) Os motivos polos que se anulou o PIR, consistentes na falta de motivación da xustificación de interese rexional, da utilidade pública e da protección ambiental, a vulneración da prohibición de reclasificar un terreo clasificado polo planeamento urbanístico como non urbanizable de especial protección e por incorrer o estudo de impacto ambiental nunha causa de nulidade ao non ter incluído un estudo de alternativas que permitan un contraste entre a solución adoptada e aquelas que puidesen ser menos transcendentales para a protección dos espazos en que se sitúa o proxecto, continúan vixentes e afectan á actuación administrativa impugnada.”

⁶¹ Vid. STSX do 25 de outubro de 2021 (ROX: STSX EST 1305/2021 – ECLI:ES:TSXEST:2021:1305, relator: Ruiz Ballesteros) pola que se resolve o recurso presentado contra dúas actuacións administrativas: a) o Acordo do Consello de Goberno da Junta de Extremadura do 17 de febreiro de 2021, que acorda non levantar a suspensión da tramitación do procedemento de responsabilidade patrimonial; e b) a desestimación presunta da solicitude de responsabilidade patrimonial presentada o día 28 de xaneiro de 2015 pola entidade mercantil La Atalaya de Valdecañas, SL., vinculada directamente á entidade Marina Isla de Valdecañas, SA. Segundo sinala o FX oitavo.- Para resolver o fondo do asunto, realizamos dúas consideracións iniciais: 1. A entidade demandante La Atalaya de Valdecañas, SL, está vinculada directa e claramente á entidade Marina Isla de Valdecañas, SA. A promotora do PIR Marina Isla de Valdecañas, SA, era propietaria desde o 21-11-2005 de toda a superficie de solo que abarca o PIR –adquiriu os terreos do PIR pola escritura pública de compravenda con data do 21 de novembro de 2005–, aínda que o PIR non foi aprobado definitivamente ata o Decreto 55/2007, do 10 de abril, de modo que cando a promotora adquire a propiedade dos terreos non podía ter a seguridade de que o PIR fose aprobado e o solo modificase a súa clasificación á de solo urbanizable. La Atalaya de Valdecañas, SL, foi constituída por Marina Isla de Valdecañas, SA, o día 11 de febreiro de 2008. Marina Isla de Valdecañas, SA, é o socio único de La Atalaya de Valdecañas, SL. A sociedade La Atalaya de Valdecañas, SL, constituíuse coa finalidade principal de asumir a construción dun hotel médico spa que integraría un hotel de cinco estrelas, un spa médico e unha policlínica dedicada a cubrir determinadas especialidades médicas. Cando se constituíu a entidade actora, xa se interpuxeron os procesos ordinarios PO 561/2007 e PO 753/2017, ante a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Extremadura, contra o Decreto 55/2007, do 10 de abril, polo que se aproba definitivamente o Proxecto de Interese Rexional promovido por Marina Isla de Valdecañas, SA. O día 29 de setembro de 2010, a sociedade La Atalaya de Valdecañas, SL, adquiriu os terreos sobre os que construíra o hotel médico spa. O 90% destes terreos foi unha achega non pecuniaria do socio único Marina Isla de Valdecañas, SA, por aumento de capital e o 10% restante por compravenda. A conclusión de todo o anterior é que todo o ata entón efectuado, promovido e desenvolvido por Marina Isla de Valdecañas non é alleo á sociedade actora que foi constituída por Marina Isla de Valdecañas, SA, como socio único. 2. A pretensión indemnizadora solicitase da Junta de Extremadura e non aos concellos de El Gordo e Berrocalejo. Por iso, a resolución da responsabilidade patrimonial terá que basearse na actuación que sexa imputable á Junta de Extremadura e non á concesión das licenzas de obras polos concellos de El Gordo e Berrocalejo.

6.6 A afectación da tutela xudicial

O argumento da afectación do dereito á tutela xudicial efectiva, ao abeiro do artigo 87.1.c) en relación co artigo 105.2 da LXCA e 24 da CE de 1978, é tamén esgrimido pola parte recorrente.

A infracción denunciada baséase na existencia dunha “concepción restritiva” da imposibilidade material de execución da sentenza, dado que a aplicación dun concepto extenso implica unha clara infracción do artigo 24 da CE no relativo ao dereito á execución nos seus propios termos das sentenzas ditadas.

E sinala como alegan respecto diso que, declarado nulo de pleno dereito o mencionado PIR e ordenada a reposición dos terreos a que se refiren as mencionadas actuacións á situación anterior á aprobación do dito proxecto e os actos que se tivesen executado con fundamento nel, por imposibilidade material debe entenderse “*aquel impedimento de carácter físico que non permite executar a sentenza porque o obxecto desta desapareceu ou porque se destruíu. Debe tratarse de imposibilidade e non de mera dificultade ou excesivo custo das actuacións requiridas pola decisión, sinalando a xurisprudencia que a complexidade non pode ser equiparada á imposibilidade*”⁶².

É dicir, que a imposibilidade material como excepción á execución das sentenzas “debe interpretarse restritivamente”; dado que “*a imposibilidade material debe ser efectivamente unha imposibilidade real e non unha mera dificultade ou un excesivo custo das actuacións requiridas pola decisión, todos e cada un dos motivos aducidos nos autos traídos a esta sede casacional deben decaer. Máxime cando ademais ningunha das dúas resolucións, e a pesar da súa máis que considerable extensión, realiza en puridade o menor esforzo argumentativo para pór de manifesto que sexa imposible executar a sentenza*”.

A recorrente en casación denunciaba “*a vulneración do dereito á execución das sentenzas, como manifestación do dereito á tutela xudicial efectiva do artigo 24 da Constitución, como garantía do cumprimento dos mandatos que as resolucións xudiciais, con cita de xurisprudencia, sentenzas do TC e do TEDH*”, e conclúe que “*a execución das sentenzas da sala de instancia 196/2011, do 9 de marzo, pola que declarou nulo o decreto aprobatorio do PIR de Marina de Valdecañas, e da Sala III do Tribunal Supremo, do 29 de xaneiro de 2014, rec. 419/2011, que ratificou aquela nos seus propios termos, ordenando a reposición dos terreos ‘á situación anterior á aprobación do dito proxecto e os actos que se executou con fundamento nel’, aínda que poida resultar complexo e custoso, non é materialmente imposible, polo que acordalo así infrinxe o disposto no artigo 105.2 LXCA e o dereito á tutela xudicial efectiva na súa vertente do dereito a que a execución do xulgado se leve a cabo nos seus propios termos*”⁶³.

⁶² Ver STS do 30 de abril de 2010 (ROX: STS 2209/2010 – ECLI:ES:TS:2010:2209), en relación cunha demolición parcial dun edificio, cando no seu fundamento xurídico cuarto sinala que “*a complexidade técnica que se aduce só pode servir de xustificación para que se extremen ao máximo, como prioridade absoluta, as medidas de seguridade sobre as persoas e sobre o resto do inmovible. De maneira que o proxecto de demolición que se lle impón ao concello debe levarse a cabo respectando esta prioridade esencial. En definitiva, a complexidade non pode ser equiparada á imposibilidade como postula a recorrente, co que enlazamos coa terceira razón.*”

⁶³ E engádesse «*en relación coas normas e de xurisprudencia relativas aos actos ou garantías procesuais que produciu indefensión desta parte, vulnerando o artigo 24 da CE, reproducindo para o efecto o auto da sala de instancia do 10 de marzo de 2015, acordando a apertura dun período probatorio no incidente de execución e no que sinalaba, respecto da proba que se admitía neste, que “... se considera inútil toda a proba proposta sobre contido económico (custo de demolición, razóns socioeconómicas en xeral, e posi-*

Tanto a representación da comunidades de propietarios como a da Junta de Extremadura impugnan ese motivo de censura casacional e sosteñen que a decisión sobre a execución da sentenza acordada pola Sala do Contencioso-Administrativo non afectaba ao dereito á tutela xudicial efectiva.

En contra do anterior as comunidades de propietarios alegaron que a execución ordenada polo TSXES non vulneraba o dereito á tutela xudicial efectiva (na súa manifestación de dereito á execución de sentenza), invocando as sentenzas do TC 153/1992 e 67/1984, en canto á execución cando se aprecie imposibilidade legal ou material, entendendo a parte que nun concepto práctico “se considera materialmente imposible unha actividade cuxa realización supón para a colectividade representada pola Administración un custo económico e un esforzo absolutamente desproporcionados en relación co beneficio que o destinatario dunha sentenza pode obter coa súa completa execución”, invocando para o efecto a STS do 14 de xuño de 2016.

Pola súa banda, a representación da Junta de Extremadura sostén que só o primeiro dos motivos de infracción alegados na censura casacional garda relación coa cuestión que suscita interese casacional obxectivo, e sinala que parte dun presuposto erróneo ou irreal ao entender que a imposibilidade de execución non se declara por unha imposibilidade material, senón por unha dificultade ou excesivo custo das actuacións requiridas para a decisión, cando a razón que leva a declarar a imposibilidade material parcial é precisamente a existencia desa imposibilidade material e non a existencia dunha dificultade, como resulta dos autos de execución, segundo as valoracións que se indican.

E, no relativo ao segundo dos motivos de censura casacional, a infracción do artigo 87.1.c) LXCA en relación co artigo 24 da CE de 1978 e a normativa urbanística aplicable, aduce a representación da Administración autonómica que non se contradí a declaración de nulidade do PIR, senón que se parte dela e que a declaración de imposibilidade material parcial de execución non implica a legalización das actuacións urbanísticas operadas en virtude do PIR e así o afirma a sala nos autos impugnados.

E, en relación co cuarto motivo de censura casacional, a representación procesual da Administración autonómica impugnada subliña que se trata de infraccións non citadas no escrito de preparación e que con iso se introduce unha confusión innecesaria, ao pretender facer valer unha denegación de medios de proba sen nin sequera citar os medios denegados nin en que momento se propuxeron, engadindo que de novo se elude por parte da recorrente que o criterio esencial e básico que leva a declarar a inexecución material parcial é a protección ambiental, e que a cuantificación é unha cuestión fáctica e por iso allea á función nomofiláctica e unificadora propia do recurso de casación.

ble responsabilidade patrimonial), xa que non cabe ponderar, para os efectos da inexecución das sentenzas, as consecuencias desta índole que para a Junta de Extremadura (e os concellos e propietarios) implicaría o seu cumprimento (STC 22/2009), sendo doutrina reiterada do noso Tribunal Supremo que “o superior custo ou a maior complexidade das demolicions non son causa suficiente para afirmar que a sentenza sexa de imposible cumprimento” (STS de 08/04/2014 rec. 770/2013 e a de 14/02/2013 rec. 4311/2011 que nela se menciona)”. Con estes vimbios non pode resultar admisible o pronunciamiento do FD 8º do auto do 30 de xuño aquí impugnado de que “o custo de demolición [que cifra en preto de 34 millóns de euros baseándose nun estudo remitido pola Dirección Xeral de Transportes, Ordenación do Territorio e Urbanismo do que se descoñece o seu autor e que tampouco vén datado] non foi desvirtuado por outra proba proposta polas partes”. Con tal manifestación, a sala non só estaría a ir contra os seus propios actos, senón que ademais causa unha flagrante indefensión ás partes actoras e executantes e vulnera o principio de confianza lexítima, igualmente acollido pola xurisprudencia da Sala III do Tribunal Supremo (SSTS 18.10.2012, rec. 2577/2009, ou 05/01/1999, rec. 10679/1990, 28/07/1997, 13/02/1992 ou 01/02/1990)».

Pola súa banda, a representación procesual dos dous concellos afectados, El Gordo e Berrocalejo, impugnan a alegada infracción dos artigos 105.2 e 109.1 da LXCA.

Aducen o seguinte: *tendo en conta a complexidade e intereses afectados e que a propia redacción legal dos ditos preceptos avala a potestade xurisdiccional de adoptar unha decisión sobre a forma e medios en que se deben executar as decisións xudiciais, cando concorren factores diversos que fan aconsellable modular a declaración da decisión á realidade material existente no momento en que se deban executar as súas determinacións, que nas múltiples decisións xudiciais citadas pola recorrente, e nos propios autos impugnados, se constata a existencia desa facultade xudicial perfectamente compatible co deber de execución das resolucións xudiciais. É posible determinar o grao e alcance das medidas concretas que se deben levar a cabo para executar as sentenzas, sen vulnerar o dereito a obter a execución das resolucións xudiciais firmes; polo tanto, a resolución impugnada é axustada ao recollido nos artigos 105.2 e 109.1 da LXCA.*

E alega a súa representación que o custo e dificultade da execución é un só dos factores que determinaron a declaración de imposibilidade de execución parcial e que non existe o error iuris que se alega.

6.7 A resposta do Tribunal Supremo

Sinala o TS que “*cómpre partir da obriga constitucional de cumprir as sentenzas e resolucións firmes dos xuíces e tribunais (artigo 118), cumprimento que, como establece o artigo 103.2 da LXCA, debe levarse a efecto na forma e termos consignados nestas⁶⁴”.*

⁶⁴ E engade no fundamento cuarto da sentenza que *sobre o alcance deste dereito e a súa dobre proxección subxectiva e obxectiva se pronunciou o Tribunal Constitucional, sinalando (STC 119/1994) que o dereito á execución das sentenzas “nos seus propios termos” forma parte do dereito fundamental á tutela xudicial efectiva (SSTC 148/1989, 152/1990). É dicir, que se trata dun dereito fundamental ao cumprimento dos mandatos que a sentenza contén, a realización dos dereitos recoñecidos nela ou á imposición mesmo forzosa do cumprimento das obrigas nas que condena (...) o obrigado cumprimento do acordado polos xuíces e tribunais no exercicio da potestade xurisdiccional configúrase como un dereito de carácter subxectivo incorporado ao contido do artigo 24.1 CE e que os propios tribunais non poden apartarse sen causa xustificada do previsto na decisión da sentenza que debe executarse (entre outras, SSTC 32/1982, fundamento xurídico 2º; 15/1986, fundamento xurídico 3º; 118/1986, fundamento xurídico 4.º 1; 148/1989, fundamento xurídico 2º; 16/1991, fundamento xurídico 1º) (...). O dereito a que a sentenza se execute nos seus propios termos ten un carácter obxectivo en canto se refire precisamente ao cumprimento da decisión sen alteración e non permite por tanto suprimir, modificar ou agregar ao seu contido excepcións ou cargas que non poidan reputarse comprendidas nel. En consecuencia, a execución debe consistir precisamente no establecido e previsto na decisión e constitúe xunto ao dereito do favorecido a exixir o seu cumprimento total e inalterado o do condenado a que non se desvirtúe, se amplíe ou se substitúa por outro. Calquera alteración debe obedecer a causa prevista na lei, como o é a imposibilidade legal ou material de execución. “A imposibilidade legal ou material de execución constitúe, pois, unha excepción ao dereito á execución nos seus propios termos, e en canto concorran as circunstancias legais ou materiais, valoradas polo órgano xurisdiccional competente, determina, en primeiro lugar, a adopción por este das medidas necesarias que aseguren a maior efectividade da executoria, é dicir, que aínda que sexa parcialmente ou de forma equivalente veñan dar satisfacción ao dereito recoñecido e, en segundo lugar, a determinación, se é o caso, da indemnización que proceda na parte en que non poida ser obxecto de cumprimento pleno (artigo 105.2 LXCA). Dispónse, polo tanto, que, mesmo apreciando a concorrencia de circunstancias que a imposibiliten, a execución da sentenza debe levarse a cabo na forma que mellor se acomode á realización e cumprimento da decisión e só no demais o lexislador autoriza á substitución por unha indemnización ou, dito doutro xeito, ante a apreciación de circunstancias que impidan a plena execución da decisión, subsiste o dereito a que na medida do posible se fagan efectivos os pronunciamentos da decisión nos termos establecidos, e só no demais se establece a substitución, se é o caso, pola indemnización adecuada. (...) Agora ben, esa imposibilidade de dar cumprimento á sentenza nos seus propios termos non implica, polo menos nas sentenzas condenatorias, a ausencia de toda outra medida executiva, de xeito que baste a mera constatación da imposibilidade de acordar o cumprimento estrito dos mandatos que ela contén para entender satisfeita a tutela xudicial efectiva, sendo preciso que, en tales supostos, se acuda á adopción doutros medios de execución substitutorios ou subsidiarios que o ordenamento ofrece, pois, en caso contrario, as decisións xudiciais quedarían convertidas en meras declaracións de intencións e a parte que obtivo unha sentenza favorable atoparíase en idéntica posición que antes de obter o pronunciamento”. Polo que se refire á apreciación da imposibilidade material, pátense da falta dunha definición respecto diso do artigo 105 LXCA; en consecuencia, da delimitación pola xurisprudencia do carácter restritivo da súa aplicación como excepción ao dereito de execución nos termos da decisión; e en razón de todo iso, o carácter casuístico en canto cómpre observar os concretos pronunciamentos xudiciais e os intereses que en*

Finaliza o Supremo destacando que lembrou o anterior, pois non pode ignorarse que a actuación da Junta de Extremadura ao aprobar o PIR foi contraria a dereito.

Recalca a STS como a *Administración*, ao aprobar o PIR Marina Isla de Valdecañas, actuou como se a protección do terreo non existise e decidiu transformar urbanisticamente o solo como se de solo sen protección ningunha se tratase, adoptando unha decisión fóra da orde ou común modo de obrar. A actuación administrativa non era conforme a dereito ao non ter actuado a Junta de Extremadura como a primeira e eficaz garante do ordenamento ambiental e urbanístico.

E, en relación coas cuestións de responsabilidade patrimonial, “despréndese diso que a responsabilidade económica que poida resultar para a Administración neste caso, lonxe de resultar desproporcionada, correspóndese co alcance da súa responsabilidade na transformación urbanística declarada ilegal e cuxa reparación se trata de obter mediante a execución nos seus propios termos das correspondentes sentenzas”.

E conclúe sinalando como se aprecia a concorrencia de causas que xustifiquen a imposibilidade material de execución das sentenzas do 9 de marzo de 2011 nos seus propios termos no relativo á demolición das edificacións e instalacións e actuacións de “transformación urbanística” que estaban xa construídas e en funcionamento⁶⁵.

cada caso resultan afectados pola execución. A iso refírense múltiples sentenzas, como a do 9 de xullo de 2019 (rec. 677/2017), que, reiterando o xa dito na sentenza do 14 de xuño de 2016 (rec. 1719/2015), sinteticamente sinala: “Non define a LXCA, artigo 105.2, en que consiste a imposibilidade material de execución dunha sentenza. Foi a xurisprudencia a que foi delimitando aquela cunha concepción restritiva dos supostos de imposibilidade (SSTS do 17 de novembro de 2008, recurso casación 4285/2005, 14 de febreiro de 2013, recurso casación 4311/2011). Estamos, polo tanto, fronte a supostos individualizados casuísticamente en atención ás circunstancias concorrentes en cada suposto en que deben ponderarse os distintos intereses concernidos”. Non obstante, os pronunciamentos xudiciais veñen delimitando o concepto de imposibilidade material nos seus aspectos fundamentais, como declara a sentenza do 8 de abril de 2014 (rec. 770/2013) por referencia á do 14 de febreiro de 2013, “o superior custo ou a maior complexidade das demolicións para realizar non son causa suficiente para afirmar que a sentenza sexa de imposible cumprimento”; no mesmo sentido, a sentenza do 14 de febreiro de 2013 (rec. 4311/2011) ou, como sinala máis xenericamente a sentenza do 30 de abril de 2010 (rec. 1268/2009), “a complexidade non pode ser equiparada á imposibilidade”. Na sentenza do 21 de xuño de 2012 (rec. 4454/2011) efectúanse pronunciamentos significativos respecto diso; así, sinalase que: “Fronte ao cumprimento das sentenzas firmes nos seus propios termos, que constitúe unha exigencia derivada da tutela xudicial efectiva, non pode esgrimirse con éxito a consumación material dos efectos derivados dunha norma regulamentaria, pois tal é a natureza do plan parcial, declarada nula. Dito doutro xeito, a execución das sentenzas firmes non consente que se burla o seu cumprimento mediante a rápida transformación da realidade física para facer imposible o que antes non o era”; e que “A dificultade da execución, que non pode negarse, non comporta, porén, a súa imposibilidade. Entre o difícil e o imposible media unha diferenza substancial, que o primeiro se logra pondo o esforzo e traballo necesarios e o segundo non”. En Auto deste Tribunal Supremo do 16 de xullo de 1991, sinalase que a “imposibilidade debe entenderse no sentido máis restritivo e estrito, e en termos de imposibilidade absoluta; isto é, absoluta imposibilidade física ou clara imposibilidade xurídica de cumprir a decisión. Despois da Constitución non cabe outra interpretación, por ser un básico fundamento do Estado de dereito instaurado por ela o cumprimento escrupuloso, íntegro e estreito das sentenzas xudiciais nos seus propios termos, que non é outra que seguridade xurídica”. Deben valorarse, igualmente, as declaracións xenéricas que o Tribunal Constitucional efectuou respecto diso, como é o caso da Sentenza 285/2006, do 9 de outubro, segundo a cal: “Por iso mesmo tamén declaramos que, desde a perspectiva do artigo 24.1 CE, non pode aceptarse que sen o concurso de elementos que fagan imposible física ou xuridicamente a execución ou a dificulten por concorreren circunstancias sobreditas impeditivas, por incorrecta determinación da decisión, polas súas desproporcionadas consecuencias ou por razóns similares, isto é, que sen terse alterado os termos nos que a disputa procesual foi exposta e resolta ante a sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos, nun momento posterior, ao pronunciamento xudicial entón emitido, pola vía de discutir de novo, en trámite de execución, o que xa foi no seu día definitivamente resolto polo órgano xudicial (por todas, SSTC 41/1993, do 8 de febreiro, FX 2; e 18/2004, do 23 de febreiro, FX 4)”.

⁶⁵ Por iso estima o recurso e casa os autos impugnados do 30 de xuño e 21 de setembro de 2020 xa que acordan: “a conservación do hotel, vivendas, campo de golf e instalacións que actualmente están construídas e en funcionamento”, que deberán ser demolidas como o resto das obras e instalacións a que se refire o punto III da parte dispositiva do Auto do 30 de xuño de 2020, aplicando e adaptando os criterios establecidos para o efecto nos números 2, 3 e 4 deste punto III á ampliación da demolición que aquí se accorda. Por outra banda, a referida demolición das edificacións e instalacións construídas e en funcionamento á que se estende a execución supoñen a eliminación da actividade humana derivada do seu uso e gozo, á que responde, fundamentalmente, o plan ou programa para a protección do medio ambiente e medidas compensatorias establecido no punto IV da parte dispositiva do Auto do 30 de xuño de 2020, que polo tanto queda afectado por esta decisión, sen prexuízo de que na instancia se valore o seu alcance para efectos da súa modificación, adaptación ou eliminación.

Esa imposibilidade material debe examinarse atendendo ás circunstancias do caso concreto e aos dereitos e intereses comprometidos na execución, e que non pode identificarse co feito de que a execución presente dificultades ou a conveniencia de atender outros intereses (de carácter socioeconómico ou doutra índole) que non poden imporse aos que resultan tutelados polos pronunciamentos xudiciais que se trata de levar a efecto, en garantía da seguridade xurídica que se vería seriamente afectada pola falta de realización do dereito recoñecido xudicialmente, execución que, como sinala o Tribunal Constitucional nas sentenzas antes citadas, constitúe un dereito fundamental e debe consistir precisamente no establecido e previsto na decisión.

7 O Auto de execución do 15 de setembro de 2023

O recente AT SX do 15 de setembro de 2023 resolve a cuestión da execución parcial interesada, suspendida como consecuencia da interposición dos recursos de casación e a súa inadmisión polo Tribunal Supremo.

Alega o auto no seu FX primeiro que os autos da sala do 5/7/2023 e 11/7/2023 xa dixeron que a suspensión da execución se faría nos termos acordados polo TC. En todo momento, a suspensión da execución realizábase na forma acordada polo TC. Procede aterse ao contido do Auto do TC, do 20 de xuño de 2023, que suspende a execución exclusivamente respecto dos elementos que o TSX de Estremadura acordara inicialmente que non se demolesen no auto de imposibilidade material parcial con data do 30/6/2020 e no auto desestimatorio do recurso de reposición con data do 21/9/2020. Nestes autos, o prazo fixado era de seis meses.

Engade o Auto do 15 de setembro de 2023 no seu FX segundo que a execución parcial é posible e debe facerse co fin de eliminar os bens inmoables que se atopan en fase de estrutura e proceder á revexetación da zona. A Junta de Estremadura debe proceder á devandita execución e, no que agora se expón na parte dispositiva deste auto e conforme o anteriormente exposto nos autos do TSX de Estremadura de imposibilidade material parcial con data do 30/6/2020 e no auto desestimatorio do recurso de reposición do 21/9/2020, os elementos parciais a derrubar son sobradamente coñecidos polas partes demandadas. Non se trata de adoptar todas as medidas que se ían pór en marcha para protexer e minimizar a posible afectación ao medio ambiente pola actividade humana, senón de derrubar e revexetar os bens inmoables que quedaron en fase de estrutura ou a medio rematar.

E resolve continuar a execución e, en suma, ordénalle á Junta de Estremadura o seguinte:

«1. DEMOLICIÓN de todo o que se atopa en fase de estrutura ou non está terminado e en funcionamento. O segundo hotel planificado e o resto de vivendas que se ían construír deben ser demolidas e/ou non construídas. As vivendas terminadas que serven de oficina da promotora e de piso piloto serán tamén demolidas, salvo que por razóns de linde puidesen afectar á seguridade doutras vivendas. Tamén serán demolidas as instalacións que, non sendo imprescindibles para o funcionamento das edificacións terminadas e en funcionamento, se atopan en fase de estrutura.

2. *REVEXETACIÓN. As plataformas existentes que non foron urbanizadas deberán restaurarse e revexetarse, eliminando as plataformas e os residuos que aparecen nelas.*

3. *A demolición deberá realizarse de maneira ordenada e programada co menor prexuízo para o medio ambiente e dará lugar á reposición do terreo a un estado que permita un proceso de rexeneración de bosque mediterráneo e supoña un claro beneficio para a flora e a fauna da ZEPA, debendo crearse un enclave e paisaxe similares aos protexidos na ZEPA.*

4. *A Junta de Extremadura deberá aprobar un plan ou programa de traballo para proceder á demolición e restauración acordadas. A Junta de Extremadura deberá aprobar este plan ou programa no prazo máximo de seis meses, comezando a partir do sexto mes as actuacións de adxudicación e a continuación os materiais de demolición parcial. O plan de traballo para proceder á demolición, restauración e revexetación acordadas deberá dispor de todas as medidas necesarias para evitar o menor prexuízo ao medio ambiente. A adxudicación da demolición, restauración e revexetación deberá realizarse a unha empresa pública ou privada que dispoña da suficiente capacidade para realizar uns labores como os encomendados.*

5. *En aplicación da LXCA, correspóndelle á Sala do Contencioso-Administrativo do TSX de Extremadura o control das decisións administrativas que vaia adoptando a Junta de Extremadura en fase de execución. A Administración comunicará todos os avances na execución.*

6. *A Junta de Extremadura deberá manifestar se mantén o Consello de Goberno da Junta de Extremadura como órgano encargado da execución e coordinador dos labores de execución entre os distintos órganos administrativos, como xa informou anteriormente, ou designa outro órgano administrativo e titular. Esta comunicación farase no prazo máximo de dez días desde a notificación deste auto á Avogacía Xeral da Junta de Extremadura.*

III. Prohíbese a realización de novas edificacións na urbanización Marina Isla de Valdecañas».

Último capítulo das dificultades de execución nos seus propios termos dos pronunciamientos xudiciais indicados.

Bibliografía

ARIAS APARICIO, M.^ªF., “La tutela de los espacios naturales protegidos: ordenación urbanística vs. Red Natura 2000 (el caso de la isla del embalse de Valdecañas)”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n. 35, 2019.

- ARIAS APARICIO, M.^ªF., “Extremadura: vía para la protección de los espacios naturales”, García-Álvarez García, G., Jordano Fraga, J., Lozano Cutanda, B., Nogueira López, A. (coords.), *Observatorio de políticas medioambientales 2020*, Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA), Madrid, 2020.
- BROWN, W., *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*, Malpaso Ediciones, Barcelona, 2016.
- BRUFAO CUIEL, P., “Derecho y políticas ambientales en Extremadura”, *Revista Catalana de Dret ambiental*, n. X(1), 2019.
- BRUFAO CUIEL, P., “Jurisprudencia ambiental en Extremadura (Segundo Semestre)” *Revista Catalana de Dret ambiental*, n. XI(2), 2020.
- BRUFAO CUIEL, P., “Jurisprudencia ambiental en Extremadura”, *Revista Catalana de Dret ambiental*, n. XIII(1), 2022.
- CASTANEDO GARCÍA, M.^ªE., “Examen del nuevo apartado tercero del artículo 108 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”, Navarro Vega, M.^ªB. (coord.), *Recientes reformas de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch - Gobierno de Cantabria, Valencia, 2017.
- CHINCHILLA PEINADO, J.A., “Imposibilidad de ejecución de sentencias que impliquen la demolición en la Red Natura 2000 y los efectos sobre la España vaciada. A propósito de la Sentencia de 9 de febrero de 2022 sobre la urbanización de Valdecañas”.
- Acesso web: <https://www.idluam.org/blog/imposibilidad-de-ejecucion-de-sentencias-que-implican-la-demolicion-en-la-red-natura-2000-y-los-efectos-sobre-la-espana-vaciada-a-proposito-de-la-sentencia-de-9-de-febrero-de-2022-sobre-la-urbanizaci/>
- DÍAZ LEMA, J.M., “Los proyectos de interés regional ¿un instrumento urbanístico/territorial perturbador? A propósito de las 3 sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012 (recursos n. 3869/2010; 4543/2010; 4066/2010 (Asunto “Ecociudad en La Fonsalada y El Corvo”, Logroño)”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 36, 2013.
- DIONI LÓPEZ, J., *La España de las piscinas Cómo el urbanismo neoliberal ha conquistado España y transformado su mapa político*, Arpa Editorial, Barcelona, 2021.
- EYRE DE LORENZO, J.A., “Análisis de las sentencias del Tribunal Supremo sobre el conflicto derivado de la aprobación del proyecto de la «Zona de Interés Regional» Ecociudad Montecorvo de Logroño”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 282, 2013.
- EZQUERRA HUERVA, A., “Artículo 108”, Ezquerra Huerva, A. e Oliván del Cacho, J. (coords.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Tomo II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G., “Jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo sobre la ejecución de sentencias territoriales y urbanísticas: el «caso Valdecañas»”, García-Álvarez García, G., Jordano Fraga, J., Lozano Cutanda, B., Nogueira López, A. (coords.), *Observatorio de*

Regap



ESTUDIOS

- políticas medioambientales 2022*, Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA), Madrid, 2022.
- GEIS I CARRERAS, G., *La ejecución de las sentencias Urbanísticas*, Atelier, Barcelona, 2009.
- LAZCANO BROTONS, I. “Los espacios naturales protegidos”, Lasagabaster Herrarte, I. (dir.), *Derecho Ambiental Parte Especial I*, Lete Argitaletxea, Pamplona-Iruña-Bilbao, 2007.
- RAMOS MEDRANO, J.A., “Comentarios a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 9 de marzo de 2011 sobre el Proyecto de Interés Regional «Isla de Valdecañas»”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 274, 2012.
- RUIZ LÓPEZ, M.A., “De nuevo sobre la transformación urbanística de suelos rurales protegidos y sus límites. A propósito de la STS de 29 de enero de 2014, relativa al proyecto de «interés regional» de Valdecañas”, *Revista de urbanismo y edificación*, n. 31, 2014.
- SALCEDO HERNÁNDEZ, J.C. e CAMPESINO FERNÁNDEZ, A.-J., “Marina Isla de Valdecañas (Cáceres): de proyecto de interés regional a liquidación por derribo”, *Ería: Revista cuatrimestral de geografía*, n. 97, 2015.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J., *Red natura 200: Evaluación ambiental de planes y proyectos*, Tesis doctoral, Universidade da Coruña, A Coruña, 2021.
- SÁNCHEZ LAMELAS, A., “El artículo 108.3 de la LJCA: La ejecución de sentencias de derribo y la garantía de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”, Navarro Vega, M.^ªB. (coord.), *Recientes reformas de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch - Gobierno de Cantabria, Valencia, 2017.
- SANTAMARÍA ARINAS, R., *La ordenación del territorio y los campos de Golf. Reflexiones jurídicas desde el Plan Territorial Parcial de Rioja Alavesa*, Lete. Argitaletxea, Bilbao, 2010.
- SANTAMARÍA ARINAS, R.J., “La acreditación de la necesidad de vivienda como requisito para la transformación del suelo rural (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012 sobre la «ecociudad» de Logroño)”, *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja. REDUR*, n. 10, 2012.
- SANTAMARÍA ARINAS, R.J., “Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina «Boxus» por el Tribunal Constitucional español”, *Revista de administración pública*, n. 193, 2014.
- VALENCIA MARTÍN, G., “Transformaciones urbanísticas en la red Natura 2000: El caso Valdecañas”, *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n. 45, 2020.
- VALENCIA MARTÍN, G., “Jurisprudencia constitucional: la ley catalana del cambio climático”, García-Álvarez García, G., Jordano Fraga, J., Lozano Cutanda, B., Nogueira López, A. (coords.), *Observatorio de políticas medioambientales 2020*, Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA), Madrid, 2020.

VILLARES NAVEIRA, L., “El caso Algarrobico o el difícil camino de la ejecución de sentencias en materia ambiental”, *Jueces y Juezas para la Democracia*, Boletín Informativo n. 90, mayo 2023.

Xurisprudencia

Tribunal Superior de Xustiza de Estremadura

Sentenzas

STSX do 19 de xaneiro de 2010 (ROX: STSX EST 33/2010 – ECLI:ES:TSXEST:2010:33).
STSX do 9 de marzo de 2011 (ROX: STSX EST 451/2011 – CLI:É:TSXEST:2011:451).
STSX do 9 de marzo de 2011 (ROX: STSX EST 450/2011 – ECLI:ES:TSXEST:2011:450).
STSX do 18 de novembro de 2014 (ROX: STSX EST:1727/ – ECLI:ES:TSXEST:2014:1727).
STSX do 18 de novembro de 2014 (ROX: STSX EST 1724/2014 – ECLI:ES:TSXEST:2014:1724).
STSX 59/2020, do 18 de febreiro (ROX: STSX EST 111/2020 – ECLI:ES:TSXEST:2020:111).
STSX 66/2020, do 18 de febreiro (ROX: STSX EST 112/2020 – ECLI:ES:TSXEST:2020:112).
STSX 67/2020, do 18 de febreiro (ROX: STSX EST 110/2020 – ECLI:ES:TSXEST:2020:110).

Autos

AT SX do 26 de maio de 2008 (ROX: AT SX EST 45/2008 – ECLI:ES:TSXEST:2008:45A).
AT SX do 21 de setembro de 2020 (ROX: AT SX EST 61/2020 – ECLI:ES:TSXEST:2020:61A).
AT SX do 30 de xuño de 2020 (ROX: AT SX EST 60/2020 – ECLI:ES:TSXEST:2020:60A).
AT SX do 15 de setembro de 2023.

Tribunal Supremo

Autos

ATS do 26 de xaneiro de 2012 (ROX: ATS 1480/2012 – ECLI:ES:TS:2012:1480A).
ATS do 26 de xaneiro de 2012 (ROX: ATS 2157/2012 – ECLI:ES:TS:2012:2157A).
ATS do 14 de novembro de 2013 (ROX: ATS 11801/2013 – ECLI:ES:TS:2013:11801A).
ATS do 25 de abril de 2013 (ROX: ATS 4068/2013 – ECLI:ES:TS:2013:4068A).
ATS do 14 de novembro de 2013 (ROX: ATS 11990/2013 – ECLI:ES:TS:2013:11990A).
ATS do 12 de xuño de 2014 (ROX: ATS 6321/2014 – ECLI:ES:TS:2014:6321A).
ATS do 20 de febreiro de 2014 (ROX: ATS 2462/2014 – ECLI:ES:TS:2014:2462A).
ATS do 15 de novembro de 2018 (ROX: ATS 12894/2018 – ECLI:ES:TS:2018:12894A).
ATS do 18 de marzo de 2019 (ROX: ATS 3250/2019 – ECLI:ES:TS:2019:3250A).
ATS do 6 de maio de 2021 (ROX: ATS 5837/2021 – ECLI:ES:TS:2021:5837A).

Regap



ESTUDOS

ATS do 8 de abril de 2022 (ROX: ATS 6281/2022 – ECLI:ES:TS:2022:6281A).
ATS do 18 de maio de 2023 (ROX: ATS 6813/2023 – ECLI:ES:TS:2023:6813A).
ATS do 13 de xullo de 2023 (ROX: ATS 10802/2023 – ECLI:ES:TS:2023:10802A).

Sentenzas

STS do 29 de xaneiro de 2014 (ROX: STS 190/2014 – ECLI:ES:TS:2014:190).
STS do 29 de xaneiro de 2014 (ROX: STS 189/2014 – ECLI:ES:TS:2014:189).
STS do 27 de marzo de 2014 (ROX: STS 1276/2014 – ECLI:ES:TS:2014:1276).
STS do 5 de xuño de 2014 (ROX: STS 2208/2014 – ECLI:ES:TS:2014:2208).
STS do 23 de outubro de 2019 (ROX: STS 3414/2019 – ECLI:ES:TS:2019:3414).
STS do 25 de maio de 2020 (ROX: STS 999/2020 – ECLI:ES:TS:2020:999).
STS do 21 de xaneiro de 2021 (ROX: STS 217/2021 – ECLI:ES:TS:2021:217).
STS do 9 de febreiro de 2022 (ROX: STS 481/2022 – ECLI:ES:TS:2022:481)

Tribunal Constitucional

Sentenzas

STC 152/2019, do 25 de novembro (BOE núm. 5, do 6 de xaneiro de 2020).
STC 134/2019, do 13 de novembro (BOE núm. 304, do 19 de decembro de 2019).

Autos

ATC 329/2023, do 20 de xuño (ECLI:ES:TC:2023:329).
ATC 328/2023, do 20 de xuño, (ECLI:ES:TC:2023:328A).
ATC 327/2023, do 20 de xuño (ECLI:ES:TC:2023:327A).
ATC 151/2022, do 16 de novembro (ECLI:ES:TC:2022:151A).



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 66_xuño-decembro 2023 | pp. 87-121
Santiago de Compostela, 2023
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5131>
© Silvia Díez Sastre
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 06/11/2023 | Aceptado: 19/12/2023
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

E se licitar non sempre fose a forma máis eficiente para proveerse de bens e servizos?

¿Y si licitar no siempre fuera la forma más eficiente para proveerse de bienes y servicios?

66 Regap

What if tendering was not always the most efficient way to procure goods and services?

Regap



ESTUDIOS

SILVIA DÍEZ SASTRE

Profesora titular de Dereito Administrativo (acr. catedrática de Universidade)

Instituto de Dereito Local

Universidade Autónoma de Madrid

<https://orcid.org/0000-0002-3101-0469>

silvia.diez@uam.es

Resumo: O Dereito da contratación pública constrúese arredor da licitación como a mellor fórmula para adquirir bens e servizos no mercado. Non obstante, os presupostos necesarios para que unha licitación sexa eficiente non sempre concorren na realidade: é o caso da existencia dunha pluralidade de licitadores ou da capacidade do ente adxudicador para planificar e deseñar adecuadamente a súa contratación. Neste contexto, este traballo cuestiona a premisa arraigada no ordenamento xurídico vixente en España de que a licitación é a opción máis eficiente, que non require xustificación, e expón a utilidade de fórmulas alternativas de colaboración público-pública e público-privada á marxe da licitación, que non deberían considerarse necesariamente como técnicas excepcionais.

¹ Este traballo enmárcase no desenvolvemento do Proxecto I+D+i de Retos da Sociedade da convocatoria de 2020: "O sector público ao servizo da responsabilidade estratéxica do Estado" (referencia: PID 2020-115834RB-C31). Constitúe unha versión actualizada do traballo presentado no I Congreso Internacional de Contratación do Estado, Universidad Externado de Colombia, 15, 16 e 17 de marzo de 2023, de próxima publicación nas actas do dito congreso.

Palabras clave: Licitación, sector público, eficiencia, cooperación público-pública, terceiro sector, contratos *open-house*.

Resumen: El derecho de la contratación pública se construye en torno a la licitación como la mejor fórmula para adquirir bienes y servicios en el mercado. Sin embargo, los presupuestos necesarios para que una licitación sea eficiente no siempre concurren en la realidad: es el caso de la existencia de una pluralidad de licitadores o de la capacidad del ente adjudicador para planificar y diseñar adecuadamente su contratación. En este contexto, el presente trabajo cuestiona la premisa arraigada en el ordenamiento jurídico vigente en España de que la licitación es la opción más eficiente, que no requiere justificación, y expone la utilidad de fórmulas alternativas de colaboración público-pública y público-privada al margen de la licitación, que no deberían considerarse necesariamente como técnicas excepcionales.

Palabras clave: Licitación, sector público, eficiencia, cooperación público-pública, tercer sector, contratos *open-house*.

Abstract: Public procurement law revolves around bidding as the best formula for acquiring goods and services in the market. However, the necessary assumptions for an efficient bidding process do not always concur in reality: this is the case of the existence of a plurality of bidders or the capacity of the contracting entity to adequately plan and design its contracts. In this context, this paper questions the premise rooted in the current Spanish legal system that competitive bidding is the most efficient option, which does not require justification, and it exposes the usefulness of alternative formulas for public-public and public-private partnerships outside competitive bidding, which should not necessarily be considered as exceptional techniques.

Key words: Bidding, public sector, efficiency, public-public cooperation, third sector, open-house contracts.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Europeización do concepto de contrato público. 2.1 Funcionalización do concepto de contrato público. 2.2 Liberdade dos Estados membros para contratar. 3 E se licitar non sempre fose a fórmula máis eficiente? 3.1 Custos e beneficios de licitar. 3.2 Condicións que aseguran a eficiencia dos procedementos de licitación. 3.2.1 Planificación e bo deseño do contrato. 3.2.2 Pluralidade de licitadores. 3.2.3 Selectividade. 4 Alternativas á licitación. 4.1 Colaboración público-pública. 4.1.1 Vertical. 4.1.2 Horizontal. 4.2 Colaboración co terceiro sector. 4.3 Máis alá do contrato: fórmulas non contractuais. 4.3.1 Transferencia de competencias. 4.3.2 Contratos *open-house*. 5 Reflexións finais.

1 Introducción

A contratación pública é un dos sectores de referencia do Dereito administrativo contemporáneo². Esta afirmación, que describe a realidade do Dereito continental europeo dos últimos vinte anos, probablemente sexa extrapolable cos matices oportunos ao contexto internacional. A corrente de privatizacións no tramo final do século XX³, enmarcada nas teorías do *New Public Management*, conduciu á mutación cara a un Estado regulador e garante⁴. No seu novo rol, o sector público apoíouse de forma máis intensa no mercado para adquirir bens e servizos ligados ao exercicio das súas

² Tómasse o concepto de "sector de referencia" (*Referenzbereich*) connotado metodoloxicamente na obra de SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003; SCHMIDT-ASSMANN, E., *La dogmática del Derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2021, pp. 32 e ss.

³ CLIFTON, J., WARNER, M.E., GRADUS, R. e BEL, G., "Re-municipalization of public services: trend or hype?", *Journal of Economic Policy Reform*, n. 24(3), 2021, pp. 293-304, p. 293.

⁴ Por todos, ESTEVE PARDO, J., *Estado Garante. Idea y Realidad*, INAP, Madrid, 2015.

competencias⁵. Unha parte importante do gasto público pasou a executarse a través de contratos públicos. Así, é habitual que se fagan afirmacións arredor do volume do produto interior bruto (PIB) que se destina ás compras públicas⁶. Os recortes derivados da crise económica de 2008 reforzaron parcialmente esta tendencia a promover a contratación pública⁷. Tempo despois, durante a pandemia, os contratos públicos ocuparon un papel protagonista para facer fronte, fundamentalmente, á provisión de produtos no ámbito farmacéutico e sanitario⁸. Na actualidade, nun contexto de recuperación no que se están a realizar investimentos públicos extraordinarios, a contratación pública erixiuse como un instrumento estratéxico dos Estados⁹.

No contexto descrito, e en coherencia co novo protagonismo do mercado, produciuse un desenvolvemento exponencial do Dereito da competencia que non tardou en proxectarse sobre a actividade pública. O mercado consolidouse xuridicamente como un suxeito que debe protexerse do Estado e polo Estado. A contratación pública foi un dos sectores onde se produciu unha intensa penetración de regras de competencia na actividade administrativa. Os cambios promovidos nesta liña impactaron de cheo nos ordenamentos xurídicos nacionais, moi especialmente naqueles imbuídos da tradición francesa do contrato administrativo. Esta categoría, que actuou como peza clave na creación do Dereito administrativo separándose dos conceptos propios do Dereito civil¹⁰, experimentou unha profunda transformación. Se o contrato administrativo se caracterizaba, fundamentalmente, polo réxime de prerrogativas que se activaba na fase de execución co fin de garantir o interese xeral¹¹, o contrato público contemporáneo defínese, fundamentalmente, a partir das regras que disciplinan a súa adxudicación¹². Hai que evitar que o Estado prexudique o bo funcionamento do mercado cando elixe os seus contratistas, porque os suxeitos públicos non se conducen necesariamente por regras de racionalidade económica. Poden contratar con operadores económicos nacionais para protexer a súa economía, distorcendo a competencia; ou poden deixarse guiar pola inercia e contratar sempre cos mesmos suxeitos; sen esquecer os supostos de corrupción nos que a contratación é unha vía para desviar fondos públicos de xeito ilícito.

⁵ QIAN, J., LU, J. e ZHAO, J., "A replication of exploring an explaining contracting out: Patterns among the American states", *Public Administration*, n. 100(4), 2022, pp. 1161-1182, p. 1162.

⁶ En 2020, os países da OCDE-UE destinaron de media un 14,9% do seu PIB á contratación pública. MEDINA ARNÁIZ, T., "Publicación del estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) Government at a Glance 2021", *blog del www.obcp.es*, 13 de xullo de 2021.

⁷ BRAZIEL, T.L., "Contracting out contracting", *Public Contract Law Journal*, n. 38, 2009, pp. 857-893, p. 868, p. 886.

⁸ MEGGIT, B., "Partnering with Agents: How the Covid-19 Pandemic changed Relations between the UK Government and Public Service Contractors", *The Political Quarterly*, n. 93(2), 2022, pp. 244-252.

⁹ DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL MARKET, INDUSTRY, ENTREPRENEURSHIP AND SMEs (European Commission), *Study on the measurement of cross-border penetration in the EU public procurement market, Final Report*, marzo 2021, p. 16.

¹⁰ Díez Sastre, S., *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 87 e ss.

¹¹ Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., "La figura del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 41, 1963, pp. 99-130.

¹² De forma temperá, sobre esta cuestión, no contexto europeo, ARIÑO ORTIZ, G., "El concepto de contrato público en la CEE", *Noticias de la Unión Europea*, n. 21, 1986, pp. 19-26.

O desenvolvemento recente do Dereito da contratación pública partiu dunha premisa indiscutida: o bo funcionamento das regras do mercado conduce a unha mellor utilización dos fondos públicos. Nesta liña, a Organización de Cooperación e Desenvolvemento Económico (OCDE) incentiva activamente a utilización de procedementos competitivos para reducir os custos e mellorar a execución dos contratos públicos¹³. No ámbito da Unión Europea, a garantía de bo funcionamento do mercado interior reforzou especialmente este punto de partida a través das regras do Dereito primario e secundario. Enténdese que a mellora da contratación pública xera importantes beneficios macroeconómicos: optimiza o rendemento dos fondos públicos, axusta a estrutura empresarial e aumenta a produtividade como consecuencia da competencia entre os operadores. Adúcese, ademais, que os estudos empíricos realizados sobre o comportamento do mercado demostraron que os procedementos de licitación que promoven a transparencia e a competencia tenden a reducir o prezo das prestacións¹⁴.

Con apoio nestes postulados económicos ampliouse progresivamente o ámbito de aplicación das regras de contratación pública, tanto en sentido subxectivo como obxectivo. Esa expansión fíxose especialmente intensa no eido do Dereito europeo, grazas á funcionalización dos conceptos xurídicos da contratación pública auspiciada polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE). Como resultado, o Dereito dos contratos públicos colonizou espazos previamente reservados a regras de Dereito da organización ou de xestión de servizos públicos. Non só se fomentou a licitación de contratos públicos nos casos en que o sector público acudía ao mercado, evitando prácticas proteccionistas, pouco transparentes ou mesmo corruptas. Asumiuse de forma practicamente indiscutida que é máis eficiente aplicar as regras de licitación de contratos públicos para satisfacer necesidades públicas que outro tipo de técnicas de colaboración público-privada ou público-pública empregadas con anterioridade. Pénsese, por exemplo, na celebración de encomendas de xestión ou de convenios, que permitían formalizar acordos entre suxeitos públicos; así como nas fórmulas de xestión de servizos públicos, especialmente os ligados ao Estado social (sanidade e educación) na forma de convenios e concertos, en moitas ocasións con entidades sen ánimo de lucro ou de voluntariado.

Agora ben, nos últimos anos, distintos factores reverteron a tendencia progresiva a concentrar na licitación de contratos toda a actividade pública vinculada á adquisición de bens e servizos. No ámbito da Unión Europea, hai que destacar a resistencia de certos Estados membros a renunciar a outras formas de proveerse de servizos no mercado mediante técnicas autoorganizativas ou de colaboración, tanto entre suxeitos públicos como con determinados suxeitos privados –especialmente do terceiro sector–. Esa resistencia conduciu ao recoñecemento progresivo de vías alternativas á licitación de contratos públicos. Noutra orde de ideas, a crise económica de 2008 supuxo unha perda de fe no bo funcionamento do mercado que se

¹³ OECD, *Recommendation of the Council on Public Procurement*, OECD/LEGAL/0411, 2022.

¹⁴ Ao respecto, o influente texto de VOGEL, L., “Macroeconomic effects of cost savings in public procurement”, *Economic Papers*, n. 289, 2009, pp. 1-13, p. 1.

reflectiu no intento de recobrar a xestión pública directa de determinados servizos, especialmente a nivel local –é o proceso das chamadas remunicipalizacións que se expandiu con carácter internacional–¹⁵. Este factor contribuíu a reivindicar o papel do sector público instrumental na xestión de servizos públicos. Nesta mesma liña, a pandemia puxo de manifesto os límites do Dereito dos contratos públicos. A ruptura do mercado a nivel mundial fixo inútiles as regras de contratación pública, deseñadas para operar e garantir, asemade, o funcionamento ordinario do mercado¹⁶. A nivel interno, en países como España, a pandemia destapou carencias fundamentais do sistema como a falta de planificación, priorización e especialización nas compras públicas e as excesivas cargas burocráticas¹⁷.

Os factores sinalados van da man de certo “retorno ao Estado”, que supón cuestionar a premisa de maior eficiencia do mercado na provisión de bens e servizos e, moi especialmente, de servizos públicos. Na literatura recente atópase unha toma de conciencia da necesidade de dotar o Estado da capacidade e dos medios necesarios para adoptar unha posición estratéxica fronte a retos de carácter global desde unha perspectiva que supere o puramente económico para incluír o interese xeral¹⁸. Isto non supón renegar das fórmulas de colaboración público-privada que se canalizan a través da contratación pública, pero si obriga a cuestionar a suposta maior eficiencia do mercado en todo tempo e lugar. Cómpre identificar, así, fórmulas alternativas á contratación pública que poidan achegar valor desde puntos de vista que non son só estritamente económicos e que permitan a liberdade de elección de gobernos lexitimados democraticamente.

Os Estados contemporáneos están sometidos a intensas exixencias do Estado de Dereito. Teñen estruturas diversas de distribución de poder. Deben facer fronte a importantes demandas derivadas do Estado social nun contexto de retos globais. Parece razoable entender que, nese contexto, non existe unha única fórmula mellor en todo caso, a contratación pública. Os Estados deben contar cun catálogo diverso de fórmulas que lles permitan proverse dos bens e servizos que requiren. Por suposto, a contratación pública será unha ferramenta fundamental, que debe afinarse para responder ás necesidades contemporáneas¹⁹; pero haberá determinados contextos

¹⁵ Entre outros moitos, CLIFTON, J., WARNER, M.E., GRADUS, R. e BEL, G., “Re-municipalization of public services: trend or hype?”, cit.; TORNOS MAS, J., “La llamada remunicipalización de servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 43, 2017, pp. 12-30.

¹⁶ MAGRI, M., “Il “collasso” del sistema degli appalti nella prima fase dell’emergenza sanitaria”, *Istituzioni del Federalismo*, n. especial, 2020, pp. 77-88, p. 77.

¹⁷ DÍEZ SASTRE, S., “¿Cambiará la pandemia el Derecho de la contratación pública?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2021, pp. 257-272, p. 262..

¹⁸ Esta idea aparece de forma repetida na literatura recente a nivel internacional; sirvan de mostra os seguintes exemplos: GARRARD, G., *The Return of the State. And Why it is Essential for our Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, Cornwall, 2022; MINERVINI, V., “Il ritorno dell’ Stato salvatore. Nuovi paradigmi (post Covid) nel rapporto fra Stato e mercato?”, *Mercato concorrenza regole*, n. 3, 2022, pp. 471-506; WAN-JU HUNG, J.L., “What brings the state back in? An examination of contracting reversal”, *International Journal of Public Sector Management*, n. 35(4), 2022; JHA, H., “Interrogating the resurgence of administrative state: ideas and state capacity”, *International Journal of Public Sector Management*, n. 35(4), 2022; ALLEN, P., KONZELMANN, S.J. e TOPOROWSKI, J., *The Return of the State. Restructuring Britain for the Common Good*, Agenda Publishing, Croydon, 2021.

¹⁹ Ao respecto, as propostas de GIMENO FELIÚ, J.M.^a, “El necesario *big bang* en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”, *Revista General de Derecho Administrativo*,

nos que se poida considerar axeitado empregar técnicas alternativas á contratación pública. Non cabe falar aquí dunha “fuxida da contratación pública”²⁰, na medida en que estas técnicas alternativas non serven para evadir a aplicación do Dereito administrativo. Só podería considerarse fuxida se se entendese que a contratación pública é sempre o mellor xeito de proveerse de bens e servizos no mercado, cuestión que se expón nesta investigación.

No contexto descrito, o traballo que segue a continuación toma como punto de referencia o Dereito da contratación pública que a Unión Europea ditou para os Estados membros, así como o Dereito español na materia. Dáse conta, en primeiro lugar, da europeización e expansión da contratación pública (2), a través da funcionalización dos conceptos empregados nas normas europeas e interpretados polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE) e da progresiva limitación da liberdade dos Estados membros para decidir licitar ou non. Seguidamente analízase a pregunta que dá título a esta investigación: e se licitar non sempre fose a fórmula máis eficiente? (3). Para respondela, expónse o xogo de compensación de custos e beneficios que se produce na licitación e dáse conta dos presupostos económicos fundamentais sobre os que se apoia a eficiencia dos procedementos de adxudicación de contratos públicos. Neste punto alúdese a documentos e doutrina internacional, máis alá do contexto europeo e español. Tras a xustificación da existencia de escenarios e situacións nas que a licitación non sempre é necesariamente a mellor opción, analízanse as fórmulas alternativas á contratación pública (4). Neste punto vólvese especialmente á referencia do Dereito da Unión Europea para expor as excepcións á licitación que se recoñeceron progresivamente na xurisprudencia do TXUE e nas directivas, así como ás fórmulas non contractuais. O traballo péchase cunhas breves conclusións (5).

2 Europeización do concepto de contrato público

O Dereito de contratación pública consagrado nas directivas e a xurisprudencia europeas configurouse a partir dos postulados económicos que se expuxeron na proposta. A partir das Directivas de 2004 (Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE), tivo lugar un proceso de progresiva expansión das regras de contratación pública que, en gran medida, se realizou grazas á interpretación do concepto de contrato público polo TXUE. As regras de adxudicación de contratos públicos, que permitían seleccionar a mellor oferta dispoñible no mercado, asegurando igualdade, concorrència e transparencia, debían estenderse a todos os supostos de adquisición de prestacións. O concepto de contrato público despozábase, así, de elementos esenciais nas tradicións xurídicas nacionais, como pode ser a existencia de acordo de vontades entre dúas partes autónomas. Operábase, deste modo, unha funcionalización do concepto de contrato. Este proceso pode explicarse, en parte, pola limitada competencia da Unión Europea neste ámbito, que se liga fundamentalmente á realización do mercado interior (art.

n. 59, 2022.

²⁰ Aparece a expresión de forma temperán en GIMENO FELIÚ, J.M.ª, “La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, n. 151, 2000, pp. 425-439, p. 425.

114 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea), e que lle impide, en principio, inmiscirse no ámbito de organización interna dos Estados membros. O resultado é unha perda de espazo por parte dos Estados membros para definir fórmulas alternativas á contratación pública e de limitación indirecta da súa liberdade para decidir acudir ou non ao mercado.

2.1 Funcionalización do concepto de contrato público

O TXUE afirmou en distintas ocasións o deber de interpretar en clave funcional os conceptos empregados nas regras europeas de contratación pública²¹. Deste modo, concentra o poder para determinar o alcance do Dereito europeo e asegura o seu efecto útil. O concepto de contrato público desenvolveuse nos últimos anos arredor de catro notas esenciais, que están ligadas ás partes do contrato (ámbito subxectivo), o obxecto do contrato (ámbito obxectivo), a existencia de onerosidade e de selectividade. A última destas notas identificouse nunha xurisprudencia moi recente, así que pode considerarse que aínda está nunha fase de configuración, especialmente nos ordenamentos xurídicos dos Estados membros. A continuación, expóñense de forma breve estes elementos que conforman os contratos públicos no Dereito europeo e que se apoian na definición contida nas directivas²².

En primeiro lugar, a configuración do ámbito subxectivo de aplicación das normas sobre contratación pública apóiase nunha definición funcional do concepto de entidade adxudicadora. Se convivimos en que a Administración dos Estados membros é a destinataria do Dereito europeo dos contratos públicos, trátase dunha Administración con distintas formas de personificación (públicas ou privadas) que non se define en clave orgánica senón funcional: non importa a súa integración subxectiva na Administración, entendida en sentido estrito, nin tampouco a realización de funcións tipicamente administrativas. O relevante é que se poida considerar un poder adxudicador de carácter público que intervéñe no mercado e que, dada a súa condición, pode ocasionar potenciais distorsións da competencia entre os operadores económicos. Todas as administracións territoriais e os organismos de Dereito público serán, así, poderes adxudicadores.

O concepto tradicional de Administración queda desbordado, na medida en que tamén os organismos de Dereito público –definidos polas propias normas europeas– son poderes adxudicadores. Con independencia da forma xurídica de personificación, na medida en que unha entidade se crea especificamente para satisfacer necesidades de interese xeral que non teñan carácter mercantil ou industrial e que está estreitamente vinculada a outros poderes adxudicadores a través do financiamento ou da composición dos órganos de supervisión, vixilancia ou control, será un suxeito

²¹ Entre outras: STXUE do 20 de setembro de 1988, C-31/87, *Beentjes/Estado neerlandés*; STXUE do 10 de novembro de 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden/BFI Holding*; STXUE do 17 de decembro de 1998, C-353/96, *Comisión/Irlanda*; e STXUE do 13 de decembro de 2007, C-337/06, *Bayerischer Rundfunk e outros*

²² Sirva de referencia a definición do artigo 2.1 (5) Directiva 2014/24/UE: "Contratos públicos": os contratos onerosos formalizados por escrito entre un ou varios operadores económicos e un ou varios poderes adxudicadores, cuxo obxecto sexa a execución de obras, a subministración de produtos ou a prestación de servizos".

sometido á aplicación das normas “públicas” de contratación²³. O Dereito europeo de contratación supera, así, a distinción tradicional entre público e privado propia dos dereitos nacionais dos Estados membros. Deste xeito, desincentiva a fuxida a formas de organización de Dereito privado, posto que o grao de sometemento ás normas de contratación é igual para todos os entes que posúen a condición de poder adxudicador²⁴.

Xunto á definición da entidade contratante, hai que atender a contraparte, que participa nas licitacións e pode lograr a adxudicación do contrato. Para referirse a ela, emprégase o concepto de operador económico. A interpretación deste concepto é moi ampla co fin de garantir a participación de todos os posibles interesados nunha licitación²⁵. Non se quere perder a oportunidade de atopar a mellor oferta dispoñible no mercado simplemente por ter definido de forma estreita os contornos de quen pode ser ou non operador económico. Por esa razón, entende o TXUE que un operador económico non ten por que perseguir beneficio económico coa súa actividade ou ter como finalidade prioritaria a obtención de lucro²⁶. Tampouco ten que dispor de estrutura empresarial, nin debe ter unha presenza regular no mercado. Ademais, o operador económico non ten por que ser capaz de executar a prestación cos seus propios recursos, basta con que estea en condicións de realizala ofrecendo suficientes garantías para iso²⁷. E non importa que a entidade sexa pública ou privada e que estea financiada con fondos públicos. Isto último significa que a relación entre dúas entidades públicas non queda excluída do concepto de contrato público de forma automática²⁸; o que supón que as formas de colaboración interadministrativa poden considerarse contratos públicos. Así mesmo, pode haber contrato público entre unha entidade contratante e unha entidade sen ánimo de lucro²⁹. En todos estes casos, en principio, debería licitarse a adxudicación destes contratos.

O ámbito obxectivo dos contratos públicos defínese, tamén, de forma ampla: obras, servizos e subministracións. Ademais, a partir da Directiva 2014/23/UE inclúese unha regulación propia para as concesións de obras e de servizos. A amplitude do obxecto dos contratos e concesións modérase, non obstante, co recoñecemento

²³ Art. 2.1 apdos. 1-4 Directiva 2014/24/UE. Entre outras, STXUE do 15 de xaneiro de 1998, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e Strohal Rotationsdruck GesmbH*; STXUE do 10 de novembro de 1998, C- 360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden e BFI Holding BV*; STXUE do 12 de decembro de 2002, C-470/99, *Universale-Bau AG e outros e Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*; STXUE do 16 de outubro de 2003, C-283/00, *Comisión das Comunidades Europeas e Reino de España*; STXUE do 27 de febreiro de 2003, C-373/00, *Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH*; STXUE do 22 de maio de 2003, C-18/01, *Arkkitehtuutoimisto Riitta Korhonen e outros e Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa e outros*. DíEZ SASTRE, S., “Formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos en el mercado interior europeo”, Gimeno Feliú, J.M.³ (dir.), Bernal Blay, M.Á. (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 55-82, p. 59.

²⁴ CHINCHILLA MARÍN, C., “El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 200, 2016, pp. 361-383; GARCÍA-ANDRADE, J., “¿Huida o expansión del derecho administrativo?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 209, 2020, pp. 139-170, p. 170.

²⁵ STXUE do 19 de maio de 2009, C-538/07, *Assitur*.

²⁶ STXUE do 23 de decembro de 2009, C-305/08, *CoNISMa*

²⁷ STXUE do 12 de xuño de 2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti e outros*.

²⁸ Entre outras, STXUE do 18 de xaneiro de 2007, C-220/05, *Jean Aroux e outros*.

²⁹ STXUE do 29 de novembro de 2007, C-119/06, *Comisión c. Italia*; STXUE do 11 de decembro de 2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino” e outros*.

de exclusións. Así sucede en atención a determinadas prestacións que presentan características que fan pouco idónea a licitación: péñese, por exemplo, en servizos de arbitraje ou conciliación ou no exercicio de funcións públicas. Tamén nesa liña se dá un tratamento especial, con regras flexibles de adxudicación, en determinados servizos que teñen un especial arraigamento nacional, como é o caso dos servizos sociais³⁰. Así mesmo, como exclusións á licitación, aparecen determinados contratos entre entidades do sector público, na medida en que se cumpran unha serie de condicións³¹ –sobre esta cuestión vólvese máis adiante ao falar das fórmulas alternativas á contratación–.

O seguinte elemento que debe concorrer para considerar que existe un contrato público é onerosidade. A xurisprudencia do TXUE reiterou que existe contrato público, aínda que a contraprestación consista unicamente no reembolso dos gastos en que se incorreu para realizar o obxecto do contrato³². O mesmo sucede co reembolso de custos, que tampouco impide entender que se estea ante un contrato público, mesmo cando os custos cobren unha parte dos custos xerais de funcionamento³³. Isto significa que a colaboración entre entidades públicas na que só se reembolsen os custos pode considerarse teoricamente como un contrato público. E o mesmo sucedería coa colaboración con entidades sen ánimo de lucro, por exemplo.

Por último, para que exista un contrato público en clave europea, debe existir selectividade. Isto significa que o poder adxudicador elixe un ou varios operadores económicos fronte a outros. O contrato beneficia unhas partes definidas claramente. Dito doutro xeito, o contratista ou os contratistas terán exclusividade con respecto a outros posibles operadores económicos que resultaron preteridos na licitación. Por esa razón, cando non se dá a nota definitoria da selectividade, non hai contrato público conforme o Dereito europeo e non é necesario aplicar as regras e principios que se consagran nas directivas de contratación pública. A elección dun adxudicatario considérase, deste xeito, un elemento intrinsecamente ligado ao concepto de contrato público³⁴. Máis adiante, en relación coas fórmulas alternativas á contratación, volve-rase sobre esta exigencia de selectividade. O relevante neste momento da exposición é constatar como a funcionalización do concepto de contrato público a través dos seus elementos estende a lóxica da licitación como regra xeral a ámbitos que previamente se explicaran noutras claves, como, por exemplo, a autoorganización e colaboración administrativa ou a colaboración co terceiro sector. Todo iso conduce a unha limitación da liberdade para decidir contratar ou non, como se analiza seguidamente.

³⁰ As exclusións recóllense nos arts. 7 e ss. Directiva 2014/24/UE.

³¹ Art. 12 Directiva 2014/24/UE.

³² STXUE do 28 de xaneiro de 2016, C-50/14, *CASTA and others*.

³³ STXUE do 19 de decembro de 2012, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e outros*.

³⁴ STXUE do 2 de xuño de 2016, C-410/14, *Falk Pharma*; e STXUE do 1 de marzo de 2018, C-9/17, *Tirkkonen*. DÍEZ SASTRE, S., "La acción concertada como nueva forma de gestión de los servicios sanitarios", Agulló Agüero, A. (dir.), Marco Peñas, E. (coord.), *Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 231-261, p. 26.

2.2 Liberdade dos Estados membros para contratar

A ampliación do concepto de contrato público leva consigo automaticamente unha extensión do deber de licitar, con independencia de que, nun momento posterior, se recoñezan excepcións a esa obriga. Isto significa que o Dereito europeo adopta unha posición de partida proclive á contratación pública. No contexto da Unión Europea enténdese que as regras de funcionamento do mercado aseguran un eficaz abastecemento de bens e servizos aos entes públicos. Trátase dun axioma económico que se plasma xuridicamente. Por esa razón, non hai que xustificar o emprego de procedementos de contratación pública, que se presumen sempre eficaces e axustados ás regras europeas. Cómpre motivar, iso si, a provisión de bens e servizos de forma alternativa á licitación. De ningún xeito se entende que poden existir fórmulas que, en casos concretos, poidan ser máis eficientes que abrir un procedemento de licitación apoiado na concorrència competitiva de varios operadores económicos. Esta consideración da licitación como regra xeral cuxas excepcións deben motivarse é compartida por outros ordenamentos xurídicos³⁵.

A lectura das directivas de contratación pública podería levar a unha conclusión distinta. Sempre afirman a liberdade dos Estados membros para elixir se unha necesidade se satisfai mediante o recurso ao mercado ou a través doutras fórmulas. Fálase, así, de liberdade de administración dos Estados membros. Por exemplo, a Directiva 2014/24/UE relativa aos contratos públicos afirma nos seus considerandos:

«(5) Debe recordarse que ningunha disposición desta directiva obriga os Estados membros a subcontratar ou a externalizar a prestación de servizos que desexen prestar eles mesmos ou a organizalos doutro xeito que non sexa mediante contratos públicos no sentido desta directiva (...)»³⁶.

A doutrina tamén entendeu tradicionalmente que os Estados membros gozaban desa liberdade³⁷. Non obstante, esa cautela explícase pola ausencia dun título competencial suficiente que puidese conducir á solución contraria. A Unión Europea non pode obrigar os Estados membros a contratar, pero a súa regulación da contratación pública xera claros incentivos para facelo. O feito de que o concepto de contrato se amplíe a actuacións tradicionalmente consideradas parte do Dereito de organización interna dos Estados membros é unha boa mostra diso. Cando un convenio de colaboración interadministrativa se considera un contrato público, a regra xeral será a licitación e deberán concorrer circunstancias específicas que xustifiquen a excepción ao procedemento competitivo para a súa adxudicación. Pode entenderse entón que

³⁵ No caso de Chile, VALDIVIA, J.M., *Manual de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 302.

³⁶ Na mesma liña, o artigo 2.1 *in fine* Directiva 2014/23/UE e o Considerando 7 Directiva 2014/25/UE.

³⁷ Así, entre outros, WILLIAMS, R., "Modernising the EU Public Procurement regime. A summary of the key changes to the public sector", *Public Procurement Law Review*, n. 3, 2014, NA79-83, NA 3. En España, REBOLLO PUIG, M., "Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", *Revista de Administración Pública*, n. 161, 2003, pp. 359-393, p. 379: "La Administración no está obligada a contratar nada que pueda hacer ella misma mediante sus propios medios materiales y personales y, naturalmente, tiene el derecho de proveerse de esos medios para hacer por sí misma lo que deba hacer"; GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., "Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación", *Revista de Administración Pública*, n. 173, 2007, pp. 217-237, p. 220.

o Dereito europeo empurra indirectamente ao mercado, na medida en que estende o concepto de contrato a fórmulas de organización interna da Administración e a todo tipo de colaboración público-privada para a realización de prestacións públicas –por exemplo, convenios con entidades sen ánimo de lucro do terceiro sector– e somete a todas elas a un severo test de compatibilidade co mercado interior³⁸.

No caso de España, esta situación acentúase na medida en que o lexislador manifestou a súa opción favorable á contratación pública fronte a outras alternativas. É o caso da utilización de entidades instrumentais que poidan satisfacer as súas necesidades de adquisición de bens ou servizos. Nese sentido, no ámbito da Administración xeral do Estado, afírmase que as entidades do sector público institucional –normalmente coa forma de sociedades mercantís públicas– poderán ser medio propio (entidade *in-house*) e recibir directamente encargos sen necesidade de licitar cando teñan medios suficientes e idóneos para realizar prestacións no seu sector de actividade e se dea unha de dúas circunstancias: “a) Sexa unha opción máis eficiente que a contratación pública e resulta sostible e eficaz, aplicando criterios de rendibilidade económica. b) Resulte necesario por razóns de seguridade pública ou de urxencia na necesidade de dispor dos bens ou servizos subministrados polo medio propio ou servizo técnico” (art. 86.2 Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, LRXSP)³⁹. Elixir non contratar e utilizar os propios medios debe xustificarse en termos de eficiencia, cousa que non se exige para adoptar a decisión oposta: acudir ao mercado. Esta situación abre a pregunta arredor da corrección da premisa na que se apoian estas normas: e se licitar non sempre fose a fórmula máis eficiente?

3 E se licitar non sempre fose a fórmula máis eficiente?

3.1 Custos e beneficios de licitar

Os procedementos de licitación implican elevados custos de transacción para as organizacións públicas en termos de tempo e de recursos persoais e materiais⁴⁰. Tamén lles imponen cargas aos operadores económicos participantes, que deben asumir os custos de preparación e participación nos procedementos, de modo que a eficacia da licitación está ligada á obtención de beneficios na adquisición de bens e servizos que compensen eses custos⁴¹. Esas vantaxes poden ter carácter exclusivamente económico –obtense unha prestación de maior calidade a mellor prezo– ou estar ligadas a unha

³⁸ DÍEZ SASTRE, S., “Formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos en el mercado interior europeo”, cit., p. 63.

³⁹ DÍEZ SASTRE, S., “¿Se debe aplicar el artículo 86 LRJSP a los medios propios locales?”, *Blog de idluam.org*, 9 de enero de 2019; TEJEDOR BIELSA, J., “De medios propios, encargos y mayor eficiencia de la contratación pública”, *Blog de espublico.es*, 29 de agosto de 2022.

⁴⁰ Ao respecto, sobre as colaboracións público-privadas, en detalle, GAGO DE SANTOS, P., *Colaboraciones público-privadas: procedimientos para minimizar sus costes de transacción*, Tese de doutoramento, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2014, p. 198.

⁴¹ SAFAR DÍAZ, M.S., *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano. Hacia un mecanismo eficiente y transparente*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

mellor satisfacción do interese xeral vinculado ao contrato –por exemplo, obtense un servizo ou prestación innovadores que non estaban previamente dispoñibles no mercado–. En calquera caso, é relevante que o procedemento de licitación produza beneficios para as entidades contratantes do sector público e, en última instancia, para os cidadáns. Para iso, a licitación debe configurarse baseándose en criterios que permitan, en primeiro lugar, seleccionar licitadores con solvencia económica e técnica idónea para executar o contrato, e, en segundo lugar, comparar as ofertas presentadas en atención a criterios ligados ao obxecto do contrato que non se apoién unicamente no prezo e atendan a diversos criterios relacionados co obxecto do contrato. Só dese modo se conseguirá asinar un “bo contrato”⁴², no sentido de que exprese o acordo das partes, prevexa as posibles eventualidades que xurdan na execución e estableza as condicións para resolvelas, logrando, ademais, un *good value for money*⁴³.

En España, algúns dos datos ofrecidos pola Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación Pública (OIReScon) son de grande utilidade para analizar o impacto económico das licitacións. É o caso da estatística relativa á redución obtida no prezo de adxudicación respecto ao orzamento base de licitación na actividade contractual de 2022⁴⁴. No conxunto de todos os tipos de procedementos de adxudicación contidos no ordenamento xurídico obtense unha baixada media do prezo de adxudicación do 11,01 % con respecto ao orzamento base de licitación fixado polo ente contratante ao abrir o procedemento (1,2 puntos porcentuais menos que no ano anterior). A maior vantaxe económica conséguese nos procedementos restrinxidos tramitados no nivel das comunidades autónomas (17,64 %) –nos que se invita a participar un número limitado de operadores económicos (arts. 160–165 LCSP)–, así como nos procedementos abertos simplificados en todos os niveis territoriais (13,99 %) –procedementos aos que pode concorrer calquera empresario que se tramitan de forma especialmente áxil (art. 159 LCSP)–⁴⁵. Curiosamente, nos procedementos negociados non se conseguen baixas relevantes, a pesar de que, en teoría, a negociación debería favorecer precisamente a obtención dunhas mellores condicións para a entidade contratante, en particular en contratos complexos⁴⁶. Se as cifras se analizan desde o punto de vista do obxecto do contrato, as maiores vantaxes económicas lógranse nos contratos de concesión de obras (12,48 %), seguidas das concesións de servizos (13,68 %), os contratos de servizos (12,73 %) e os contratos de obras (10,32 %).

⁴² SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 120 e ss.

⁴³ DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL MARKET, INDUSTRY, ENTREPRENEURSHIP AND SMEs, European Commission, *Study on the measurement of cross-border penetration in the EU public procurement market, Final Report*, cit., p. 16.

⁴⁴ OFICINA INDEPENDENTE DE REGULACIÓN E SUPERVISIÓN DA CONTRATACIÓN, *Informe Anual de Supervisión 2023. Módulo I. Las cifras de la contratación pública en 2022*, pp. 114 e ss. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2023/ias2023-modulo1.pdf>.

⁴⁵ Non se teñen en conta as baixadas logradas nos contratos específicos asinados no marco de Sistemas Dinámicos de Adquisición, que teñen unha media do 32 %, polas especiais características desta forma de racionalización da contratación e pola limitación do tipo de prestacións que se poden adquirir por esta vía.

⁴⁶ SAFAR DÍAZ, M.S., *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano. Hacia un mecanismo eficiente y transparente*, cit.

Dos datos dispoñibles pode deducirse que nos contratos de prestacións complexas ou en contratos cun importe elevado é máis doado constatar os beneficios dos procedementos de licitación. Non obstante, esas vantaxes son difíciles de cuantificar e certificar cando se trata de procedementos de licitación de contratos de menor contía e ligados a bens e servizos habituais no mercado. As cargas burocráticas poden ser nestes casos excesivas para os beneficios que se poden obter nestes procedementos, o que pode conducir á súa inaplicación en determinados supostos⁴⁷. En España, o lexislador é consciente desta situación e, por esa razón, existen limiares *de minimis* que permiten a adxudicación directa –os denominados «contratos menores» (art. 118 Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público)–. Nesa mesma liña, en 2017 introducíronse fórmulas simplificadas para determinados contratos caracterizados polo seu valor estimado e os criterios de adxudicación empregados, co fin de axilizar a contratación (art. 159 LCSP). Malia iso, é certo que un importante volume de irregularidades e problemas na contratación se sitúan nos contratos de contía media e baixa, máis que nos contratos máis complexos e de maior contía. E as maiores vantaxes económicas e a existencia de competencia real –participación de máis dun licitador– prodúcense nos contratos máis importantes.

Esta información é fundamental para que os entes do sector público tomen conciencia de que procedementos son menos competitivos. Dese xeito, poden elixir os procedementos máis axeitados ás circunstancias dos contratos que deben licitar⁴⁸. Agora ben, estes datos tamén poñen sobre a pista de que, quizais, a contratación pública non é sempre necesariamente a vía máis eficiente para proverse de bens e servizos necesarios para exercer as competencias e funcións públicas. De feito, non parece existir evidencia clara nos estudos empíricos da súa eficiencia⁴⁹. Do mesmo modo que non todos os procedementos de licitación de contratos públicos se adaptan de igual forma a todos os contratos, é posible que os procedementos de licitación de contratos públicos non sempre sexan a ferramenta idónea para proverse de todo tipo de bens e servizos ou para lograr a consecución dos fins públicos.

Así se puxo de manifesto por parte da doutrina ao analizar as distintas formas de xestión, directa e indirecta (mediante contratos públicos), dos servizos públicos tanto no contexto europeo como no norteamericano. A natureza da prestación, a estrutura do mercado, o tipo de suxeito co que se quere contratar (ente público, entidade privada, con ou sen ánimo de lucro) ou a capacidade técnica da Administración implicada son factores que poden afectar á toma desta decisión, que está guiada por factores conxunturais máis que ideolóxicos ou políticos⁵⁰. En efecto, outra parte da

⁴⁷ PINHEIRO MARTINS, F. e ROMANO MORILAS, L., "Unsuccessful public procurement: why so many electronic bidding does fail?", *Conference paper*, 13-14 setembro 2017, Curitiba, Brasil. Acceso web: www.researchgate.net, p. 3.

⁴⁸ Nese sentido, a COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E DA COMPETENCIA (España), *E/CNMC/004/18 Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, 7 de febreiro de 2019, p. 5.

⁴⁹ QIAN, J., LU, J. e ZHAO, J., "A replication of exploring an explaining contracting out: Patterns among the American states", cit., p. 14.

⁵⁰ Así, entre outros: FERRIS, J. e GRADY, E., "Contracting out: For What? With Whom?", *Public Administration Review*, n. 46, 1986, pp. 332-344; BEL I QUERALT, G. e ESTRUCH MANJÓN, A., "La gestión de los servicios públicos locales: ¿por qué se privatizan los servicios públicos locales y qué efectos tiene la privatización?" *Anuario de Derecho Municipal*, n. 5, 2012, pp. 193-205; SAVVIDES, D.S., "Public vs Private Waste Management: Is It a Matter of Privatisation or Effective Public Manage-

doutrina sostén que a optimización da competencia é o mellor xeito de conseguir unha adquisición de bens e servizos eficiente, que pode, mesmo, por si mesma promover fins estratéxicos como a innovación ou a sostibilidade⁵¹. Pero a eficiencia da licitación de contratos públicos apóiase nunha serie de presupostos económicos que non sempre concorren na realidade, ben porque o mercado non sempre funciona de forma óptima, ben porque existen outros valores e fins vinculados ao interese xeral que se satisfán mellor con outras técnicas xurídicas. Ademais, as vantaxes da contratación parecen tender a reducirse co tempo, unha vez que se obteñen os beneficios derivados de externalizar a produción da prestación requirida⁵².

3.2 Condicións que aseguran a eficiencia dos procedementos de licitación

O Dereito da contratación pública –en particular, o Dereito europeo– deu forma xuridicamente a unha serie de principios de carácter económico co fin de asegurar que os Estados non distorcen o bo funcionamento do mercado ao demandar bens e servizos no mercado. A contratación pública configúrase, deste xeito, como un sector regulado de forma estrita polo Dereito⁵³ que pivota arredor do paradigma da competencia no mercado. Enténdese que, se mellora a competencia, mellorará tamén a eficiencia⁵⁴. En España, a Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia expresa esta premisa de forma moi clara⁵⁵:

«A competencia entre os licitadores incentívaos a axustar o prezo das súas ofertas, a aumentar a calidade ofrecida de bens e servizos e a presentar maior variedade de ofertas. Optimiza o uso dos fondos públicos e beneficia tanto a Administración contratante como os cidadáns. Por outra banda, unhas condicións de competencia deficientes poden derivar nun innecesario desaproveitamento de recursos públicos, sempre escasos e custosos, nun incremento do risco de colusión entre empresas e mesmo, nos casos máis extremos, en problemas de corrupción».

ment?», *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 2, 2018, pp. 156-168; recentemente, en España, REYNAERS, A.-M., NAVARRO, C., GONZÁLEZ MEDINA, M. e RAMA, J., *La externalización de servicios públicos a nivel local. Experiencias, competencias y desafíos de la gestión de los contratos*, INAP, Madrid, 2021, pp. 42, pp. 147 e ss.; en relación con Estados Unidos, QIAN, J., LU, J. e ZHAO, J., "A replication of exploring an explaining contracting out: Patterns among the American states", cit., pp. 1-22.

⁵¹ Nesta liña, por todos, SÁNCHEZ GRAELLS, A., "Truly Competitive Public Procurement as a "Europe 2020" Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?», *European Public Law*, n. 2, 2016, pp. 377-394. En relación con esta proposta teórica, en Colombia, BARRETO, S., "Repensar el derecho de la contratación estatal desde la competencia", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 15, 2016, pp. 297-304.

⁵² QIAN, J., LU, J. e ZHAO, J., "A replication of exploring an explaining contracting out: Patterns among the American states", cit., p. 10.

⁵³ BALÁZS RIGÓ, C. e KUGLER, T., "Single Bidder Procurement", *European Procurement & Private Partnership Law Review*, n. 2, 2021, pp. 99-109, p. 100.

⁵⁴ En España, COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E DA COMPETENCIA (España), *G-2019-02 Guía sobre contratación pública y competencia. Fase 1: La planificación de la contratación pública*, 16 de decembro de 2020, p. 4. Para Colombia, SAFAR DÍAZ, M.S., *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano. Hacia un mecanismo eficiente y transparente*, cit.

⁵⁵ COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E DA COMPETENCIA (España), *E/CNMC/004/18 Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, 7 de febreiro de 2019, p. 6.

Esta xuridificación da contratación pública conduciu a unha maior formalización e, polo tanto, a un mellor control desta parte da actividade pública. Non obstante, ten como presuposto a concorrencia de múltiples factores que condicionan o bo funcionamento dos procedementos de adxudicación⁵⁶. Trátase de condicións vinculadas tanto á competencia existente no mercado como á capacidade da entidade contratante de planificar, deseñar e tramitar axeitadamente a licitación. Na medida en que eses requirimentos non concorran, é posible que a contratación pública non sexa sempre a mellor opción. De feito, neste ámbito de actividade pública prodúcese un elevado volume de incumprimentos de determinadas normas que, sen conducir á invalidez das actuacións públicas, pon de manifesto o desaxuste entre a realidade e o Dereito⁵⁷. É posible que nalgúns casos sexa necesario mellorar esas circunstancias para potenciar a eficiencia da contratación pública. Pero haberá outros supostos nos que, quizais, non sexa posible ou desexable alterar esas circunstancias e onde outras fórmulas alternativas á contratación pública poidan ser máis eficientes.

Nesta liña, axiña se analizan algúns dos presupostos sobre os que se apoia o Dereito da contratación pública para asegurar unha compra eficiente. Para iso, tomáronse como referencia algúns dos parámetros que aparecen no “cadro de indicadores do mercado único” (*Single Market Scoreboard*) que anualmente publica a Comisión Europea para medir o bo funcionamento do mercado interior en relación cos contratos sometidos ao Dereito europeo⁵⁸. No ámbito da contratación pública, a Comisión proxecta 12 indicadores sobre os Estados membros: (1) licitador único (en procedementos abertos á competencia); (2) adxudicación directa; (3) publicación de contratos a nivel europeo en atención ao PIB; (4) compra conxunta; (5) adxudicación por prezo; (6) axilidade na adxudicación; (7) adxudicación a pemes; (8) presentación de ofertas por pemes; (9) división en lotes; (10) licitacións con condicións descoñecidas; (11) número de rexistro do contratista descoñecido; (12) número de rexistro do ente contratante descoñecido. Algúns destes criterios relaciónanse directamente co bo funcionamento do mercado interior, de acordo cos obxectivos das normas europeas, e non necesariamente coa eficiencia das compras públicas –é o caso dos indicadores (3), (4), (5), (7), (8), (9)–. Non obstante, outros encaixan perfectamente cos presupostos económicos da eficiencia dos contratos públicos. É o caso dos indicadores relativos ao licitador único, a adxudicación directa, a axilidade na adxudicación, así como as licitacións con condicións descoñecidas ou a ausencia de datos de rexistro do comprador ou do contratista. A continuación, incorpóranse na análise dos seguintes presupostos dos procedementos de adxudicación de contratos públicos: planificación e bo deseño do contrato, existencia de oferta plural e selectividade.

⁵⁶ BALÁZS RIGÓ, C. e KUGLER, T., “Single Bidder Procurement”, cit., p. 100.

⁵⁷ DÍEZ SASTRE, S., “¿Cambiará la pandemia el Derecho de la contratación pública?”, cit., p. 260.

⁵⁸ O cadro está accesible na web: https://single-market-scoreboard.ec.europa.eu/_en (última consulta: 6 de novembro de 2023). Críticos co carácter parcial dos datos e a estatística analizada pola Comisión Europea: BALÁZS RIGÓ, C. e KUGLER, T., “Single Bidder Procurement”, cit., pp. 99 e ss.

3.2.1 Planificación e bo deseño do contrato

O bo funcionamento dos procedementos de licitación de contratos públicos está especialmente vinculado á súa planificación. En España, a lexislación vixente prevé a elaboración dun plan de contratación polas entidades do sector público que deben publicar anual ou plurianualmente (art. 28.4 LCSP). Non obstante, esta previsión non é moi eficaz na práctica pola súa vaguidade na descrición do deber de planificación e o seu carácter parcial con respecto ao conxunto da contratación dos entes públicos. Na práctica, é habitual que as entidades públicas non reflexionasen sobre cales son as necesidades estruturais que queren cubrir mediante contratos públicos, co fin de programar un calendario que lles permita preparar e licitar os contratos de forma óptima. A ausencia de previsión conduce en ocasións á extinción de contratos sen que se licitase o novo contrato, o que pode derivar na denominada “contratación irregular”: o contratista anterior continúa prestando os seus servizos sen un título xurídico que o ampare, cos problemas que iso presenta desde o punto de vista orzamentario e administrativo. Na mesma liña, hai que ter en conta que os órganos de contratación non só deben renovar os contratos xa asinados cando se extinguen, senón que tamén deben identificar novas necesidades⁵⁹. Sen unha adecuada planificación, non sempre contan con capacidade para atendela, destinando un tempo suficiente para confeccionar axeitadamente os documentos contractuais. Non se logra, así, unha adecuada priorización da estratexia de contratación do ente público que permita destinar de forma eficiente os recursos persoais e materiais dos que se dispón para facer fronte aos procedementos de licitación⁶⁰.

A planificación da contratación está directamente vinculada co bo deseño da documentación contractual. Os pregos contractuais son a peza clave para garantir unha axeitada selección do contratista e unha execución posterior do contrato libre de dificultades técnicas e xurídicas. Hai contratos que quedan desertos porque a entidade contratante non é quen de definir o contrato de forma atractiva para os operadores económicos que poderían executalo. Ten dificultades para coñecer as solucións que ofrece o mercado, así como para establecer o orzamento base de licitación atendendo aos custos reais nos que deberá incurrir o contratista, que, en ocasións, son moi cambiantes⁶¹ –así, por exemplo, na actualidade española eses cambios producíronse como consecuencia das modificacións no salario mínimo interprofesional ou da subida do prezo das materias primas e da enerxía–. Nese sentido, a pandemia puxo de manifesto as carencias de habilidades comerciais no sector público, o seu deficiente coñecemento do mercado e das cadeas de distribución⁶². Noutros casos, é posible que o contrato conteña previsións incompletas ou que non logre trasladar axeitadamente ao contratista cales son as necesidades que debe satisfacer a entidade

⁵⁹ SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, cit., p. 146.

⁶⁰ COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E DA COMPETENCIA (España), *G-2019-02 Guía sobre contratación pública y competencia. Fase 1: La planificación de la contratación pública*, cit., p. 21.

⁶¹ SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, cit., p. 122.

⁶² BLEETMAN, R. e METCALFE, A., *New Models of Public Procurement: a Tool for Sustainable Recovery*, Association of Chartered Certified Accountants (ACCA), Londres, novembro 2021; SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, cit., p. 147.

pública contratante⁶³. Tamén poden establecerse niveis de solvencia desproporcionados que deixen fóra posibles operadores económicos interesados. Todo iso pode afectar á atracción de licitadores interesados ou á articulación de criterios idóneos para comparar as distintas ofertas.

Para solucionar estes problemas, prevíronse ferramentas como as consultas preliminares de mercado (art. 115 LCSP)⁶⁴ e outras técnicas similares que permiten coñecer mellor o mercado antes de formalizar os procedementos de adxudicación⁶⁵. Agora ben, o perfil do persoal encargado de confeccionar a documentación contractual e a súa capacitación parece estar no núcleo do problema. Nalgúns países acúsase a falta de coñecementos xurídicos do persoal encargado das compras públicas ou o seu escaso grao de especialización⁶⁶. En España é habitual que o deseño da documentación contractual estea en mans de persoal con formación xurídica –en concreto, os denominados pregos de condicións administrativas particulares–, así como de persoal técnico –os chamados pregos de prescricións técnicas–. A tramitación do procedemento corresponde a xuristas, fundamentalmente. Esta circunstancia pode considerarse unha vantaxe fronte a outros sistemas nos que non están garantidos os coñecementos xurídicos das persoas encargadas da licitación⁶⁷. Porén, en ocasións, isto pode conducir a unha falta de coñecemento do mercado, que dificulte coñecer a oferta dispoñible no mercado e, en especial, os prezos aos que se realizan determinadas prestacións⁶⁸. Ademais, unha visión excesivamente xurídica do procedemento tamén pode desembocar nunha menor axilidade na súa tramitación. A iso hai que sumar as diferenzas que existen entre os distintos niveis territoriais. Mentres que a nivel estatal e rexional resulta máis doado contar con persoal especializado, no nivel local atópanse dificultades neste sentido⁶⁹. Non obstante, a complexidade dos procedementos é a mesma en todos os niveis territoriais.

Nesta situación, hai que ter en conta que o xiro estratéxico da contratación pública complica o deseño do contrato, xa que obriga a introducir criterios sociais, ambientais ou laborais. Na práctica, os órganos de contratación teñen dificultades para cumprir con estas exixencias que se afastan dos presupostos económicos que

⁶³ SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, cit., p. 120.

⁶⁴ Por todos: DE GUERRERO MANSO, C., “Las consultas preliminares del mercado, una herramienta para mejorar la eficiencia de la contratación pública”, Gimeno Feliú, J.M.ª (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1047-1071

⁶⁵ Para o caso de Perú: OECD, *Public Procurement in Peru: Reinforcing Capacity and Co-ordination*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, París, 2017.

⁶⁶ En relación cos países do Caribe: SHILLINGFORD MCKLON, S.J.-A. e SINCLAIR, S.G., “Small market-big money. Amalgamating the procurement market to transform small size into an economic advantage”, Piga, G. e Tátrai, T. (eds.), *Law and Economics of Public Procurement Reforms*, Routledge, Cornwall, 2018, pp. 31-60, p. 43; En relación con Costa Rica, OECD, *Towards a new vision for Costa Rica's Public Procurement System: Assessment of key challenges for the establishment of an action plan*, OECD Publishing, París, 2020, p. 54.

⁶⁷ É o caso de Brasil, PINHEIRO MARTINS, F. e ROMANO MORILAS, L., “Unsuccessful public procurement: why so many electronic bidding does fail?”, *Conference paper: 4th RME Research Conference*, 13-14 setembro 2017, Curitiba, Brazil. Acceso web: www.researchgate.net, p. 7.

⁶⁸ PINHEIRO MARTINS, F. e ROMANO MORILAS, L., “Unsuccessful public procurement: why so many electronic bidding does fail?”, cit., p. 6.

⁶⁹ Para México, OECD, *Contratación Pública en el Estado de México: Mejorando la Eficiencia y la Competencia*, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, OECD Publishing, París, 2021.

serviron de base para deseñar os procedementos de licitación. É difícil pór cifras a esta situación. En España, a OIREscon analizou unha mostra limitada de contratos (1.878) co fin de determinar como se articulan os criterios estratéxicos⁷⁰. Nas condicións de admisión apenas se introducen criterios estratéxicos –un 90,36 % dos casos analizados non introduce ningún–; nos criterios de adxudicación, a tendencia é similar –nun 82,43 % dos contratos non se incorpora ningún–. Algo distinto sucede nas condicións especiais de execución, xa que a lei exige a introdución de criterios estratéxicos (art. 202 LCSP), de maneira que si se incorporan no 86,21 % dos supostos analizados. Estes datos mostran que as condicións estratéxicas non se están a incorporar, en xeral, como un criterio que afecte á selección do contratista. A súa eficacia é relativa. Introdúcense como elementos para ter en conta na execución e, en moitas ocasións, refírense a mandatos que xa están impostos polo ordenamento xurídico⁷¹. Unha das razóns que poden explicar estas dificultades é a capacitación do persoal ao servizo das administracións públicas encargado de deseñar os documentos contractuais. Unha vez máis, neste ámbito as administracións estatais e rexionais tenden a ter máis facilidade neste aspecto que as administracións locais⁷². Ademais, en todos os casos, xorde o problema da medición do seu grao de cumprimento e do impacto que teñen, efectivamente, nos ámbitos nos que se proxectan. Non está claro que sexan medidas verdadeiramente eficaces e introducen certo trastorno nuns procedementos que estaban orientados a lograr sacar o maior rendemento ao gasto público (*value for money*).

3.2.2 Pluralidade de licitadores

O seguinte presuposto de eficiencia das licitacións públicas é a existencia de oferta plural. Sinalouse anteriormente que as regras de contratación pública lle impoñen aos participantes –tanto entidades contratantes como operadores económicos– os custos derivados da licitación pública, presupondo que dese xeito se alcanza un beneficio compensatorio ao identificar a mellor oferta dispoñible no mercado. Enténdese que a competencia axuda á mellor consecución do interese xeral, ao mesmo tempo que fomenta o bo funcionamento do mercado. Para funcionar, o sistema parece necesitar entón certo grao mínimo de competencia. Isto implica que exista unha oferta plural, isto é, que haxa suficiente número de operadores económicos no mercado que estean interesados en competir nas licitacións públicas.

De forma coherente con esta premisa, no contexto da Unión Europea, a Comisión considera no seu “Cadro de indicadores do mercado único” que a existencia dun único

⁷⁰ OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN E SUPERVISIÓN DA CONTRATACIÓN, *Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica 2020. Contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación*, marzo de 2022, pp. 51 e ss. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/informes-especiales-supervision/ies-contratacion-estrategica.pdf>.

⁷¹ *Ibidem*, p. 72.

⁷² FUENTES-BARGUES, J.L., BASTANTE-CECA, M.J., FERRER-GISBERT, P.D. e GONZÁLEZ-CRUZ, M.C., “Analysis of the Situation of Social Public Procurement of Works at the Valencian Region (Spain)”, *Sustainability*, n. 13, 2021, pp. 1-23, p. 19.

licitador pode ser un indicio de corrupción, sen atender a outro tipo de criterios⁷³. A ausencia de suficiente presión competitiva limita directamente a eficiencia da contratación pública. Este mesmo parámetro emprégase a nivel internacional. No caso de México, a OCDE apunta á pequena base de provedores como unha deficiencia do sistema. A media de ofertas recibidas en 2018 nunha mostra das licitacións tramitadas por COMPRAMEX foi de 2,4 en compra de bens, e de 1,7 en adquisición de servizos. Esta situación relaciónase, no caso do país norteamericano, coas barreiras que establece a lexislación interna para a participación de empresas estranxeiras⁷⁴. Tamén nos países do Caribe se detectou o mesmo tipo de disfunción no mercado das compras públicas⁷⁵. E en Colombia rexístrase unha alta porcentaxe de adxudicacións directas e procedementos cun escaso número de participantes⁷⁶.

En España, a información estatística que elabora a OIREscon pon de manifesto unha clara correlación entre o número de licitadores que concorreron aos procedementos de licitación e a existencia dunha redución económica no prezo de adxudicación con respecto ao orzamento base de licitación⁷⁷. En 2022 obtivéronse mellores prezos nos procedementos nos que se presentou un maior número de ofertas. Sendo isto así, chama a atención o elevado volume de contratos nos que unicamente correu un licitador –unha vez excluídos os procedementos negociados sen publicidade (art. 168 LCSP)–. En preto da metade das licitacións realizadas presentouse un único licitador. Ademais, desde 2019 existe unha tendencia á baixa na participación de licitadores nos procedementos de adxudicación⁷⁸. A Oficina achega, ademais, un dato fundamental no seu informe de 2022: “hai unha maior existencia dun único licitador en contratos de menor importe de adxudicación”⁷⁹.

Os datos expostos non poden facer esquecer que a participación dos operadores económicos nos procedementos de adxudicación se incrementa coa súa maior publicidade, transparencia e garantía da igualdade e concorrència⁸⁰, de maneira que é posible que a oferta diminúa nos casos en que os operadores económicos consideran que teñen menos posibilidade de competir en condicións de igualdade e transparencia. Agora ben, en determinados ámbitos xeográficos apenas hai oferta ou, polo menos, non hai unha oferta plural. Isto é o que sucede, por exemplo, en ámbitos rurais,

⁷³ De forma crítica ao respecto, BALÁZS RIGÓ, C. e KUGLER, T., “Single Bidder Procurement”, cit., p. 100.

⁷⁴ En referencia ao caso de México, OECD, *Contratación Pública en el Estado de México: Mejorando la Eficiencia y la Competencia*, cit.

⁷⁵ Para a zona do Caribe, SHILLINGFORD MCKLON, S.J.-A. e SINCLAIR, S.G., “Small market-big money. Amalgamating the procurement market to transform small size into an economic advantage”, cit., p. 44.

⁷⁶ OECD, *Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, París, 2016, pp. 71 e ss

⁷⁷ OFICINA INDEPENDENTE DE REGULACIÓN E SUPERVISIÓN DA CONTRATACIÓN, *Informe Anual de Supervisión 2023. Módulo I. Las cifras de la contratación pública en 2022*, cit., pp. 100 e ss. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/informe-anual-supervision-2023/ias2023-modulo1.pdf>.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 105.

⁷⁹ OFICINA INDEPENDENTE DE REGULACIÓN E SUPERVISIÓN DA CONTRATACIÓN, *Informe Anual de Supervisión 2022. Módulo I. Las cifras de la contratación pública en 2021*, p. 103. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/informe-anual-supervision-2022/ias2022-modulo1.pdf>.

⁸⁰ OECD, *Enhancing the Use of Competitive Tendering in Costa Rica's Public Procurement System: Streamlining the Exceptions and Redesigning the Threshold System*, OECD Publishing, París, 2019.

onde actúan administracións de pequeno tamaño, ou en ámbitos especialmente deprimidos⁸¹. Nestes casos, a entidade contratante está abocada a contratar co único operador económico que existe ou que está disposto a executar a prestación. Nestas circunstancias os entes públicos teñen moitas dificultades para optimizar o gasto público⁸². O mesmo ocorre con algunhas prestacións que só poden ser executadas por un número moi limitado de operadores ou mesmo por un só deles –é o caso, por exemplo, da existencia de patentes–. Tamén hai supostos nos que a prestación ten escasa entidade e os operadores económicos que puidesen estar interesados –normalmente pemes– teñen dificultades para participar nos procedementos de contratación pública. Así mesmo, cabe pensar en prestacións habituais no mercado que son ofertadas de forma homoxénea por múltiples operadores económicos, tanto en prezo como en condicións, nas que hai pouca marxe para obter os beneficios derivados dunha licitación.

Destas circunstancias, expostas sen ánimo de exhaustividade, cabe deducir que non en todos os casos a inexistencia dunha pluralidade de operadores económicos interesados ten que ver coa necesidade de optimizar o procedemento de licitación. Pode haber situacións en que as circunstancias conducen á inexistencia de oferta plural no mercado ou dunha competencia eficaz. En consecuencia, pode afirmarse que os procedementos de licitación non sempre son eficientes e que é posible pensar en fórmulas alternativas á contratación pública.

Nesta orde de ideas, non se poden perder de vista os efectos adversos que poden producir os procedementos de licitación na estrutura do mercado e no comportamento dos operadores económicos. As licitacións apóianse na inexistencia de prácticas anticompetitivas, como poden ser as prácticas colusorias. Malia isto, é posible atopar estudos na doutrina que demostran como as exixencias de transparencia das normas de contratación pública poden favorecer precisamente as prácticas colusorias tácitas entre os operadores económicos⁸³. Nesta mesma liña, o auxe da contratación pública ligado á mellora do denominado *value for money* –vinculado á suposta maior eficiencia do sector privado– pode ter outras contrapartidas negativas. Na literatura alértase da creación de operadores económicos dominantes, polo seu carácter estratéxico en determinados sectores, así como da aparición de entidades *too-big-to-fail*; e das dificultades para xestionar o mercado dos servizos públicos. Así mesmo, identifícouse o xurdimento de actores privados que pasan a ser algo máis que provedores do sector público, no sentido de que teñen unha ampla marxe de autonomía na xestión do público⁸⁴ –péñese, especialmente, no ámbito dos servizos dixitais–. Así pois, é importante analizar os procedementos de licitación e os seus efectos económicos para o sector público e o mercado desde todos os puntos de vista.

⁸¹ FERRIS, J. e GRADDY, E., "Contracting out: For What? With Whom?", cit., p. 337.

⁸² SHILLINGFORD MCKLON, S.J.-A. e SINCLAIR, S.G., "Small market-big money. Amalgamating the procurement market to transform small size into an economic advantage", cit., p. 44.

⁸³ ESTEVAN DE QUESADA, C., "Competition and Transparency in Public Procurement Markets", *Public Procurement Law Review*, n. 5, 2014, pp. 229-244, p. 230.

⁸⁴ Ao respecto, en relación co Reino Unido, en detalle, MEGGIT, B., "Partnering with Agents: How the Covid-19 Pandemic changed Relations between the UK Government and Public Service Contractors", cit., p. 245.

3.2.3 Selectividade

A competencia na que se apoian as regras de contratación pública está necesariamente ligada á existencia de selectividade ou exclusividade. Non en van, como se viu anteriormente, esta característica é unha das notas definitorias dos contratos públicos conforme a xurisprudencia do TXUE. Nas licitacións búscase a concorrencia de varios operadores económicos interesados co fin de elixir un deles –ou varios deles, no caso da división do contrato en lotes–. O resultado conduce á selección dun operador económico, que executará o contrato, fronte aos demais que quedarán excluídos do mercado ata que se abra de novo a posibilidade de competir cunha nova licitación. Precisamente a expulsión (temporal) do mercado dos competidores é un dos incentivos que produce a licitación e que parece estar na base da eficiencia das licitacións. Os operadores económicos tratarán de presentar a mellor oferta, apoiándose nos criterios de adxudicación, co fin de obter o contrato e mellorar a súa posición en relación cos seus competidores no mercado.

Agora ben, xunto aos beneficios desta selectividade para o bo funcionamento da contratación pública e do mercado, hai que ter en conta posibles efectos adversos. Nese sentido, destaca o custo de participación en procedementos de licitación cuxo resultado é incerto para os operadores económicos⁸⁵. Os operadores económicos interiorizan unha parte importante do custo de funcionamento do sistema de licitacións e só un ou algúns deles logran rendibilizalo. Tamén se pode pensar na expulsión do mercado dos licitadores preteridos durante o tempo de duración do contrato⁸⁶. Como se sinalou anteriormente, estes efectos poden conducir á concentración de empresas en determinados sectores nos que certos operadores económicos cheguen a ter carácter dominante. A desaparición da pluralidade de ofertas tería efectos perniciosos para a competencia. Así mesmo, habería que apuntar ao risco que asume a entidade pública contratante que pode sufrir os efectos de posibles incumprimentos do contratista seleccionado na execución do contrato, que repercuten de forma máis ou menos directa nos cidadáns, en atención ao tipo de prestación que era obxecto do contrato. A selectividade propia dos procedementos de licitación pública non sempre terá, polo tanto, efectos positivos para os operadores económicos e o ente contratante. Cabe pensar noutras fórmulas que poderían ser máis eficientes dependendo da estrutura do mercado e do tipo de prestacións requiridas polo sector público.

4 Alternativas á licitación

A exposición realizada nas páxinas anteriores cuestiona que sempre sexa mellor licitar fronte a outro tipo de técnicas xurídicas porque non parece que sempre resulte a fórmula máis eficiente desde un punto de vista económico. As circunstancias

⁸⁵ GABNER, M. e STRÖMER, J.M., "Mutiges Querdenken oder Abschied von der klassischen Subsumtion? — Der «Open-house» — Beschluss der OLG Düsseldorf vom 13. August 2014 – VII – Verg 13/14", *NZS*, n. 21, 2014, pp. 811-815, p. 811.

⁸⁶ BAUER, C., HUNOLD, M., HÜSCHEL RATH, K., JAHN, R., KOTSCHEDOFF, M., LAITENBERGER, U., LUX, G., MAY, U., WALENDZIK, A., WASEM, J. e WEEGEN, L., *Rabattvertragsausschreibungen in der Generikaindustrie in Deutschland: Auswirkungen auf Marktstruktur, Anbietervielfalt und Wettbewerb*, Nomos, Baden-Baden, 2015, p. 208.

poden non ser idóneas para o bo funcionamento dos procedementos de licitación e non sempre se trata de aspectos que se poidan mellorar a través da regulación ou da actuación dos poderes públicos. Ademais, hai que ter en conta que, en sistemas democráticos, as entidades do sector público deberían contar con marxe para decidir cal é a mellor forma de proveerse de bens e servizos e de prestar os servizos públicos aos seus cidadáns. Os beneficios derivados das licitacións sitúanse nun plano fundamentalmente económico, pero existen outro tipo de vantaxes que poden ligarse ao interese xeral. A corrente da contratación estratéxica sitúase precisamente en liña coa consecución de obxectivos públicos en paralelo aos puramente económicos.

Durante un tempo, a contratación pública pareceu colonizar o Dereito da organización administrativa e todo tipo de fórmulas de colaboración público-privada centrada na adquisición de bens e servizos. Pero a exaltación dos contratos públicos como a mellor forma de proveerse de bens e servizos moderouse nos últimos anos. No Dereito europeo, tanto o TXUE como o lexislador recoñeceron progresivamente vías alternativas á contratación pública. Neste sentido, cabe adxudicar directamente determinados tipos de contratos de carácter público-público –encargos a medios propios (*in-house*) e convenios de colaboración– ou de carácter público-privado, cando a entidade coa que se contrata pertence ao terceiro sector e rexe a súa actividade polo principio de solidariedade. Nestes casos séguese considerando que existen contratos públicos, pero as súas características xustifican que non sexa necesario tramitar unha licitación para adxudicalos. Estas posibilidades acabaron consolidándose no Dereito positivo, tanto a nivel europeo como nacional. Por outro lado, o propio concepto de contrato público continuou perfilándose nun sentido restritivo, de maneira que se exclúen determinadas técnicas que se consideran non contractuais e, polo tanto, non exixen a aplicación das regras de licitación propias dos contratos públicos. A estes casos, súmanse exclusións e excepcións ás regras de contratación pública configuradas polo propio Dereito europeo atendendo á falta de idoneidade da contratación pública para proceder á adquisición de certos bens e servizos (é o caso de determinados servizos xurídicos ou da compra pública precomercial, por pór algúns exemplos⁸⁷).

A continuación, faise unha breve exposición dalgunhas destas técnicas que, xunto aos contratos públicos que deben licitarse, compoñen un catálogo máis amplo que pode adaptarse mellor ás distintas necesidades que deben satisfacer os entes do sector público. Quere demostrarse deste xeito que nestes casos non se trata de fuxir do Dereito administrativo, posto que estas técnicas seguen gobernadas en todo caso por regras especiais de funcionamento para as entidades do sector público, e que, segundo as circunstancias, poden ser técnicas axeitadas para que os poderes públicos se provean de bens e servizos no mercado. Agora ben, certamente, o sistema segue pivotando sobre a regra de licitación de contratos públicos: os supostos que se analizan seguidamente son, ou ben excepcións á regra de licitación por razóns

⁸⁷ Ao respecto, GIMENO FELIÚ, J.M.ª, "Las fronteras del contrato público: Depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 205, 2020, pp. 19-60.

xustificadas, ou ben casos nos que se considera que non hai contrato –aínda que podería habelo se se dan os elementos propios do contrato público–. Esta situación é consecuencia, fundamentalmente, da expansión do concepto de contrato público que realizou o TXUE.

4.1 Colaboración público-pública

O Dereito europeo abriu progresivamente a posibilidade de adjudicar de forma directa determinados contratos públicos nos que as dúas partes son entidades do sector público. Como se verá axiña, a razón de excluír as regras de licitación apóiase na relación existente entre as partes, así como na inexistencia dun impacto relevante da súa actividade no bo funcionamento do mercado. As condicións establecidas para tal efecto poden, iso si, ser restrinxidas polos Estados membros a nivel interno⁸⁸. É o caso de España, que contén unhas regras máis exixentes que as previstas a escala europea nalgúns aspectos (arts. 6, 32 e 33 LCSP e art. 86.2 LRXSP), ás que non é necesario facer referencia para os efectos deste traballo.

4.1.1 Vertical

En sentido estrito, unha operación interna ou contrato *in-house* é un procedemento no que unha entidade adjudicadora lle atribúe a un dos seus servizos sen personalidade xurídica propia a realización de determinadas prestacións. Esas operacións non teñen ningunha relevancia desde o punto de vista do Dereito da contratación pública, posto que se trata de “procedementos administrativos puramente internos”⁸⁹. Non obstante, en sentido amplo inclúen aqueles casos en que a entidade á que se lle encarga unha prestación ten personalidade xurídica diferenciada⁹⁰, como sucede no caso das sociedades mercantís públicas. A Comunicación “a contratación pública na Unión Europea” da Comisión Europea (COM (98) 143, do 11 de marzo), aludiu por primeira vez ao concepto de operación interna ou contratación *in-house*. Precisamente apuntaba á necesidade de aclarar este concepto, co fin de determinar se engloba os contratos que se adjudican dentro dunha Administración pública; por exemplo, entre unha Administración central e local ou entre unha Administración e unha sociedade que lle pertence integramente. En todos os países da OCDE existen previsións legais sobre a posibilidade de realizar contratos *in-house*. Os ordenamentos xurídicos evolucionaron para evitar que esta técnica se empregase como unha forma de evadir a aplicación das regras de contratación pública. Por esa razón, é

⁸⁸ Recentemente, a STXUE do 3 de outubro de 2019, C-285/18, *Irgita*, e o ATXUE do 6 de febreiro de 2020, C-89/19 a C-91/19, *Rieco*.

⁸⁹ Se a adjudicación se produce a un organismo que non ten personalidade xurídica propia, en ningún caso pode haber contrato, como sinalan as conclusións da avogada xeral Sra. Christine Stix-Hackl, presentadas o 23 de setembro de 2004, C-26/03 – Stadt Halle e RPL Lochau, apdo. 49

⁹⁰ Conclusións da avogada xeral Sra. Juliane Kokott, presentadas o 1 de marzo de 2005, C-458/03 – Parking Brixen, apdo. 2.

habitual que se estableza a obriga de que a entidade *in-house* execute directamente unha porcentaxe do encargo realizado⁹¹.

No Dereito europeo, o *leading case* neste ámbito foi a Sentenza Teckal do TXUE⁹². Este pronunciamento afirma de forma rotunda que “as únicas excepcións permitidas á aplicación da Directiva 93/36 son as mencionadas taxativa e expresamente nela”⁹³ e que o xuíz nacional debe verificar se concorren os requisitos propios dos contratos públicos. Así que a cuestión se centra en determinar os elementos propios dos contratos públicos ligados ao obxecto e os suxeitos. A xurisprudencia posterior afinou os criterios que permiten adxudicar directamente un contrato *in-house* ata que as Directivas de 2014 os positivizaron (art. 17 Directiva 2014/23/UE e art. 12 Directiva 2014/24/UE). Conforme o Dereito vixente, os requisitos céntranse fundamentalmente en dous aspectos: en primeiro lugar, a inexistencia de intereses privados na entidade *in-house*, o que se asegura coa titularidade pública do capital e coa existencia de control análogo por unha Administración –entendido como “unha influencia decisiva sobre obxectivos estratéxicos e decisións significativas da persoa xurídica controlada”–; en segundo lugar, coa limitación do impacto económico da actividade que poida realizar no mercado a entidade *in-house* –en ningún caso pode superar o 20 %–. Se se cumpren de forma acumulativa estas condicións, é posible adxudicar directamente un contrato público-público no marco do que se denomina “cooperación vertical”. Na práctica, xorden problemas de aplicación destas regras, especialmente cando a entidade instrumental está controlada por varias administracións públicas, algo habitual no ámbito local; pártese dunha interpretación estrita destas entidades na medida en que se tratan como unha excepción á licitación. Non obstante, a nivel europeo parece existir unha apertura progresiva dos criterios de control nestes supostos de entidades *in-house* conxuntas⁹⁴.

4.1.2 Horizontal

A Directiva 2014/24/UE (art. 12.4) positivizou por primeira vez a cooperación horizontal ou non institucionalizada. Esta fórmula fora recoñecida anos antes polo TXUE como unha extensión necesaria das técnicas de cooperación vertical que permitían certa marxe de autoorganización dos Estados membros⁹⁵. No proceso de codificación afináronse os criterios xurisprudenciais desenvolvidos previamente. Permítese a celebración de contratos público-públicos entre entidades do sector público que teñan a condición de poder adxudicador sempre que concorran unha serie de condicións que xustifican a exclusión da licitación. Eses requisitos son: a existencia dunha cooperación para garantir servizos públicos e lograr obxectivos comúns, que estea guiada

⁹¹ OECD, *Enhancing the Use of Competitive Tendering in Costa Rica's Public Procurement System: Streamlining the Exceptions and Redesigning the Threshold System*, cit.

⁹² STXUE do 18 de novembro de 1999, C-107/98, *Teckal*.

⁹³ *Ibidem*, apdo. 43.

⁹⁴ STXUE do 18 de xuño de 2020, C-328/19, *Porin Kaupunki*

⁹⁵ STXUE do 9 de xuño de 2009, C-480/06, *Comisión c. Alemaña*; e STXUE do 19 de decembro de 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*.

unicamente por consideracións de interese público; e o limitado impacto no mercado das actividades a realizar –os poderes adxudicadores participantes deben realizar no mercado aberto menos do 20 % das actividades obxecto da cooperación–. Nesta mesma liña, exclúese a posibilidade de que participen entidades con capital privado⁹⁶.

Recentemente, o TXUE tivo a oportunidade de pronunciarse sobre o alcance da excepción consagrada nas directivas⁹⁷. Acláranse algúns aspectos, como o feito de que a colaboración pode referirse a tarefas complementarias para a prestación de servizos públicos e que non ten por que proxectarse directamente sobre servizos públicos⁹⁸. Non obstante, o TXUE segue sendo especialmente estrito coas achegas económicas por unha das partes. Considera que non cabe unha cooperación na que unha parte lle realiza a outra unha achega económica. Este límite xera importantes problemas na práctica. Ademais, criticouse na doutrina polas diferenzas que presenta con respecto á cooperación vertical, onde si se admite o reembolso dos gastos á entidade *in-house*. Á fin e ó cabo, nos dous casos, como se viu, limítase o impacto das actividades realizadas no mercado.

4.2 Colaboración co terceiro sector

O desenvolvemento do Estado social estivo vinculado en Europa á estreita colaboración do sector público con entidades do denominado terceiro sector para a prestación de servizos asistenciais, sociais e sanitarios⁹⁹. A relación das administracións públicas con este tipo de suxeitos privados rexeuse habitualmente por regras específicas, á marxe das normas de contratación pública. Non obstante, como se viu anteriormente, a definición de contrato público elaborada polo TXUE non exclúe esta condición polo feito de que a entidade licitadora ou adxudicataria non teña ánimo de lucro. De modo que foi necesaria unha evolución a partir da formulación de casos nos que os Estados membros demostraban un apoio esencial neste tipo de entidades para a prestación de servizos sociais. Grazas a iso, prevese a reserva de contratos directamente a estes suxeitos en determinadas circunstancias¹⁰⁰. Tamén se recoñeceu a flexibilización das normas de contratación pública e mesmo a adxudicación directa.

Nestes casos, o TXUE apoiouse no principio de solidariedade fronte ao funcionamento do mercado¹⁰¹. A solidariedade aparece de forma reiterada na xurisprudencia

⁹⁶ DE SOMER, S. e HOFSTRÖSSLER, L., "Who's Afraid to Cooperate?: CJEU Adopts Strict View of Non-Institutionalised Cooperation", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 3, 2020, pp. 242-251, p. 244.

⁹⁷ STXUE, do 28 de maio de 2020, C-796/18, *ISE-Colonia*, e a STXUE do 4 de xuño de 2020, C-429/19, *Remondis*.

⁹⁸ HUERGO LORA, A., "La cooperación horizontal mediante convenios después de las sentencias ISE y Remondis 2", *Observatorio de contratación pública*, 12 de xuño de 2020. Acceso web: www.obcp.es.

⁹⁹ Ao respecto, VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social (un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 68-69; PEMÁN GAVÍN, J.M.^a, "La Asistencia Social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general", *Documentación Administrativa*, n. 271-272, 2005, pp. 39-79, p. 67; tamén, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.^a, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 35.

¹⁰⁰ GARRIDO JUNCAL, A., "Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate", *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 55, 2017, pp. 84-100.

¹⁰¹ BERNAL BLAY, M.Á., "La contratación de los servicios a las personas", Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, M.^a. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público, Tomo III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2841-2873, pp. 2864-2865.

cia europea como un factor de modulación e mesmo de anulación da competencia entre os posibles operadores económicos¹⁰². Agora ben, non parece tratarse dunha cláusula xeral que permita darlles prioridade de forma xeral a entes sen ánimo de lucro¹⁰³. A solidariedade debe estar arraigada na lóxica do sistema de prestación dos servizos. O Tribunal non aclara suficientemente ata que punto a solidariedade está vinculada, ademais, ao voluntariado, pero é un elemento que aparece nos casos en que se enfrontou a esta cuestión e que parece determinante na xustificación dunha alteración das regras propias do mercado¹⁰⁴. Non parece ser suficiente, polo tanto, con identificar esa solidariedade coa mera presenza de actores sen ánimo de lucro na prestación dos servizos. Tampouco se trata da solidariedade que está intrinsecamente asociada ao concepto de servizo público¹⁰⁵.

Esta situación fíxose aínda máis complicada coa recente sentenza ditada nun asunto relacionado coa lexislación autonómica española que prevé fórmulas *ad hoc* para a realización das denominadas “accións concertadas”, que se consideran á marxe da normativa europea de contratación pública. A participación reservada nalgúns casos a entidades sen ánimo de lucro parece ser aceptada polo TXUE sempre que se leve a cabo un procedemento competitivo¹⁰⁶. O elemento de solidariedade apoiado na participación de voluntarios semella diluírse neste caso, matizando a xurisprudencia anterior. A determinación do alcance desta exclusión das regras de contratación pública continúa, así, aberta. Pero deixa claro que, xunto ás regras de licitación de contratos públicos, deben coexistir outro tipo de fórmulas que lles permitan aos Estados colaborar con actores tan relevantes no Estado social como as entidades do terceiro sector.

¹⁰² STXUE do 17 de xuño de 1997, C-70/95, *Sodemare and Others v. Regione Lombardia*; STXUE do 11 de decembro de 2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino” e outros*.

¹⁰³ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La adjudicación directa de contratos públicos a entidades sin ánimo de lucro”, Laguna de Paz, J.C., Sanz Rubiales, I., De los Mozos Touya, I. e Martínez López-Muñiz, J.L. (coords.), *Derecho administrativo e integración europea. Estudios en Homenaje al Prof. José Luis Martínez López-Muñiz*, Vol. 2 Tomo 2, Reus, Madrid, 2017, pp. 1035-1052, pp. 1047 e ss.

¹⁰⁴ Relaciona necesariamente solidariedade e voluntariado, VILLAR ROJAS, F.J., “Los modelos de gestión de los servicios sanitarios en España”, Agulló Agüero, A. (dir.), Marco Peñas, E. (coord.), *Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. Tamén nesta liña, GIMENO FELIÚ, J.M., “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 52, 2018, pp. 12-65, pp. 33 e 41.

¹⁰⁵ Sobre esta cuestión, MALARET I GARCÍA, E., “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformaciones del contexto”, *Revista de Administración Pública*, n. 145, 1998, pp. 49-87, p. 87.

¹⁰⁶ STXUE do 14 de xullo de 2022, C-436/20, *Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)*.

4.3 Máis alá do contrato: fórmulas non contractuais

4.3.1 Transferencia de competencias

O artigo 1.6 da Directiva 2014/24/UE define unha fórmula non contractual, denominada transferencia competencial, que se sitúa no ámbito da organización interna dos Estados membros:

«Os acordos, as decisións e os demais instrumentos xurídicos mediante os cales se organiza a transferencia de competencias e responsabilidades para desempeñar funcións públicas entre poderes adjudicadores ou agrupacións destes e que non prevén que se dea unha retribución pola execución dun contrato, considéranse un asunto de organización interna do Estado membro de que se trate e, nese sentido, de ningún xeito se ven afectados por esta directiva».

O TXUE interpretou este precepto en dúas ocasións ata o momento¹⁰⁷. Con esta técnica trátase de englobar aqueles supostos nos que unha entidade matriz lle transfire unha competencia a unha entidade instrumental, outorgándolle suficiente autonomía na xestión, de modo que non se fala de medio propio ou de contrato *in-house*, senón dunha verdadeira inexistencia de contrato. A regulación prevista na directiva contén diversos elementos que permiten identificar os supostos de feito que entran no seu ámbito de aplicación.

En relación cos suxeitos participantes, sinala que debe producirse unha transferencia entre poderes adjudicadores ou agrupacións destes. Polo que respecta á forma de atribución das competencias ou responsabilidades, o lexislador europeo establece unha regulación aberta co fin de deixar marxe ás distintas formulacións nacionais: acordos, decisións e demais instrumentos xurídicos. O obxecto da transferencia son competencias e responsabilidades para desempeñar funcións públicas. En canto a este concepto de “funcións públicas”, debe interpretarse de forma ampla como servizos aos cidadáns ou servizos necesarios para o funcionamento da Administración. Por último, para que exista unha transferencia de competencias que se considere un asunto de organización interna do Estado, cómpre que non exista unha retribución pola execución dun contrato. Esta previsión é a máis ambigua das contidas no precepto estudado, na medida en que o concepto de contraprestación nun contrato público foi interpretado de forma moi ampla polo TXUE. Podería entenderse, seguindo o concepto de vendas no Sistema Europeo de Contas (SEC) para os efectos da clasificación de entes, que unha subvención á explotación ou produción dun ente, en xeral, non é unha contraprestación por un contrato público e tampouco é unha venda a prezos economicamente significativos. Pola contra, unha subvención ou un pagamento por un produto ou un servizo determinado e verdadeiramente prestado si é unha venda

¹⁰⁷ STXUE do 21 de decembro de 2016, C-51/15, *Remondis*, e STXUE do 18 de xuño de 2020, C-328/19, *Porin Kaupunki*.

para os efectos do SEC e tamén é unha contraprestación pola execución dun obxecto dun contrato público¹⁰⁸.

A nivel interno, a ausencia de transposición deste precepto ocasiona problemas de interpretación sistemática. En España, a articulación destas transferencias de competencias coa regulación da contratación *in-house* non está clara, especialmente a nivel local, onde o legislador diferencia entre a creación de entidades instrumentais para a xestión de servizos públicos, por un lado (art. 85 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, LBRL), e para exercer iniciativa económica no mercado (art. 86 LBRL). De maneira que o debate na doutrina segue aberto¹⁰⁹.

4.3.2 Contratos *open-house*

O recoñecemento do TXUE da necesaria existencia de selectividade para definir os contratos públicos conduciu á apertura dunha nova vía de adquisición de bens e servizos á marxe das regras europeas de adxudicación: os denominados contratos *open-house*¹¹⁰. Así sucedeu en dúas ocasións: a Sentenza do TXUE do 2 de xuño de 2016 ditada no asunto Falk Pharma (C-410/14), relativa ao sistema alemán de adquisición de medicamentos polas caixas do seguro de enfermidade; e o asunto Tirkonnen, resolto na Sentenza do 1 de marzo de 2018 (C-9/17), que se refire á creación dun panel de asesores para explotacións agrarias en Finlandia. Nestes supostos, o Tribunal recoñece que non se deben aplicar as regras europeas de licitación de contratos públicos porque o procedemento tramitado non conduce á adxudicación a un ou varios licitadores fronte a outros. Nos dous casos artículanse sistemas ou modelos nos que todos os licitadores que cumpren cunhas condicións de solvencia e aceptan as condicións impostas pola entidade contratante entran a formar parte dun *pool*, sen que a Administración elixa en ningún momento quen vai levar a cabo a prestación en atención á súa maior capacidade ou mellor desempeño. Son os usuarios ou sistemas baseados en criterios obxectivos (por exemplo, rotatorios) os que determinan quen leva a cabo a prestación nun momento dado. O alcance desta excepción á licitación aínda debe afinarse, pero abriu unha importante marxe de experimentación que xa se está a pór en práctica en ámbitos como os servizos sociais e sanitarios, a adquisición de medicamentos ou a asistencia a refuxiados. Haberá que esperar a analizar a súa evolución no futuro.

¹⁰⁸ DÍEZ SASTRE, S. e MARCO PEÑAS, E., "La convergencia de las reglas de contratación pública y disciplina presupuestaria en el sector público instrumental", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 205, 2020, pp. 99 e ss.

¹⁰⁹ VILLAR ROJAS, F.J., "El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales", *Anuario de Derecho Municipal 2017*, Instituto de Derecho Local de la UAM, Madrid, 2018, pp. 75-101; VILALTA REIXACH, M., "De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas", *Revista Galega de Administración Pública*, n. 56, 2019, pp. 261-295; AMOEDO-SOUTO, C.A. e CUTRÍN DOMÍNGUEZ, M., "El impacto de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios", *Revista de Administración Pública*, n. 210, 2019, pp. 393-432; e ARIMANY LAMOGUÍA, E., "Gestión directa y descentralizada de servicios públicos locales: encargo a medio propio o transferencia de competencias", *Revista de Administración Pública*, n. 213, 2020, pp. 141-178.

¹¹⁰ Ao respecto, en detalle, DÍEZ SASTRE, S., "Contratos «open-house»: comprar sin licitar", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 15, 2021, pp. 5-23.

5 Reflexións finais

O Dereito da contratación pública apóiase nunha premisa económica que non sempre se confirma na realidade: a competencia entre os licitadores conduce á obtención da mellor oferta dispoñible no mercado en relación calidade-prezo. Isto é así porque as circunstancias que ocorren nas múltiples prestacións que requiren os entes públicos son moi diversas. Así, hai administracións que teñen dificultades para planificar e deseñar axeitadamente os contratos pola súa falta de medios; isto sucede especialmente no eido local. En determinados ámbitos xeográficos ou en ámbitos deprimidos economicamente, non hai suficiente oferta como para asegurar que a licitación será eficaz. Hai casos nos que a prestación requirida só pode ser provista por un limitado número de operadores económicos ou, mesmo, por un só deles. E cabe pensar en prestacións habituais e homoxéneas no mercado, para as que a licitación apenas implicará vantaxes económicas. Nestes exemplos, os custos da licitación que asumen os entes contratantes e os licitadores non se compensan cos beneficios da licitación. Deste xeito, é necesario pensar en fórmulas alternativas á licitación de contratos públicos que lles permitan ás administracións públicas ensaiar diferentes fórmulas de proveerse de bens e servizos no mercado, en especial servizos públicos.

Nesa liña, son benvidas as técnicas de colaboración público-pública e co terceiro sector, así como as técnicas non contractuais de transferencia de competencias e de contratación *open-house*, que se decantaron progresivamente na xurisprudencia do TXUE nos últimos anos. Non obstante, queda camiño por percorrer. As excepcións á licitación e as fórmulas non contractuais seguen pivotando no ámbito europeo arredor do concepto de contrato público. Ou ben son contrato e se atopan razóns para non o licitar, ou ben non son contrato conforme a definición que realiza o TXUE con base na regulación das directivas. O sistema segue tomando como referencia a idea de contrato público como a mellor forma de satisfacer as necesidades públicas de provisión de bens e servizos. Isto explícase, en gran parte, pola insuficiente habilitación competencial da Unión Europea para regular neste ámbito. Se se entendese que os convenios ou as entidades *in-house* forman parte do Dereito de organización dos Estados membros, sen conexión co concepto de contrato, sería difícil xustificar a súa competencia para regular esta materia. Este problema distorce, non obstante, a percepción nos Estados membros das fórmulas alternativas á contratación pública. Non deberían analizarse como excepcións ou exclusións, senón como un catálogo de medidas que, xunto aos contratos públicos, permiten buscar en cada momento e lugar a mellor forma de satisfacer necesidades públicas e, moi especialmente, xestionar servizos públicos.

O Dereito da contratación pública debe partir de presupostos económicos axustados á realidade. Non sempre licitar é a mellor opción polas condicións que ocorren na práctica ou polos fins públicos que están en xogo. O legislador e a xurisprudencia deben mostrar maior sensibilidade polas circunstancias das distintas administracións territoriais, especialmente no eido local, e dos diversos operadores económicos. Ademais, deben apoiar a consecución dos múltiples fins de interese xeral que deben

Regap



ESTUDIOS

satisfacer os Estados nun momento estratéxico para a resolución de retos globais. Para iso, deben abrir unha marxe de elección real entre a contratación pública e fórmulas alternativas que permitan ensaiar distintas formas de xestión.

Bibliografía

- ALLEN, P., KONZELMANN, S.J. e TOPOROWSKI, J., *The Return of the State. Restructuring Britain for the Common Good*, Agenda Publishing, Croydon, 2021.
- AMOEDO-SOUTO, C.A. e CUTRÍN DOMÍNGUEZ, M., “El impacto de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios”, *Revista de Administración Pública*, n. 210, 2019, pp. 393-432.
- ARIMANY LAMOGLIA, E., “Gestión directa y descentralizada de servicios públicos locales: encargo a medio propio o transferencia de competencias”, *Revista de Administración Pública*, n. 213, 2020, pp. 141-178.
- ARIÑO ORTIZ, G., “El concepto de contrato público en la CEE”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 21, 1986, pp. 19-26.
- BALÁZS RIGÓ, C. e KUGLER, T., “Single Bidder Procurement”, *European Procurement & Private Partnership Law Review*, n. 2, 2021, pp. 99-109.
- BARRETO, S., “Repensar el derecho de la contratación estatal desde la competencia”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 15, 2016, pp. 297-304.
- BAUER, C., HUNOLD, M., HÜSCHEL RATH, K., JAHN, R., KOTSCHEDOFF, M., LAITENBERGER, U., LUX, G., MAY, U., WALENDZIK, A., WASEM, J. e WEEGEN, L., *Rabattvertragausschreibungen in der Generikaindustrie in Deutschland: Auswirkungen auf Marktstruktur, Anbietervielfalt und Wettbewerb*, Nomos, Baden-Baden, 2015.
- BEL I QUERALT, G. e ESTRUCH MANJÓN, A., “La gestión de los servicios públicos locales: ¿por qué se privatizan los servicios públicos locales y qué efectos tiene la privatización?” *Anuario de Derecho Municipal*, n. 5, 2012, pp. 193-205.
- BERNAL BLAY, M.Á., “La contratación de los servicios a las personas”, Gamero Casado, E. e Gallego Córcoles, M.^{al}. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público, Tomo III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2841-2873.
- BLEETMAN, R. e METCALFE, A., *New Models of Public Procurement: a Tool for Sustainable Recovery*, Association of Chartered Certified Accountants (ACCA), Londres, novembro 2021.
- BRAZIEL, T.L., “Contracting out contracting”, *Public Contract Law Journal*, n. 38, 2009, pp. 857-893.
- CHINCHILLA MARÍN, C., “El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 200, 2016, pp. 361-383.
- CLIFTON, J., WARNER, M.E., GRADUS, R. e BEL, G., “Re-municipalization of public services: trend or hype?”, *Journal of Economic Policy Reform*, n. 24(3), 2021, pp. 293-304.

- COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E DA COMPETENCIA (España), *E/CNMC/004/18 Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, 7 de febreiro de 2019.
- COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E DA COMPETENCIA (España), *G-2019-02 Guía sobre contratación pública y competencia. Fase 1: La planificación de la contratación pública*, 16 de decembro de 2020.
- DE GUERRERO MANSO, C., “Las consultas preliminares del mercado, una herramienta para mejorar la eficiencia de la contratación pública”, Gimeno Feliú, J.M.^a (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1047-1071.
- DE SOMER, S. e HOFSTRÖSSLER, L., “Who’s Afraid to Cooperate?: CJEU Adopts Strict View of Non-Institutionalised Cooperation”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 3, 2020, pp. 242-251.
- DÍEZ SASTRE, S., “Formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos en el mercado interior europeo”, Gimeno Feliú, J.M.^a (dir.), Bernal Blay, M.Á. (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 55-82.
- DÍEZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- DÍEZ SASTRE, S., “¿Se debe aplicar el artículo 86 LRJSP a los medios propios locales?”, *Blog de idluam.org*, 9 de xaneiro de 2019.
- DÍEZ SASTRE, S., “La acción concertada como nueva forma de gestión de los servicios sanitarios”, Agulló Agüero, A. (dir.), Marco Peñas, E. (coord.), *Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 231-261.
- DÍEZ SASTRE, S., “Contratos «open-house»: comprar sin licitar”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 15, 2021, pp. 5-23.
- DÍEZ SASTRE, S., “¿Cambiará la pandemia el Derecho de la contratación pública?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2021, pp. 257-272.
- DÍEZ SASTRE, S. e MARCO PEÑAS, E., “La convergencia de las reglas de contratación pública y disciplina presupuestaria en el sector público instrumental”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 205, 2020.
- DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL MARKET, INDUSTRY, ENTREPRENEURSHIP AND SMEs (European Commission), *Study on the measurement of cross-border penetration in the EU public procurement market, Final Report*, marzo 2021.
- ESTEVAN DE QUESADA, C., “Competition and Transparency in Public Procurement Markets”, *Public Procurement Law Review*, n. 5, 2014, pp. 229-244.
- ESTEVE PARDO, J., *Estado Garante. Idea y Realidad*, INAP, Madrid, 2015.
- FERRIS, J. e GRADDY, E., “Contracting out: For What? With Whom?”, *Public Administration Review*, n. 46, 1986, pp. 332-344.

Regap



ESTUDIOS

- FUENTES-BARGUES, J.L., BASTANTE-CECA, M.J., FERRER-GISBERT, P.D. e GONZÁLEZ-CRUZ, M.C., “Analysis of the Situation of Social Public Procurement of Works at the Valencian Region (Spain)”, *Sustainability*, n. 13, 2021, pp. 1-23.
- GAGO DE SANTOS, P., *Colaboraciones público-privadas: procedimientos para minimizar sus costes de transacción*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2014.
- GARCÍA-ANDRADE, J., “¿Huida o expansión del derecho administrativo?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 209, 2020, pp. 139-170.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., “La figura del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 41, 1963, pp. 99-130.
- GARRARD, G., *The Return of the State. And Why it is Essential for our Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, Cornwall, 2022.
- GARRIDO JUNCAL, A., “Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate”, *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 55, 2017, pp. 84-100.
- GABNER, M. e STRÖMER, J.M., “Mutiges Querdenken oder Abschied von der klassischen Subsumtion? — Der «Open-house» — Beschluss der OLG Düsseldorf vom 13. August 2014 – VII – Verg 13/14”, *NZS*, n. 21, 2014, pp. 811-815.
- GIMENO FELIÚ, J.M.^a, “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 52, 2018, pp. 12-65.
- GIMENO FELIÚ, J.M.^a, “La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, n. 151, 2000, pp. 425-439.
- GIMENO FELIÚ, J.M.^a, “Las fronteras del contrato público: Depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 205, 2020, pp. 19-60.
- GIMENO FELIÚ, J.M.^a, “El necesario *big bang* en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 59, 2022.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, *Revista de Administración Pública*, n. 173, 2007, pp. 217-237.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La adjudicación directa de contratos públicos a entidades sin ánimo de lucro”, Laguna de Paz, J.C., Sanz Rubiales, I., De los Mozos Touya, I. e Martínez López-Muñiz, J.L. (coords.), *Derecho administrativo e integración europea. Estudios en Homenaje al Prof. José Luis Martínez López-Muñiz*, Vol. 2 Tomo 2, Reus, Madrid, 2017, pp. 1035-105.
- HUERGO LORA, A., “La cooperación horizontal mediante convenios después de las sentencias ISE y Remondis 2”, *Observatorio de contratación pública*, 12 de xuño de 2020. Acceso web: www.obcp.es.
- JHA, H., “Interrogating the resurgence of administrative state: ideas and state capacity”, *International Journal of Public Sector Management*, n. 35(4), 2022.

- MAGRI, M., “Il “collasso” del sistema degli appalti nella prima fase dell’emergenza sanitaria”, *Istituzioni del Federalismo*, n. especial, 2020, pp. 77-88.
- MALARET I GARCÍA, E., “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformaciones del contexto”, *Revista de Administración Pública*, n. 145, 1998, pp. 49-87.
- MEDINA ARNÁIZ, T., “Publicación del estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) Government at a Glance 2021”, *blog del www.obcp.es*, 13 de xullo de 2021.
- MEGGIT, B., “Partnering with Agents: How the Covid-19 Pandemic changed Relations between the UK Government and Public Service Contractors”, *The Political Quarterly*, n. 93(2), 2022, pp. 244-252.
- MINERVINI, V., “Il ritorno dell Stato salvatore. Nuovi paradigmi (post Covid) nel rapporto fra Stato e mercato?”, *Mercato concorrenza regole*, n. 3, 2022, pp. 471-506.
- OECD, *Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, París, 2016.
- OECD, *Public Procurement in Peru: Reinforcing Capacity and Co-ordination*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, París, 2017.
- OECD, *Enhancing the Use of Competitive Tendering in Costa Rica’s Public Procurement System: Streamlining the Exceptions and Redesigning the Threshold System*, OECD Publishing, París, 2019.
- OECD, *Towards a new vision for Costa Rica’s Public Procurement System: Assessment of key challenges for the establishment of an action plan*, OECD Publishing, París, 2020.
- OECD, *Contratación Pública en el Estado de México: Mejorando la Eficiencia y la Competencia*, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, OECD Publishing, París, 2021.
- OECD, *Recommendation of the Council on Public Procurement*, OECD/LEGAL/0411, 2022.
- OFICINA INDEPENDENTE DE REGULACIÓN E SUPERVISIÓN DA CONTRATACIÓN, *Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica 2020. Contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación*, marzo de 2022. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informes-especiales-supervision/ies-contratacion-estrategica.pdf>.
- OFICINA INDEPENDENTE DE REGULACIÓN E SUPERVISIÓN DA CONTRATACIÓN, *Informe Anual de Supervisión 2022. Módulo I. Las cifras de la contratación pública en 2021*. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2022/ias2022-modulo1.pdf>.
- OFICINA INDEPENDENTE DE REGULACIÓN E SUPERVISIÓN DA CONTRATACIÓN, *Informe Anual de Supervisión 2023. Módulo I. Las cifras de la contratación pública en 2022*. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2023/ias2023-modulo1.pdf>.
- PEMÁN GAVÍN, J.M.^a, “La Asistencia Social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general”, *Documentación Administrativa*, n. 271-272, 2005, pp. 39-79.

Regap



ESTUDIOS

- PINHEIRO MARTINS, F. e ROMANO MORILAS, L., “Unsuccessful public procurement: why so many electronic bidding does fail?”, *Conference paper: 4th RME Research Conference*, 13-14 de septiembre de 2017, Curitiba, Brazil. Acceso web: www.researchgate.net.
- QIAN, J., LU, J. e ZHAO, J., “A replication of “exploring an explaining contracting out: Patterns among the American states”, *Public Administration*, n. 100(4), 2022, pp. 1-22.
- REBOLLO PUIG, M., “Los entes instituciones de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Revista de Administración Pública*, n. 161, 2003, pp. 359-393.
- REYNAERS, A.-M., NAVARRO, C., GONZÁLEZ MEDINA, M. e RAMA, J., *La externalización de servicios públicos a nivel local. Experiencias, competencias y desafíos de la gestión de los contratos*, INAP, Madrid, 2021.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.^a, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- SAFAR DÍAZ, M.S., *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano. Hacia un mecanismo eficiente y transparente*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A., “Truly Competitive Public Procurement as a “Europe 2020” Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?”, *European Public Law*, n. 2, 2016, pp. 377-394.
- SAVVIDES, D.S., “Public vs Private Waste Management: Is It a Matter of Privatisation or Effective Public Management?”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 2, 2018, pp. 156-168.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., *La dogmática del Derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2021.
- SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- SHILLINGFORD MCKLON, S.J.-A. e SINCLAIR, S.G., “Small market – big money. Amalgamating the procurement market to transform small size into an economic advantage”, Piga, G. e Tátrai, T. (eds.), *Law and Economics of Public Procurement Reforms*, Routledge, Cornwall, 2018, pp. 31-60.
- TEJEDOR BIELSA, J., “De medios propios, encargos y mayor eficiencia de la contratación pública”, *Blog de espublico.es*, 29 de agosto de 2022.
- TORNOS MAS, J., “La llamada remunicipalización de servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 43, 2017, pp. 12-30.
- VALDIVIA, J.M., *Manual de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social (un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- VILALTA REIXACH, M., “De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y

- transferencias de competencias entre entidades públicas”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 56, 2019, pp. 261-295.
- VILLAR ROJAS, F.J., “El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales”, *Anuario de Derecho Municipal 2017*, Instituto de Derecho Local da UAM, Madrid, 2018, pp. 75-101.
- VILLAR ROJAS, F.J., “Los modelos de gestión de los servicios sanitarios en España”, Agulló Agüero, A. (dir.), Marco Peñas, E. (coord.), *Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- VOGEL, L., “Macroeconomic effects of cost savings in public procurement”, *Economic Papers*, n. 289, 2009, pp. 1-13.
- WAN-JU HUNG, J.L., “What brings the state back in? An examination of contracting reversal”, *International Journal of Public Sector Management*, n. 35(4), 2022.
- WILLIAMS, R., “Modernising the EU Public Procurement regime. A summary of the key changes to the public sector”, *Public Procurement Law Review*, n. 3, 2014.

Regap



ESTUDIOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 66_xuño-decembro 2023 | pp. 123-144
Santiago de Compostela, 2023
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5143>
© Manuel Arenilla Sáez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 28/11/2023 | Aceptado: 19/12/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Desexos e realidades despois de 10 anos da reforma local

Deseos y realidades después de 10 años de la reforma local

Wishes and Realities Ten Years After Local Government Reform

66 Regap

Regap



ESTUDIOS

MANUEL ARENILLA SÁEZ
Catedrático de Ciencia da Administración
Universidade Rey Juan Carlos

<https://orcid.org/0000-0002-7533-8896>

manuel.arenilla@urjc.es

Resumo: A partir de 2008, España enfrontouse a unha profunda crise económica e financeira á que respondeu con medidas de austeridade e unha reforma constitucional en 2011 que incidiu na estabilidade orzamentaria. A reforma local de 2013 aliñouse con este obxectivo e coa suficiencia financeira, reducindo as competencias autonómicas e a autonomía local, aínda que non abordou outras disfuncionalidades intergubernamentais. Dez anos despois, os obxectivos financeiros e de superávit cumpríronse e a xestión das entidades locais experimentou unha gran transformación nestes aspectos, á vez que se incrementaron os controis das autoridades financeiras. Os intentos de modificar a lei non tiveron éxito ata a data.
Palabras clave: Reforma local, autonomía local, goberno local.

Resumen: A partir de 2008, España se enfrentó a una profunda crisis económica y financiera a la que respondió con medidas de austeridad y una reforma constitucional en 2011 que enfatizó la estabilidad presupuestaria. La reforma local de 2013 se alineó con este objetivo y con la suficiencia financiera, reduciendo las competencias autonómicas y la autonomía local, aunque no abordó otras disfuncionalidades intergubernamentales. Diez años después, los objetivos financieros y de superávit se han cumplido y la gestión de las entidades locales ha experimentado una gran transformación en estos aspectos, a la vez

que se han incrementado los controles de las autoridades financieras. Los intentos de modificar la ley no han tenido éxito hasta la fecha.

Palabras clave: Reforma local, autonomía local, gobierno local.

Abstract: From 2008, Spain faced a deep economic and financial crisis, responding with austerity measures and a constitutional reform in 2011 that emphasized budgetary stability. The 2013 local reform aligned with this objective and financial sufficiency, reducing regional competencies and local autonomy, although it did not address other intergovernmental dysfunctions. Ten years later, financial, and surplus objectives have been met, and the management of local entities has undergone significant transformation in these aspects, accompanied by increased controls by financial authorities. Attempts to modify the law have been unsuccessful to date.

Key words: Local reform, local autonomy, local government.

SUMARIO: 1 As causas da reforma. 2 Algúns vellos problemas da Administración local. 3 O cambio de orientación política da Administración local. 4 Os obxectivos da reforma. 5 Os efectos da reforma. 6 A aplicación da reforma. 7 Os intentos de reforma posteriores. 8 Conclusións.

1 As causas da reforma

Na análise da tramitación da Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sostibilidade da Administración local (LRSAL), atópanse interpretacións que, en ocasións, presentan certos nesgos ao abordar os seus obxectivos, sen ter en conta o contexto económico, financeiro, político e internacional no que se produciu. A miúdo tamén se pasa por alto a diversidade de posicións e intereses en xogo durante este proceso. Son precisamente estes factores os que explican que a maioría dos intentos previos de reformar a Lei reguladora das bases do réxime local (LRBRL) fracasasen. Durante a reforma de 2013, estes intereses exerceron unha forte presión para incluír as súas propostas, que en ocasións dificultaron significativamente a iniciativa. Máis recentemente, estes mesmos intereses foron determinantes na falta de avance na aprobación dos intentos de reforma local.

Durante o período abranguido entre 2008 e 2012, España viuse inmersa nunha profunda crise económica caracterizada pola elevada taxa de desemprego e a implementación de duras medidas de austeridade a partir de 2010. Estas medidas, pola súa vez, xeraron inestabilidade financeira e un mercado descontento na sociedade española. Os gobernos locais enfrontáronse a serios problemas de financiamento que repercutiron na prestación dos servizos municipais esenciais. Finalmente, prevalecía unha percepción negativa na opinión pública respecto ás administracións públicas.

A reforma do artigo 135 da Constitución española en 2011, a instancias da Unión Europea (UE) e que foi aprobada cun consenso moi elevado, estableceu a estabilidade orzamentaria e a suficiencia financeira como prioridades na actuación das administracións públicas. As medidas introducidas pola UE en decembro de 2011 obrigaron

España a reducir o déficit e garantir a sostibilidade das súas finanzas públicas¹. A consecuencia foron severos recortes do gasto público nas administracións españolas.

España quedou baixo un estrito control debido aos requirimentos establecidos pola Comisión Europea e que se reflectiron no Programa Nacional de Reformas iniciado en 2011. Na edición de 2012 incluíronse medidas para aclarar as competencias municipais, racionalizar a estrutura da Administración local e mellorar o sector público local en termos de eficiencia e financiamento sostible. Tamén prevía a unión de concellos en función do seu tamaño para mellorar a prestación de servizos públicos².

A partir de 2010, adoptáronse medidas efectivas de axuste como resposta á situación de crise. Coa chegada do Goberno Rajoy a finais de 2011, a política orzamentaria e financeira aliñouse coas directrices europeas e someteuse ao control permanente dos seus chamados «homes de negro».

O marco normativo no que se insire a LRSAL foi a Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sostibilidade financeira (LOEOSF), que tiña como obxectivo principal garantir a sostibilidade financeira das administracións públicas e fortalecer a estabilidade económica. A reforma da LRBRL tiña como principal obxectivo axustarse a esta lei.

Ademais da presión internacional e europea, o Tribunal de Contas español emitiu unha serie de recomendacións a través de informes de fiscalización do sector público local entre 2006 e 2009. Estas recomendacións, que se adoptaron con diversa intensidade na reforma local, incluíron requisitos de rendición de contas para acceder ás axudas públicas, iniciar expedientes disciplinarios contra as entidades locais que non presentasen contas e medidas para manter os servizos de control económico nos concellos que non contasen con recursos suficientes.

A crise económica e financeira e a necesidade de garantir a sostibilidade futura levaron a adoptar unha serie de medidas de apoio e control financeiro, endebemento, xestión de débeda e pagamento de provedores, tanto a nivel local como autonómico.

En definitiva, no ámbito local, a reforma centrouse na adaptación á LOEOSF, afectando principalmente á LRBRL e en menor medida á Lei de facendas locais. Non tivo como obxectivo unha reforma integral do réxime local, pero si impactou nas competencias das comunidades autónomas en canto aos límites da súa capacidade de regulación da autonomía local e ao mapa municipal. Tamén buscou garantir a sostibilidade futura das entidades locais. Os obxectivos financeiros lograronse nos dez anos de vixencia da LRSAL, segundo se pode constatar nas evidencias contables que mostran un claro superávit no conxunto das entidades locais³.

¹ DELGADO RAMOS, D., "Un balance constitucional de la estabilidad presupuestaria: la reforma del artículo 135 de la Constitución diez años después", Delgado Ramos, D. e Gordillo Pérez, L. (dirs.), *La reforma del artículo 135 de la Constitución diez años después*, Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 92.

² O Programa de Estabilidade 2012-2015 revelou a grave situación financeira das corporacións locais. Máis de 2.700 delas presentaron plans de axuste a 10 anos para cumprir co Plan de Pagamento a Provedores do Goberno de España en 2012, abordando facturas non-pagadas por un total de máis de 28 mil millóns de euros. Estes plans xeraron un aforro de máis de 16 mil millóns de euros, segundo datos do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas.

³ FEMP, *Compromiso con la financiación local*, XII Pleno da FEMP, 2019.

2 Algúns vellos problemas da Administración local

Desde hai tempo véñense destacando os problemas pendentes da reforma local en España. Así, sinalouse a falta de planificación e o desaxuste dos gobernos locais no modelo autonómico español, o que xerou o sobredimensionamento e a duplicación das súas estruturas de goberno e administración. Ademais, sinalábase a necesidade de que exista unha colaboración máis efectiva entre as diferentes entidades territoriais para evitar duplicidades e solapamentos de competencias e garantir a sostibilidade das administracións públicas. Tamén se destacou que as comunidades autónomas reforzaron os seus elementos identitarios culturais e trataron de exercer un papel hexemónico no seu territorio, o que afectou negativamente ao desenvolvemento dos gobernos locais. Ademais, sinalouse a descoordinación e a fragmentación das políticas e as actuacións entre os diferentes niveis territoriais, así como o deficiente encaixe do Goberno local na estrutura da cooperación territorial⁴.

En canto ás reformas propostas, púxose énfase na importancia de lograr o consenso político e a necesidade de redactalas con claridade e coherencia técnica. Non obstante, existe unha falta de consenso en canto ao contido das reformas e a capacidade de levalas a cabo, especialmente aquelas que requirirían unha reforma constitucional. Neste contexto, suxeriuse analizar como mellorar a organización supramunicipal dentro do marco constitucional vixente. Tamén se mencionou a importancia de considerar as circunstancias históricas e económicas ao reformular a capacidade de actuación das administracións locais.

O actual modelo de relacións intergubernamentais en España é complexo e presenta diversas disfuncionalidades. Este tende a non ser de carácter cooperativo entre os diversos niveis de goberno e é dependente en gran medida do Estado e das comunidades autónomas. Ademais, ese modelo a miúdo baséase nas relacións financeiras ou orzamentarias e carece dunha planificación axeitada.

Unha das características máis destacadas do modelo español de relacións intergubernamentais é a súa natureza bifronte, o que significa que as relacións da Administración local se desenvolven e que dependen tanto da AXE como das comunidades autónomas. Porén, na práctica, isto a miúdo tradúcese en relacións excluíntes, xa que as comunidades autónomas e a AXE con frecuencia tenden a excluírse mutuamente nas súas relacións cos gobernos locais.

Este modelo presenta desafíos importantes, como a falta de rendición de contas e de transparencia, a administrativización das interaccións en lugar de que domine o enfoque político, a prevalencia das relacións financeiras e orzamentarias e a escasa coordinación e planificación. Ademais, a dobre dependencia sinalada, así como a falta de solidariedade e de colaboración consolidada contribúen á complexidade e debilidade do modelo.

⁴ DÍAZ LEMA, J.M., "El Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿cambio de rumbo en la Administración local española?", *Anuario de Gobierno Local 2012*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2012; ARENILLA SÁEZ, M., "Las posibilidades de mejora del Estado autonómico", Baño León, J.M. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2015.

Neste contexto, a Administración local en España fai fronte ao desafío do infra-municipalismo, cun gran número de pequenos concellos con recursos limitados e escasa capacidade para brindar servizos de calidade aos seus cidadáns. Isto xerou desigualdades na prestación de servizos públicos que poderían superarse fortalecendo a coordinación ou a cooperación entre os diferentes niveis de goberno.

Para abordar estes desafíos, cómpre reformular a repartición competencial, definir claramente as atribucións das distintas administracións públicas e promover a colaboración e a xestión participada. Ademais, necesítase unha maior articulación entre os poderes territoriais e unha maior implicación das comunidades autónomas na ordenación do territorio de acordo coas necesidades e os dereitos dos cidadáns.

A análise dos concellos en España entre 1993 e 2011 mostra unha clara diferenza entre aqueles cunha poboación superior a 20.000 habitantes e os concellos máis pequenos. Os primeiros, que representan o 5 % do total e albergan o 68 % da poboación, teñen unha maior autonomía financeira e flexibilidade para reducir o gasto. Tamén teñen unha maior capacidade fiscal e niveis de endebedamento máis altos. Os concellos restantes caracterízanse por unha menor autonomía financeira e unha maior rixidez nas súas estruturas de gasto. Teñen custos fixos máis altos relacionados co persoal e a débeda, pero menores niveis de endebedamento e de aforro. Esta situación aconsella que, para os concellos con poboación superior a 20.000 habitantes, se deben promover a redución do gasto a través da delegación de competencias con garantías financeiras asociadas e a avaliación. En canto aos concellos máis pequenos, recoméndase a xeración de economías de escala e o apoio a través de estruturas territoriais que optimicen a prestación dos servizos considerando as limitacións impostas pola dispersión da poboación⁵.

A uniformidade do réxime local en España, tanto en termos normativos como orzamentarios, prexudica especialmente os concellos máis pequenos. Estes carecen de recursos humanos, económicos e materiais, o que lles impide proporcionarlle servizos públicos eficientes á súa poboación. Ademais, a complexidade das regras de xestión e as limitacións financeiras obstaculizan a súa capacidade administrativa e financeira⁶. Deste xeito, os pequenos concellos vense obrigados a exercer unhas determinadas competencias e seguir as mesmas regras que os concellos máis grandes.

Hai que destacar os retos relacionados coas competencias impropias e a súa falta de cobertura xurídica e financeira⁷. Esta situación estaba nos fundamentos da LRSAL, polo que se orientou a tratar de abordar o problema das competencias impropias que xeraban conflitos entre os niveis autonómico e local, especialmente no ámbito dos servizos sociais. Non obstante, hai que sinalar que a lei non aborda algúns aspectos do problema dos gastos impropios, como o exercicio de competencias propias en

⁵ ROMERA JIMÉNEZ, O. e CUTRÍN DOMÍNGUEZ, M., "Comentarios a la reforma de la Administración local", *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, n. 168, 2014.

⁶ ALMEIDA CERREDA, M., "Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 19, 2023, p. 61.

⁷ ALMEIDA CERREDA, M., "Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación", cit., p. 60; FONT I LLOVET, T. e GALÁN GALÁN, A., "La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?", *Anuario del Gobierno Local 2013*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, p. 31.

exceso en termos de cantidade ou calidade, o que pode comprometer a sostibilidade financeira dos concellos. Deste xeito, a norma prioriza a estabilidade orzamentaria pero non a eficiencia⁸.

As vías de financiamento non automáticas e incondicionadas seguen tendo un gran peso e contribúen a aumentar os custos estruturais das administracións españolas. Isto aconsella que se fortaleza o financiamento incondicionado e se incremente a súa capacidade administrativa e financeira, o que podería lograrse mediante un redimensionamento das súas obrigas, a adaptación das súas normas de funcionamento e un aumento no seu financiamento⁹.

Neste contexto, a delegación de competencias podería contribuír á racionalización competencial e financeira, sempre que vaia acompañada do financiamento axeitado e duradeiro para garantir que a entidade local poida exercer esas competencias eficazmente¹⁰.

Outro aspecto é o que se refire á necesidade de mellorar os controis de legalidade e a xestión económica no ámbito local, asegurando a calidade técnica e a independencia nestas funcións. Trátase con iso de garantir a transparencia e a legalidade na xestión dos recursos públicos locais¹¹.

O debate sobre as competencias e a organización das deputacións provinciais afróntase desde diversas perspectivas, destacando a importancia de eliminar duplicidades, mellorar a eficiencia e definir claramente o papel destas institucións no contexto da Administración local en España. No entanto, existen dúbidas sobre a súa aptitude para prestar servizos municipais debido á súa, en xeral, falta de capacidade organizativa, procedemental e de recursos humanos e materiais. Ademais, a representación política nestas institucións xera interrogantes en relación coa súa capacidade para asumir funcións de autoridade e servizos directos á cidadanía, aínda que hai numerosos exemplos que desmenten esta xeneralización. En calquera caso, parece necesario propor dun xeito serio a posibilidade de utilizar as deputacións como parte dun proceso de descentralización de competencias autonómicas. Finalmente, cómpre considerar se a existencia das comarcas e as deputacións, que realizan funcións similares en territorios reducidos, se xustifica en termos de eficiencia e gasto público¹².

A LRSAL trata de eliminar as duplicidades nas competencias locais, pero non logrou completamente os seus obxectivos. Ademais dos mecanismos normativos que establece a reforma, é importante a lealdade institucional entre as administracións

⁸ ARENILLA SÁEZ, M., PÉREZ GUERRERO, P. e ROMERA JIMÉNEZ, O., "El impacto de la reforma local española en los servicios sociales", Díaz Lema, J.M. (coord.), *Sostenibilidad financiera y Administración local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

⁹ CARBONELL PORRAS, E., "Las competencias locales diez años después de la LRSAL", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 19, 2023, p. 11.

¹⁰ DÍAZ LEMA, J.M., "Racionalización de las competencias locales", *Informe INAP*, 11 de abril de 2012, mimeografiado.

¹¹ AEPDA, Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, *VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Alicante, 8 e 9 de febreiro de 2013.

¹² BARRERO RODRÍGUEZ, C., "De nuevo sobre el nivel intermedio de gobierno local. ¿Qué cabe hacer sin reformar la Constitución?", *Documentación Administrativa*, n. 6, 2019.

e o liderado das comunidades autónomas para evitar as duplicidades e os baleiros competenciais¹³.

3 O cambio de orientación política da Administración local

Uns anos antes da crise que comezou en 2008 víñase propondo unha reforma profunda da xestión pública nalgúns países, como en España. Resaltábase a necesidade de enfocarse na planificación e na análise das necesidades e prioridades sociais co fin de evitar ou reducir os recortes lineais en épocas de crise, xa que adoitan ter efectos negativos. Ademais, avogábase pola reorganización do gasto corrente, combater o gasto suentario e improductivo e revisar as transferencias correntes en forma de subvencións. Salientábase a importancia de volver á modestia na xestión pública e centrarse no valor do diñeiro público e a rendibilidade social. Tamén se sinalaba a necesidade de simplificar o panorama das administracións territoriais, acadando un novo acordo político sobre o modelo territorial. Suxeríase racionalizar os entes instrumentais e fomentar a colaboración coas empresas privadas e a sociedade. Todo isto enmarcábase nunha revisión profunda do público para lograr un Estado eficiente e responsable. Non obstante, non sería este o sentido das medidas adoptadas e impostas pola UE na crise de 2008. Isto levou a que no caso español se optase polas medidas de axuste fronte ás reformas estruturais. Estas medidas suprimíronse paulatinamente a partir de 2014 ata que se volveu ao *statu quo* anterior á crise.

Na LRSAL conflúen inicialmente a tendencia do axuste, que, ademais, fortalecía os instrumentos de control do Ministerio de Facenda, e a que se orientaba a articular mellor as competencias territoriais sobre a base dunha xestión cooperativa. En calquera caso, pretendíase garantir a estabilidade financeira e competencial, a autonomía orzamentaria e o fortalecemento das relacións entre as comunidades autónomas e os entes locais na ordenación de competencias e a protección dos dereitos dos cidadáns a longo prazo¹⁴.

Abandonada a idea dunha reforma constitucional por inviable, só cabía a posibilidade de reformar a lexislación local. A reforma supón un cambio esencial no «mapa xenético» do goberno local, que agora, tras a modificación do artigo 135 da Constitución, debe equilibrar a autonomía local coas demandas de estabilidade orzamentaria e sostibilidade financeira¹⁵.

A xurisprudencia constitucional, mediante a STC 103/2013, sinalou que o Estado podería ampliar a regulación dun modelo municipal «común». Neste sentido, nas sentenzas constitucionais sobre a LRSAL, o tribunal mantivo que, aínda que se incrementaron os límites da regulación básica do Estado, persistía un espazo significativo

¹³ CARBONELL PORRAS, E., "Las competencias locales diez años después de la LRSAL", cit.; FONT I LLOVET, T. e GALÁN GALÁN, A., "La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?", cit.

¹⁴ ARENILLA SÁEZ, M., "Principios de la reforma local", *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, n. extraordinario, 2014.

¹⁵ FONT I LLOVET, T. e GALÁN GALÁN, A., "La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?", cit., p. 19

para o desenvolvemento autonómico de políticas propias¹⁶. O resultado é a limitación da autonomía local e da capacidade reguladora das comunidades autónomas principalmente pola modificación do artigo 135 da Constitución, polo novo alcance dado ao 149.1.18 e a introdución dos principios de estabilidade orzamentaria e a sostibilidade financeira¹⁷.

A reforma conduce a unha reavaliación da actividade das administracións locais en España, onde os principios de estabilidade orzamentaria e sostibilidade financeira inflúen ou determinan as súas accións e competencias¹⁸. Esta revisión alcanza á relación entre os concellos, especialmente os de menor poboación, e as súas deputacións provinciais e a coordinación dos servizos locais. Neste caso, o desexo de alcanzar economías de escala que permitisen unha maior eficiencia dos servizos públicos, ou simplemente a posibilidade da súa prestación, choca coa garantía da autonomía local. De aí que a súa efectividade dependa dos acordos políticos que alcancen os niveis gobernamentais subnacionais.

O retroceso na autonomía local alcanza ás limitacións e restricións introducidas pola LRSAL á capacidade das entidades locais para organizar os seus propios servizos. Así, condiciona a xestión por parte das entidades públicas empresariais ou das sociedades mercantís á demostración previa de que é máis sostible e eficiente que a xestión directa da entidade local ou dun organismo autónomo¹⁹.

Xunto a estes cambios de orientación xurisprudencial e xerenciais, atopamos os provenientes do discurso político. Non todos estes tiveron reflexo na reforma legal, aínda que algúns deles trataban de abrir espazos para unha maior coordinación e cooperación territorial. Así, no discurso do presidente do Goberno o 11 de xullo de 2012 no Congreso dos Deputados, xustifícase a reforma local na busca da austeridade, a eficiencia e a eliminación de duplicidades, seguindo o principio dunha «Administración, unha competencia». Sinalábase que a reforma pretendía delimitar as competencias, resolver os problemas de competencias impropias e fortalecer as deputacións provinciais para centralizar servizos. Ademais, desexábase robustecer o control das contas públicas locais, homoxeneizar e publicar as retribucións de alcaldes e concelleiros e reducir o número destes, así como diminuír ou eliminar as empresas públicas locais que xeren duplicidades e gastos ineficientes. É un discurso claramente aliñado cos requirimentos de axustes da Unión Europea e que se dirixía ás súas autoridades.

Este discurso complétase coa referencia do Consello de Ministros que aproba o Anteproxecto da reforma local o 13 de xullo de 2012. Ademais das ideas anteriores, entre outras, engádense a supresión das entidades locais menores; fortalecer o interventor municipal; traspasar competencias de mancomunidades ás deputacións

¹⁶ BAYONA ROCAMORA, A., "La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el Tribunal Constitucional. Comentarios a las primeras sentencias", *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n. 43 (Exemplar dedicado a: La remunicipalización de los servicios públicos locales), 2017.

¹⁷ FONT I LLOVET, T. e GALÁN GALÁN, A., "La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?", cit.

¹⁸ DÍAZ LEMA, J.M., "El Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿cambio de rumbo en la Administración local española?", cit., p. 49

¹⁹ CARBONELL PORRAS, E., "Las competencias locales diez años después de la LRSAL", cit., p. 12.

provinciais; fomentar a agrupación de servizos para reducir os custos; establecer estándares para os servizos obrigatorios e limitar o número do persoal eventual.

En liña con este claro cambio de orientación na regulación local española, propúxose modificar a Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, do réxime electoral xeral. Aínda que se desbotou a súa tramitación a principios de 2013 debido á falta de consenso interno e externo, na exposición de motivos do Anteproxecto de lei de xullo de 2012, insistíase na crise económica como razón para a redución do número de concelleiros, ademais de achegar o argumento de que existía unha representación desproporcionada nos concellos pequenos.

Na actualidade persiste este cambio de orientación establecido na LRSAL. Este conséntase no control permanente da xestión financeira e orzamentaria das entidades locais polo Ministerio de Facenda ou as autoridades equivalentes das comunidades autónomas e no seu sometemento efectivo aos principios establecidos no artigo 135 da Constitución, que se concretan na LOEOSF e se articulan para o ámbito local pola LRSAL. O resultado é dun avultado superávit que serviu para saldar o déficit do resto das administracións públicas españolas nas contas que debe render España ante as autoridades europeas²⁰.

En 2019, cun novo Goberno, trátase de reverter esta orientación mediante o *Anteproxecto de lei de modificación da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, para a recuperación da autonomía local*. Na súa exposición de motivos, proclámase que o seu obxectivo prioritario e urxente é a reforma da LRBRL «co fin de lles reintegrar aos concellos a súa plena capacidade de decisión política e, en suma, da autonomía local necesaria para satisfacer axeitadamente a prestación dos servizos públicos locais e as demandas e necesidades dos seus cidadáns, e iso sen prexuízo de continuar traballando nunha reforma global e de alcance da LRBRL, que adecúe esta aos novos parámetros políticos, xurídicos e sociais existentes no noso país».

Este obxectivo acompañábase, entre outras medidas, con que os concellos puidesen deseñar políticas públicas propias; potenciar o autogoberno local; fortalecer a función representativa dos cargos electos locais e o acceso á información pública; incorporar proxectos de novos programas de gasto; e ampliar as competencias locais. É significativo sinalar que na exposición de motivos se recoñece «a favorable evolución do conxunto do subsector local» en materia de cumprimento dos obxectivos de estabilidade orzamentaria, de forma continuada e sostida no tempo», o que permitiría a conveniencia ou necesidade de «flexibilizar e abrir o réxime dos investimentos financeiramente sostibles».

Como é sabido, a proposta non saíu adiante. Púxose de manifesto unha vez máis que a reforma local concita posicións moi diversas e que normalmente o seu éxito depende máis dun forte liderado político ou do impulso exterior, normal da UE, que da negociación entre os numerosos actores que interveñen nela.

²⁰ FEMP, *Compromiso con la financiación local*, cit.

4 Os obxectivos da reforma

Os numerosos actores intervinientes no proceso de reforma local tiñan os seus propios obxectivos que loxicamente non alcanzaron dun xeito pleno. Non obstante, un mérito da reforma foi concitar importantes puntos de encontro e acordo entre todos eles que, finalmente, fixeron posible a reforma e que se manteña na actualidade. Isto sucedera antes en 1999 e 2003. En 2013, o contexto de crise económica e financeira e a presión europea foron decisivos para alcanzar o éxito nunha reforma que, a diferenza das sinaladas, limitaba a autonomía local.

Os borradores iniciais elaborados polo Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) desde maio de 2012 partían de promover unha maior cooperación, eficiencia e claridade na distribución de competencias e responsabilidades entre os diferentes niveis de goberno en España. O obxectivo era mellorar as condicións de vida dos cidadáns e o desenvolvemento da sociedade e das empresas. Para iso, era preciso revisar e adaptar o sistema competencial dos concellos e as provincias para que fose máis flexible e se axustase á diversidade das realidades territoriais. Isto implicaba promover un diálogo efectivo entre as comunidades autónomas, as provincias e os concellos, buscando un enfoque máis integrado e cooperativo na prestación de servizos públicos, aínda que se era consciente de que isto non se podía impor nun texto legal.

Un dos aspectos clave foi fomentar o traspaso, a delegación ou a sinatura de convenios estables de competencias principalmente desde as comunidades autónomas cara aos entes locais. Isto debería contribuír a unha distribución máis equitativa do poder político e a unha maior eficiencia na prestación de servizos. Facíase fincapé na importancia de garantir a claridade na asignación de responsabilidades dos gobernos locais, especialmente os municipais, e no financiamento adecuado cando se producise a ampliación das súas competencias. Isto lograríase mediante unha dotación orzamentaria completa e estable por un período mínimo de cinco anos cando se delegasen competencias desde o nivel estatal ou autonómico ou a través de convenios, garantindo así a estabilidade na prestación de servizos aos cidadáns.

A reforma introduciu unha xerarquía competencial no ámbito municipal ligada á sostibilidade financeira e a estabilidade orzamentaria e outros requisitos como o pronto pagamento aos provedores. Así, a lei establece unha xerarquía entre competencias obrigatorias e non obrigatorias. Só as competencias non obrigatorias, incluíndo as relacionadas coa actividade económica e as realizadas polas entidades instrumentais, poden abordarse se as competencias obrigatorias contan con garantías de sostibilidade financeira e estabilidade orzamentaria. Isto leva consigo a coordinación coas comunidades autónomas para definir a gama de servizos non obrigatorios, en particular no ámbito dos servizos sociais. No caso dos concellos de menor tamaño, a colaboración coas deputacións provinciais e as comunidades autónomas é fundamental para garantir a sostibilidade e a prestación dos servizos básicos, así como unha mellor planificación territorial tanto para os servizos obrigatorios como para os non obrigatorios.

A colaboración, a cooperación e a coordinación entre as diferentes administracións públicas son elementos clave neste enfoque. É esencial que a Administración máis directamente relacionada cunha competencia asuma o liderado entre as administracións que comparten responsabilidades sobre a mesma materia, aplicando o principio de subsidiariedade xunto co de capacidade de xestión. A visión anterior aparelaba a necesidade de redefinir o papel das provincias, ampliando as súas competencias para executar tarefas atribuídas ás comunidades autónomas e aos concellos máis pequenos. Está claro que, se non existe vontade de establecer un diálogo sobre os servizos que deben recibir os cidadáns, como o reflectiron varias comunidades nos seus textos legais de «adaptación» á LRSAL, pouco ou nada se pode facer desde a lexislación básica do Estado.

Outro obxectivo inicial da reforma foi destacar a importancia da rendición de contas aos cidadáns. A transparencia na xestión e a claridade nas retribucións dos dirixentes e empregados públicos son elementos esenciais para fortalecer a confianza entre a Administración local e a comunidade á que serve. A isto hai que engadir a introdución, primeiro, do custo estándar e, finalmente, no texto legal do custo efectivo, que ten un significativo impacto no fortalecemento democrático da xestión pública local. As fortes resistencias á súa implantación evidencian a cultura política e administrativa dominante no noso país.

Os aspectos anteriores mostran que as cuestións esenciais da reforma local non son principalmente de natureza xurídica, sendo moi importante, senón política. Trátase de reordenar a distribución do poder do Estado no territorio, tanto no seu conxunto como no ámbito autonómico e local. Isto leva consigo unha revisión profunda do modelo competencial e financeiro mediante a adopción de pactos políticos. De non se facer así, cada intento de reforma rematará, as poucas veces que se concrete, no mantemento da situación existente introducindo pequenas variacións. A repartición competencial entre o Estado e as comunidades autónomas a partir da Constitución de 1978 determina o marco real de competencias dos entes locais e o seu financiamento. Esta situación corrixiuse parcialmente no caso das illas, pero a tramitación da LRSAL mostrou a capacidade de veto que teñen as comunidades autónomas na reforma local. Polo tanto, requírese unha reflexión real que contemple todos os elementos que interveñen na distribución do poder no territorio. Finalmente, parece un tanto arriscado que se vinculouse o futuro do financiamento local ao autonómico, posto que o peso e a complexidade deste é incomparable co local e que o sistema de financiamento autonómico se mantén prorrogado desde 2014. As causas desta prórroga están entre as que impiden avanzar cara a un novo modelo territorial de servizos públicos.

5 Os efectos da reforma

Podería existir certo acordo sobre os efectos da reforma en que produciu impactos significativos no gasto e a estabilidade financeira, pero non logrou unha reordenación substancial das competencias municipais. Xa se sinalou que principalmente isto foi debido a que non se produciu un diálogo entre as comunidades autónomas e os seus

REGAP



ESTUDIOS

entes locais como trataba de inducirse na reforma, o que levou a manter o *statu quo* nas normas que aprobaron as comunidades autónomas tras a entrada en vigor da LRSAL.

Entre os efectos da reforma de 2013 hai que sinalar que estableceu, como se sinalou, unha xerarquía entre as competencias obrigatorias e as non obrigatorias, ademais de reforzar as competencias de coordinación das deputacións provinciais e entidades equivalentes en concellos con menos de 20.000 habitantes²¹. En calquera caso, non cabe dúbida de que a reforma tivo un impacto relevante no gasto local e no cumprimento dos obxectivos de estabilidade orzamentaria e sostibilidade financeira²².

A reforma limitou a capacidade de actuación das entidades locais en determinadas competencias que foran propias, ademais de requirir informes vinculantes doutras administracións para exercer competencias «impropias», o que debilita a autonomía local e o exercicio libre de competencias locais²³. A isto hai que engadir a prohibición da asunción de competencias a todas as entidades locais que non estean atribuídas na lei e para as que non contén co financiamento axeitado²⁴. Potencialmente, a competencia máis afectada polo novo marco regulatorio serían os servizos sociais, xa que representaron entre 2003 e 2011 o 42 % do gasto impropio total, aínda que a efectividade da reforma se demora ata o establecemento do novo marco de financiamento autonómico e local. Non obstante, a reforma non abordou o exercicio das competencias propias a un nivel superior ao desexable en termos de cantidade ou calidade no ámbito das competencias propias, a pesar de que, como se constatou, este feito pode ameazar a sostibilidade financeira futura dos concellos. A obriga establecida de calcular, comunicar e publicar o custo real dos servizos proporcionados non parece ser suficiente para conxurar esa ameaza. Deste xeito, a normativa priorizar a estabilidade orzamentaria, pero non necesariamente a eficiencia²⁵.

A reforma non se limita a cambios normativos precisos, senón que afecta ao sistema de goberno local no seu conxunto e ao papel do lexislador estatal, que se ve ampliado. Sobre esta cuestión, a lei utiliza o termo «Administración local» en lugar de «Goberno local»²⁶. Este aspecto non é meramente nominal, senón que debe entenderse como un acto declarativo de orientación da reforma.

A LRSAL reduce o poder das comunidades autónomas nas materias recollidas no artigo 25.2, na definición do mapa municipal, nos cambios nos límites dos concellos, na creación de novos concellos e a súa fusión, así como na regulación das entidades de ámbito territorial inferior ao concello (EATIC), que as converte en entidades desconcentradas deste. O Tribunal Constitucional aceptou que a competencia estatal

²¹ ARENILLA SÁEZ, M., "El nuevo sistema de competencias locales", Santamaría Pastor, J.A. (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014.

²² CARBONELL PORRAS, E., "Las competencias locales diez años después de la LRSAL", cit., p. 9.

²³ BAYONA ROCAMORA, A., "La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el Tribunal Constitucional. Comentarios a las primeras sentencias", cit., p. 295.

²⁴ FONT I LLOVET, T. e GALÁN GALÁN, A., "La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?", cit., p. 32.

²⁵ ARENILLA SÁEZ, M., PÉREZ GUERRERO, P. e ROMERA JIMÉNEZ, O., "El impacto de la reforma local española en los servicios sociales", cit.

²⁶ FONT I LLOVET, T. e GALÁN GALÁN, A., "La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?", cit., pp. 19-20.

básica fixe novos límites para a creación de concellos, establecendo un mínimo de 5.000 habitantes, co fin de asegurar a súa viabilidade económica²⁷.

Por outra banda, os esforzos que se fixeron para reducir as entidades instrumentais das administracións públicas acadaron amplamente os obxectivos establecidos. Isto sucedeu tanto en caso das comunidades autónomas como nas entidades locais²⁸.

A cuestión das deputacións provinciais suscita todo tipo de controversias que derivan moitas veces da posición que se adopte sobre a súa existencia. Unha vez que non parece posible unha reforma constitucional que revise esta, trátase de optimizar a súa función en relación coa garantía dos servizos que prestan os pequenos concellos, así como de evitar que se orienten a uns indeterminados intereses peculiares da provincia. Non obstante, o modelo descansa en boa medida sobre a vontade de impulsar a xestión conxunta de servizos deses pequenos concellos efectuada por estes e pola deputación provincial co fin de lograr unha maior eficiencia. Para iso sería necesaria unha forte iniciativa política na que debería participar ou liderar cada comunidade autónoma.

A intervención das deputacións provinciais cando os custos dos servizos dos concellos de menos de 20.000 habitantes superen os servizos coordinados polas deputacións foi avalada polo Tribunal Constitucional. Esta actuación poden facela elas de forma directa ou mediante fórmulas de xestión compartida a través da planificación. O obxectivo é lograr unha xestión máis eficiente que reduza os gastos. Ademais, se as deputacións provinciais determinan que os gastos reais dos servizos proporcionados polos concellos son máis altos que os servizos coordinados ou subministrados por elas, deberán incorporar ao plan provincial de cooperación ás obras e servizos de competencia municipal métodos de prestación unificada ou supramunicipal co fin de reducir os gastos reais. Esta intervención provincial tamén foi validada polo alto tribunal²⁹.

Malia o ton negativo dunha parte da literatura académica sobre a LRSAL, atopamos varios aspectos que se sinalan como positivos. Así, salientase o seu fomento da iniciativa privada, que se ve reflectido na obrigatoriedade de considerar o impacto no mercado e a competencia tanto na xestión de servizos públicos en réxime de monopolio como no exercicio de actividades económicas locais³⁰.

No que atinxe á xestión dos servizos públicos locais, valórase positivamente o establecemento dun procedemento xustificativo baseado en criterios que promoven a sostibilidade e a eficiencia, ao mesmo tempo que establece unha orde de prioridade entre as diferentes formas de xestión dos servizos públicos, preferíndose a xestión directa. Así, introdúcese unha serie de criterios que restrinxen a discrecionalidade

²⁷ BAYONA ROCAMORA, A., "La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el Tribunal Constitucional. Comentarios a las primeras sentencias", cit., pp. 288 e ss.

²⁸ VIDAL PRADO, C. e DELGADO RAMOS, D., "La reforma de las Administraciones Públicas y el Estado Social en la crisis económica (2012-2015)", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n. 17, 2017, p. 51.

²⁹ BAYONA ROCAMORA, A., "La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el Tribunal Constitucional. Comentarios a las primeras sentencias", cit., pp. 301 e 302.

³⁰ CARBONELL PORRAS, E., "Las competencias locales diez años después de la LRSAL", cit., p. 31; MONTOYA MARTÍN, E., "Algunas reflexiones sobre los servicios públicos e iniciativa económica local: Balance tras diez años de aprobación de la LRSAL", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 19, 2023, pp. 41 e 57.

da Administración minimizando a súa liberdade de elección. Esta liberdade vese máis restrinxida polo artigo 107.3 da Lei de réxime xurídico do sector público, ao establecer que as entidades públicas empresariais se financiarán maioritariamente a través de ingresos xerados no mercado, a menos que cumpran cos requisitos para seren consideradas como un «medio propio personificado» segundo o disposto na Lei de contratos do sector público³¹.

Ademais, o Tribunal de Contas observou que algunhas entidades locais utilizan a regulación destinada ao cálculo do custo efectivo dos servizos, segundo o artigo 116 ter, para completar a memoria que acompaña a conta xeral na que se detallan os obxectivos programados³².

Polo que respecta á regulación das competencias delegadas, a reforma fortalece un punto débil na delegación, que consiste en asegurar que esta se leve a cabo en condicións que non prexudiquen os recursos e medios locais e que a súa aplicación estea avalada por unha planificación axeitada e encamiñada á mellora da xestión pública³³.

6 A aplicación da reforma

Xa se insistiu en que unha parte significativa da reforma local, que non está ligada aos aspectos de control financeiro e orzamentario, descansa sobre a vontade das entidades territoriais en establecer unha forma de xestión cooperativa sobre os servizos públicos. Isto choca cunha cultura político-administrativa baseada na delimitación precisa de competencias e na litixiosidade en caso de discrepancia. Segue sen considerarse suficientemente que as políticas públicas son únicas, igual que os seus destinatarios, e que as súas fases están repartidas entre diversos responsables públicos que deben colaborar para que o resultado sexa o mellor posible para o cidadán. No seu lugar adóitanse crear numerosos organismos en todos os niveis gobernamentais, que están máis preocupados por defender o seu ámbito competencial que por chegar a acordos ou integrarse.

Desde un primeiro momento, o Ministerio de Facenda e Administracións Públicas (MINFAP) foi consciente de que a LRSAL formulaba unha serie de cuestións problemáticas que comezaba polo lema dunha «Administración, unha competencia». Tras a entrada en vigor da lei, os concellos debían iniciar un proceso de axuste ao novo modelo de competencias, co obxectivo de eliminar as «competencias impropias». Isto supuña que debían enfocarse en exercer unicamente aquelas competencias para as cales estean debidamente autorizados e para as que contan con garantías financeiras para a súa sostibilidade. Co fin de facilitar e homoxeneizar a interpretación da LRSAL, o MINFAP emitiu unha serie de notas a partir da entrada en vigor da lei. Vanse seleccionar a continuación algúns aspectos delas.

³¹ MONTOYA MARTÍN, E., "Algunas reflexiones sobre los servicios públicos e iniciativa económica local: Balance tras diez años de aprobación de la LRSAL", cit., p. 46.

³² MONTOYA MARTÍN, E., "Algunas reflexiones sobre los servicios públicos e iniciativa económica local: Balance tras diez años de aprobación de la LRSAL", cit., p. 55.

³³ BAYONA ROCAMORA, A., "La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el Tribunal Constitucional. Comentarios a las primeras sentencias", cit., p. 298.

Polo que respecta ás competencias distintas das propias ou das atribuídas por delegación, a interpretación inicial do MINFAP foi que debían tratarse como novas competencias. Por iso debían avaliarse segundo os termos do artigo 7.4 para determinar se o concello podería exercelas ou non. Esta interpretación non foi admitida polas comunidades autónomas que lexislaron para que os concellos seguisen exercendo esas competencias sen cumprir cos requisitos dese artigo.

Tamén suscitou dúbidas a garantía de financiamento das competencias delegadas e dos convenios de colaboración. As leis autonómicas que se aprobaron só cobren as delegacións, pero non os convenios.

No referente á función de coordinación das deputacións provinciais respecto aos servizos mínimos do artigo 26.2, xurdiron dúbidas sobre se era necesaria a conformidade municipal. Á marxe do pronunciamento posterior do Tribunal Constitucional a favor da coordinación, o MINFAP, de acordo coa FEMP, optou por suxerir que a actuación da deputación se suxeitase á aprobación do concello, como propuxo no seu momento o Consello de Estado. Derivado desta cuestión, varios concellos formularon se debían seguir prestando servizos debido á falta dunha proposta de coordinación por parte da deputación provincial. O criterio do MINFAP foi o de que, ao tratarse de servizos mínimos obrigatorios municipais, os concellos deberían continuar proporcionándoos.

A LRSAL reforza o papel das deputacións provinciais na coordinación e a cooperación cos concellos para prestar os servizos públicos. Así, determina que esas entidades teñen a obriga de proporcionar servizos de recollida de residuos en concellos con menos de 5.000 habitantes se estes non os ofrecen, así como os servizos de prevención e extinción de incendios en concellos con menos de 20.000 habitantes se non os brindan. Estas son competencias propias das deputacións e exércense se os concellos non as proporcionan.

No relativo ao custo efectivo dos servizos, a súa regulación estableceuse na Orde FAP/2075/2014, do 6 de novembro, pola que se establecen os criterios de cálculo do custo efectivo dos servizos prestados polas entidades locais e na Resolución do 23 de xuño de 2015, da Secretaría Xeral de Coordinación Autonómica e Local. Na actualidade, os custos das entidades locais están publicados na páxina do Ministerio de Facenda e Función Pública, aínda que os seus datos non están, en xeral, actualizados nin tampouco están validados polo ministerio.

Tras a entrada en vigor da lei, as comunidades autónomas ditaron unha variada normativa de urxencia, desenvolvemento, adaptación ou aclaración á LRSAL. A resposta do MINFAP foi iniciar en moitos casos o procedemento previsto no artigo 33.2 da Lei orgánica do Tribunal Constitucional e manter reunións cos grupos de traballo correspondentes; noutros casos, remitíronse cartas de cooperación e requirimentos previos á aplicación do artigo 44.1 da Lei da xurisdición contencioso-administrativa. Emporiso, a vontade política naquel momento, unha vez que se constatou que se estaban a cumprir os obxectivos de suficiencia financeira e de estabilidade orzamentaria, non foi empregar a vía contenciosa por parte do Goberno.

Regap



ESTUDIOS

7 Os intentos de reforma posteriores

A oposición á lei foi moi ampla e púxose de manifesto dun xeito evidente nos recursos presentados. O máis salientable foi o interposto polo Concello de Barcelona e 2.392 concellos que fixeron uso por primeira vez da posibilidade que ofrecía a Lei orgánica 7/1999, do 21 de abril, de presentar ante o Tribunal Constitucional un conflito en defensa da autonomía local. A este seguíronlle varios recursos das comunidades autónomas ante o Tribunal Constitucional. O certo é que as sentenzas non desvirtuaron os aspectos esenciais nin a orientación da LRSAL.

A elección dun novo presidente da FEMP tras as eleccións locais de 2015 marcou o inicio dunha postura belixerante contra a lei. Aínda que se expresou a idea de que se suspendera a súa aplicación ata que se acordase un novo financiamento autonómico, os mecanismos de control financeiro e orzamentario, xunto coa maioría das súas disposicións, permaneceron intactos ata a data.

Desde entón propúxose a reorganización da prestación de servizos locais; a adecuación das competencias municipais, a estrutura organizativa e un réxime de funcionamento acordos coas diferentes dimensións e competencias; e mellorar a calidade técnica da lei, así como definir o papel das deputacións, especialmente en relación cos concellos máis pequenos³⁴.

No ano 2020, incluíuse no Plan Anual Normativo do Goberno de España a aprobación dunha Lei de modificación da LRBRL para a recuperación da autonomía local, co obxectivo de establecer un estatuto básico para concellos pequenos e manter a calidade democrática e a provisión de servizos públicos de calidade en todo o territorio³⁵. Chegouse a redactar un Anteproxecto de lei de modificación da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, para a recuperación da autonomía local e a memoria de impacto normativo correspondente. A iniciativa abandonouse ao longo de 2022.

En xaneiro de 2022, a ministra de Política Territorial, nunha intervención no Senado, anunciou a aprobación dun Estatuto Básico dos Concellos de Menor Poboación que se enmarcaba na *Estratexia Nacional fronte ao Reto Demográfico*. Os obxectivos eran garantir «a igualdade de oportunidades para todos os cidadáns e cidadás vivan onde vivan». Non obstante, tamén se renunciou a esta iniciativa durante ese ano.

Na exposición de motivos do anteproxecto de reforma da LRBRL sinálase: «a favorable evolución do conxunto do subsector local en materia de cumprimento dos obxectivos de estabilidade orzamentaria, de forma continuada e sostida no tempo». A continuación, afirma que esta situación permitiría a conveniencia ou necesidade de «flexibilizar e abrir o réxime dos investimentos financeiramente sostibles».

³⁴ BARRERO RODRÍGUEZ, C., "De nuevo sobre el nivel intermedio de gobierno local. ¿Qué cabe hacer sin reformar la Constitución?", cit., pp. 84 e ss.; BARRERO RODRÍGUEZ, C., "Presentación", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 19, 2023, p. 7; CARBONELL PORRAS, E., "Las competencias locales diez años después de la LRSAL", cit., p. 9; ALMEIDA CERREDA, M., "Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación", cit., p. 61.

³⁵ ALMEIDA CERREDA, M., "Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación", cit., p. 61.

Deste xeito, recoñécese o significativo impacto da modificación da regulación local efectuada a partir de 2012.

As iniciativas públicas son o resultado da interacción de diversos intereses e actores que operaron nun momento e contexto específicos, desempeñando roles diferentes e ás veces diverxentes. Na reforma de 2013, as autoridades e organismos da Unión Europea promoveron e supervisaron os axustes e as reformas que se efectuaron. Existía, polo tanto, unha clara necesidade de axustar a lexislación local e dar resposta urxente e efectiva á grave crise económica e financeira. Este impulso, ou outro de similar intensidade, non se atopa nos intentos de reforma local anteriores, nin tampouco nos máis recentes que se acaban de sinalar.

Os actores clave implicados nas políticas públicas inclúen o goberno, as entidades subnacionais, os partidos políticos, os grupos de interese, os cidadáns, os expertos e académicos, os medios de comunicación, a burocracia e os organismos de control. Cada un deles posúe as súas propias preferencias, obxectivos e recursos³⁶. É importante salientar que o resultado da lexislación é máis unha consecuencia da combinación de intereses que operan nun momento e contexto específicos que o resultado dun «lexislador» anónimo. Se se reorganizan eses intereses e actores nun momento e contexto diferentes, é probable que se obteña un resultado distinto, como vemos que ocorreu nas iniciativas de reforma local desde 1985.

8 Conclusións

Entre 2008 e 2012, España enfrontouse a unha grave crise económica con altas taxas de desemprego que abordou con duras medidas de austeridade. A reforma do artigo 135 da Constitución en 2011, a instancias da Unión Europea, priorizou a estabilidade orzamentaria e a suficiencia financeira. O país quedou baixo o estricto control da Comisión Europea, que se viu reflectido nos sucesivos programas nacionais de reformas. No de 2012 incluíuse a reforma local. Esta orientouse principalmente a adaptarse á LOEFSF aprobada ese ano garantindo a sostibilidade das entidades locais, sen buscar unha reforma integral do réxime local pero afectando ás competencias autonómicas. Dez anos despois pódese afirmar que as metas financeiras da LRSAL se cumpriron, como evidencia o amplo superávit do conxunto das entidades locais.

No ámbito local, persisten problemas non resoltos, como o desaxuste dos gobernos locais no modelo autonómico. Ademais, o modelo de relacións intergubernamentais locais é complexo e a miúdo non cooperativo, así como dependente do Estado e das comunidades autónomas. Neste modelo, dominan as relacións financeiras ou orzamentarias e carece dunha planificación axeitada. A isto hai que engadir desafíos como a falta de rendición de contas e a administrativización das relacións, en lugar de predominar o enfoque político. Ademais, o goberno local enfróntase ao reto do inframunicipalismo. Isto xerou desigualdades significativas na prestación de servizos públicos. Todo iso contribúe á complexidade e debilidade do sistema local.

³⁶ DENTE, B. e SUBIRATS HUMET, J., *Decisiones públicas. Análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas*, Ariel, Barcelona, 2014, p. 77.

Para afrontar estes desafíos, é necesario repensar a distribución de competencias, establecer de xeito inequívoco as responsabilidades das diversas entidades públicas e fomentar e alcanzar a colaboración e a xestión cooperativa. Tamén se require unha maior coordinación entre os niveis de goberno e un maior compromiso das comunidades autónomas na planificación territorial, co fin de satisfacer as necesidades e de garantir dun xeito efectivo os dereitos dos cidadáns.

As fontes de financiamento non automáticas e incondicionadas seguen sendo moi significativas, o que fai que se incrementen os custos estruturais e de xestión das administracións españolas, así como a ineficiencia. Cómpre fortalecer o financiamento incondicionado e mellorar a súa capacidade administrativa e financeira mediante a adaptación das normas, o aumento do financiamento, unha revisión das obrigas e o incremento da transparencia e a rendición de contas. A delegación de competencias pode ser unha vía para a racionalización dos recursos, sempre que se acompañe dun financiamento axeitado para garantir unha execución eficaz.

O papel das deputacións provinciais segue sendo controvertido ao dubidarse da súa capacidade institucional e da asunción de funcións de autoridade e de servizos directos á cidadanía, aínda que hai numerosos exemplos que desmenten esta xeneralización. Ademais, cuestiónase a existencia de deputacións e de comarcas realizando funcións similares.

A LRSAL oríentase a eliminar as duplicidades nas competencias locais. Isto debe lograrse, ademais de empregando os mecanismos normativos que contén, fomentando e practicando a lealdade institucional entre os diversos poderes territoriais, así como o liderado territorial das comunidades autónomas para evitar duplicidades e lagoas.

Na nova lei fusionáronse dúas tendencias iniciais: unha orientada cara ao axuste fiscal que fortalecía os mecanismos de control do Ministerio de Facenda e outra que buscaba mellorar a xestión colaborativa das competencias territoriais. O obxectivo principal desa fusión era garantir a estabilidade financeira e competencial, promover a autonomía orzamentaria e fortalecer as relacións entre as comunidades autónomas e os entes locais para a ordenación das competencias e a protección a longo prazo dos dereitos dos cidadáns.

O cambio de orientación respecto á autonomía local vese avalado no esencial polo Tribunal Constitucional ao establecer que o Estado podía ampliar a regulación dun modelo municipal común, xa que isto aínda lles permitía ás comunidades autónomas desenvolver as súas propias políticas. O resultado é a restrición da autonomía local e da capacidade reguladora das comunidades autónomas respecto ao modelo de 1985. O axuste da autonomía alcanza, por exemplo, a xestión por parte das entidades públicas empresariais e as sociedades mercantís; e as relacións dos concellos coas súas deputacións provinciais.

A nova orientación política da regulación local plásmase nos discursos políticos que, pola súa vez, se alían cos requirimentos da Unión Europea e que chegan mesmo a cuestionarse reformar a lei electoral para reducir o número de concelleiros, cuestión que non se levou a cabo. Hoxe en día, mantense o cambio de orientación

establecido en 2013, evidenciado polo efectivo control financeiro e orzamentario das entidades locais polo Ministerio de Facenda e as autoridades autonómicas. O resultado é un superávit significativo que se utilizou para compensar o déficit doutras administracións públicas. Os intentos de reverter a LRSAL co novo Goberno a partir de 2018 non tiveron éxito.

Os primeiros borradores elaborados polo INAP pretendían mellorar a cooperación, a eficiencia e a claridade na distribución de competencias e responsabilidades entre os diferentes niveis de goberno en España. O obxectivo era adaptar o sistema competencial dos concellos e as provincias para que fose máis flexible e se axustase á diversidade de realidades territoriais. Isto requiría promover un diálogo efectivo entre as comunidades autónomas, as provincias e os concellos para lograr un enfoque máis integrado e cooperativo na prestación de servizos públicos, aínda que se recoñecía que isto non se podía impor nun texto legal.

Un aspecto ben valorado da reforma local foi a obriga de financiar plenamente e durante cinco anos as delegacións ou convenios nos que interviñesen os entes locais. Non obstante, algunhas comunidades autónomas, nas normas que aprobaron tras a LRSAL, limitaron a súa aplicación só ás delegacións.

A reforma estableceu unha xerarquía de competencias no ámbito municipal, baseada na sostibilidade financeira e a estabilidade orzamentaria. Só as competencias non obrigatorias, que inclúen a actividade económica e as realizadas polas entidades instrumentais, poden abordarse se as competencias obrigatorias cumpren cos requisitos de sostibilidade financeira e de estabilidade orzamentaria. Isto supón activar a colaboración, a cooperación e a coordinación entre as distintas administracións e implica repensar o rol das provincias, ampliando as súas competencias para asumir tarefas atribuídas ás comunidades autónomas e aos concellos máis pequenos. Non obstante, se non existe vontade para dialogar sobre os servizos destinados aos cidadáns, como algunhas comunidades demostraron nas súas lexislacións de «adaptación» a LRSAL, a lexislación estatal básica ten claras limitacións para lograr eses obxectivos.

A reforma tiña tamén como finalidade promover a rendición de contas, a transparencia na xestión e a claridade nas retribucións dos empregados e responsables públicos para fortalecer a confianza nos gobernos locais. Ademais, introduciuse o custo efectivo dos servizos coa finalidade de favorecer o fortalecemento democrático da xestión pública local. A evidente oposición á súa implementación pon de manifesto a cultura política e administrativa española. Isto débenos facer pensar que os aspectos esenciais da reforma local non son principalmente de natureza xurídica, sendo moi importantes, senón política. Por iso, cómpre unha análise profunda que considere todos os factores relacionados coa distribución do poder no territorio. Finalmente, asociar o futuro do financiamento local ao autonómico parece arriscado. A prórroga do sistema de financiamento autonómico desde 2014 evidencia a gran dificultade para avanzar cara a un novo modelo territorial de servizos públicos.

Os efectos da reforma pódense concretar, entre outros, na estabilidade orzamentaria e a sostibilidade financeira; o establecemento dunha xerarquía das competencias;

Regap



ESTUDIOS

o reforzamento das competencias de coordinación das deputacións provinciais; a asunción por estas, en determinadas condicións, dos servizos dos concellos de menos de 20.000 habitantes; a introdución do custo efectivo dos servizos; a redución do poder das comunidades autónomas na definición do mapa municipal; a diminución significativa do número das entidades instrumentais; o fomento da iniciativa privada no ámbito local; a preferencia da xestión directa; unha mellor xustificación da conta xeral mediante o emprego do custo efectivo dos servizos; e a mellora das condicións nas que se efectúan os convenios e as delegacións.

Persiste a falta de recoñecemento da unicidade das políticas públicas e dos seus beneficiarios, o que levou á creación de numerosos organismos, que están máis enfocados a protexer as súas áreas de competencia que a colaborar ou integrarse para ofrecer un mellor rendemento e unha maior eficiencia.

Desde que a lei entrou en vigor, o MINFAP emitiu unha serie de notas aclaratorias sobre, entre outros, os seguintes aspectos: as competencias distintas das propias ou das atribuídas por delegación; a conformidade municipal para aceptar a coordinación das deputacións nos servizos mínimos do artigo 26.2; e o financiamento das competencias delegadas e dos convenios. A interpretación dada, as leis autonómicas aprobadas e a inacción do MINFAP nalgúns casos de incumprimento fixeron que predomine nestes aspectos e outros conexos o *statu quo* anterior.

A potencialidade do emprego do custo efectivo dos servizos para transformar a xestión local e fomentar a transparencia e a rendición de contas apenas foi empregada. De novo impúxose a cultura político-administrativa tradicional.

As diversas sentenzas do Tribunal Constitucional en contestación aos recursos interpostos pola aprobación da LRSAL non desvirtuaron a súa orientación nin os seus aspectos esenciais. Os cambios políticos producidos, primeiro na FEMP en 2015 e logo no Goberno de España en 2018 non lograron modificar a reforma de 2013, a pesar de que se tramitou un anteproxecto de lei para tal efecto. Tamén fracasou o intento de aprobar en 2022 un Estatuto Básico dos Concellos de Menor Poboación. É significativo sinalar, para os efectos de comprobar a eficacia da LRSAL, que na exposición de motivos do citado anteproxecto de lei se recoñecía o «cumprimento dos obxectivos de estabilidade orzamentaria, de forma continuada e sostida no tempo».

Finalmente, cómpre subliñar que os resultados da lexislación son máis o produto da combinación dos intereses en xogo nun momento e nun contexto específicos que a consecuencia dun «lexislador» anónimo. No caso da LRSAL, interactuaron numerosos intereses representados por unha serie de actores, algúns dentro da propia Administración xeral do Estado, que tiveron un peso variable no resultado da reforma.

Bibliografía

AEPDA, Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, *VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Alacante, 8 e 9 de febreiro de 2013.

- ALMEIDA CERREDA, M., “Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 19, 2023, pp. 59-81. <https://doi.org/10.24965/reala.11203>
- ARENILLA SÁEZ, M., “Principios de la reforma local”, *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, n. extraordinario, 2014, pp. 8-37.
- ARENILLA SÁEZ, M., “El nuevo sistema de competencias locales”, Santamaría Pastor, J.A. (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, pp. 25-55.
- ARENILLA SÁEZ, M., “Génesis y finalidad de la reforma”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. extraordinario, 2015, pp. 11-18.
- ARENILLA SÁEZ, M., “Las posibilidades de mejora del Estado autonómico”, Baño León, J.M. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 1247-1271.
- ARENILLA SÁEZ, M., PÉREZ GUERRERO, P. e ROMERA JIMÉNEZ, O., “El impacto de la reforma local española en los servicios sociales”, Díaz Lema, J.M. (coord.), *Sostenibilidad financiera y Administración local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., “De nuevo sobre el nivel intermedio de gobierno local. ¿Qué cabe hacer sin reformar la Constitución?”, *Documentación Administrativa*, n. 6, 2019, pp. 81-102.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Presentación”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 19, 2023, pp. 6-7. <https://doi.org/10.24965/reala.11214>
- BAYONA ROCAMORA, A., “La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el Tribunal Constitucional. Comentarios a las primeras sentencias”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n. 43 (Ejemplar dedicado a: La remunicipalización de los servicios públicos locales), 2017, pp. 284-305.
- CARBONELL PORRAS, E., “Las competencias locales diez años después de la LRSAL”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 19, 2023, pp. 8-28. <https://doi.org/10.24965/reala.11192>
- DELGADO RAMOS, D., “Un balance constitucional de la estabilidad presupuestaria: la reforma del artículo 135 de la Constitución diez años después”, Delgado Ramos, D. e Gordillo Pérez, L. (dirs.), *La reforma del artículo 135 de la Constitución diez años después*, Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 83-132.
- DENTE, B. e SUBIRATS HUMET, J., *Decisiones públicas. Análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas*, Ariel, Barcelona, 2014.
- DÍAZ LEMA, J.M., “El Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿cambio de rumbo en la Administración local española?”, *Anuario de Gobierno Local 2012*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2012, pp. 47-91.
- DÍAZ LEMA, J.M., “Racionalización de las competencias locales”, *Informe INAP*, 11 de abril de 2012.
- FEMP, *Compromiso con la financiación local*, XII Pleno da FEMP, 2019.

regap



ESTUDIOS

- FONT I LLOVET, T. e GALÁN GALÁN, A., “La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?”, *Anuario del Gobierno Local 2013*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, pp. 11-45.
- MONTOYA MARTÍN, E., “Algunas reflexiones sobre los servicios públicos e iniciativa económica local: Balance tras diez años de aprobación de la LRSAL”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 19, 2023, pp. 29-58. <https://doi.org/10.24965/reala.11204>
- ROMERA JIMÉNEZ, O. e CUTRÍN DOMÍNGUEZ, M., “Comentarios a la reforma de la Administración local”, *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, n. 168, 2014, pp. 28-50.
- VIDAL PRADO, C. e DELGADO RAMOS, D., “La reforma de las Administraciones Públicas y el Estado Social en la crisis económica (2012-2015)”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n. 17, 2017, pp. 40-62. <https://doi.org/10.24965/gapp.voi17.10400>



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 66_xuño-decembro 2023 | pp. 145-164
Santiago de Compostela, 2023
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5146>
© Miguel Revenga Sánchez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 07/12/2023 | Aceptado: 19/12/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

É o dereito á protesta un novo dereito fundamental?

¿Es el derecho a la protesta un nuevo derecho fundamental?

Is the right to protest a new fundamental right?

66 Regap

Regap



ESTUDIOS

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ
Catedrático de Dereito Constitucional
Universidade de Cádiz

<https://orcid.org/0000-0002-7807-6684>

miguel.revenga@uca.es

Resumo: Este traballo estuda se o dereito á protesta pode ser considerado como un “novo” dereito fundamental, ou ben se é tan só o nome que lles outorgamos a determinadas formas de exercicio dos dereitos de reunión e manifestación. Para tal efecto, realízase unha aproximación conceptual ao dereito, inscríbese no contexto dos conflitos sociais e políticos dos últimos anos, e discútase o seu encadramento nas normas que desenvolven os referidos dereitos. Tráense a colación algúns casos relevantes e establécese, como conclusión, que o dereito á protesta, sen chegar a ser un novo dereito, si exerce un impacto decisivo nas concepcións actuais dos dereitos de reunión e manifestación.

Palabras clave: Dereito á protesta, novos dereitos, dereitos de reunión e manifestación.

Resumen: El presente trabajo estudia si el derecho a la protesta puede ser considerado como un “nuevo” derecho fundamental, o bien si es tan sólo el nombre que otorgamos a determinadas formas de ejercicio de los derechos de reunión y manifestación. A tal efecto, se realiza una aproximación conceptual al derecho, se inscribe en el contexto de los conflictos sociales y políticos de los últimos años, y se discute su encuadramiento en las normas que desarrollan los referidos derechos. Se traen a colación algunos casos relevantes y se establece, como conclusión, que el derecho a la protesta, sin llegar a ser un nuevo

derecho, sí ejerce un impacto decisivo en las concepciones actuales de los derechos de reunión y manifestación.

Palabras clave: Derecho a la protesta, nuevos derechos, derechos de reunión y manifestación.

Abstract: The article explores whether the right to protest can be considered a “new” fundamental right, or if it is just the name we give to certain forms of exercising the rights of assembly and demonstration. To this end, a conceptual approach to the law is made, it is inscribed in the context of the social and political conflicts of recent years, and its framing in the norms that develop the aforementioned rights is discussed. Some relevant cases are brought up and it is established, in conclusion, that the right to protest, without becoming a new right, does have a decisive impact on the current conceptions of the rights of assembly and demonstration.

Key words: Right to protest, new rights, rights of assembly and demonstration.

SUMARIO: 1 O catálogo dos dereitos e os “novos” dereitos. 2 O dereito á protesta e o seu contexto como dereito “emerxente”. 3 Pero, de que falamos? Precisións conceptuais. 4 Non é isto o que temos? 5 Conclusión: unha cuestión de nome, pero sobre todo de interpretación.

1 O catálogo dos dereitos e os “novos” dereitos

Hai tempo que o catálogo dos dereitos fundamentais parece terse convertido nun campo de loita no que pugnan por entrar novos dereitos que aspiran a ser recoñecidos como tales. Estamos ante un fenómeno xeneralizado que afecta por igual ás declaracións de alcance nacional e supranacional, aínda que podería dicirse que se trata dunha afectación diferente, e sobre a que inciden factores tales como o carácter máis ou menos afastado no tempo da declaración, os modos nos que esta se produce en canto á proclamación (ou a incorporación) dos dereitos e o lugar que ocupan, no sistema de referencia no que operan, os lexisladores e os xuíces. En termos xerais non parece desatinado dicir que, canto máis remota é no tempo a declaración, con maior intensidade se acusarán as demandas de incorporar novos dereitos ao elenco. Pero iso non pode afirmarse sen considerar ademais se hai ou non procedementos formalizados para a entrada de novos dereitos e mesmo os propósitos relacionados coa positivización *ab origine* dos dereitos. Por exemplo, se en sede nacional se opera mediante remisións xenéricas ao Dereito internacional dos dereitos, parece que diminúe a importancia e o sentido que se lle poidan conferir ao catálogo. E, correlativamente, aumenta o impacto dos intérpretes e das decisións que adopten sobre as fontes de recoñecemento e sobre os contidos dos dereitos¹. E o mesmo, e en igual dirección minguante en canto á importancia do catálogo, podería advertirse alí onde se “arrastra” a pegada xusnaturalista, ben presente en moitas constitucións americanas, en virtude da cal enumerar dereitos non significa pechar a vía para a irrupción doutros retidos polo pobo².

¹ Con máis detalle trato disto no meu traballo “El catálogo de los derechos en la era del *Jus Constitutionale Commune*”, Ugarte-mendia Eceizabarrena, J.I. e Giuseppe Martinico, G. (dirs.), *Curso de Verano de la Universidad del País Vasco, Jus Constitutionale Commune e Interpretación Conforme*, 12-14 de xullo de 2023 (en prensa).

² Esta é, como é sabido, a vía elixida, a partir de 1787, pola Constitución dos Estados Unidos, cuxa Emenda Novena sinala que “A enumeración na Constitución de certos dereitos non debe interpretarse como que nega ou menospreza outros retidos

Non é, desde logo, o caso da Constitución española de 1978. Aquí atopámonos cun catálogo de dereitos formal e repartido en diferentes casas de encadramento a cada unha das cales a propia Constitución lle asigna un nivel de garantías. As garantías, antes que o nome ou a importancia do que recoñecen para a vida das persoas, xerarquizan os dereitos, establecendo categorías que, como na liga de fútbol, fai que os dereitos se batan na competición de ouro ou nas divisións inferiores. E acontece así que, por causa da presenza ou ausencia de recoñecemento de recursos dotados de certas exixencias (tramitación rápida –é un dicir– e preferente) e, sobre todo, alcance do Tribunal Constitucional para atender amparos *intentados* fronte á vulneración, nos habituamos a recoñecer que dereitos “fundamentais” son os que son e ningún máis: os que se indican no artigo 53.2 da Constitución, *expressis verbis*, ou mediante remisión á súa localización. Tales dereitos están ademais hiperprotexidos fronte á reforma da Constitución (art. 168.1), o que significa que o que adoitamos chamar o efecto conxelación aquí non o sexa só de rango, senón de auténtica blindaxe e de rexeitamento reflexo, e por principio, fronte a veleidades “incorporativas” ou ampliadoras.

Hai xa bastantes anos, nun traballo dedicado a situar a cuestión da xeración de dereitos novos no horizonte dos modelos de xurisdición constitucional, defendín timidamente que a difusión do control de constitucionalidade da lei parecía dotar de maior fluidez a posibilidade de incorporar ao catálogo dereitos tidos a partir deste momento como fundamentais³. Unha intuición que hoxe non sei se mantería, aínda que si continuo pensando que a pluralidade de lecturas e de instancias xurisdiccionais a propósito dunhas mesmas realidades e problemas para os que a linguaxe dos dereitos non adoita ofrecer máis que pautas xenéricas, acaba por producir mutacións interpretativas e sutís cambios que empurran na dirección da incorporación formal. O catálogo dos dereitos conformaríase así polos dereitos que están, pero tamén polos que se achan *in fieri* como dereitos *emerxentes* e á espera de obter o apoio indubidable da incorporación, xa sexa mediante a reforma expresa da declaración (que é a solución óptima para saír da nebulosa das interpretacións contraditorias), xa sexa a través da confirmación indubidable de status conferida por quen, a resultados da súa posición como intérprete supremo, se atopa en condicións de resolver claramente e *erga omnes* a condición do dereito como dereito fundamental e de máximo rango.

Nun par de importantes sentenzas producidas este mesmo ano, o Tribunal Constitucional emprendeu decididamente esa senda a propósito de dous dereitos cuxo estatuto como dereitos fundamentais á luz do artigo 15 da Constitución estaba en dúbida. Refírome, claro está, ao dereito ao aborto e ao dereito á eutanasia, dous novos dereitos que o Tribunal “extrae” a partir dun determinado modo de ler o artigo 15 e os dereitos á vida e á integridade física e moral, en combinación cos valores

polo pobo”. Trátase dunha cláusula que, con igual ou parecida redacción, está presente a día de hoxe en bastantes das constitucións dos países de América Latina.

³ REVENGA SÁNCHEZ, M., “Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 64, 2002, pp. 99 a 110.

da liberdade, a dignidade e o libre desenvolvemento da personalidade⁴. Tal como se aprecia en varios dos votos particulares das dúas sentenzas, o debate versa, entre outras moitas cuestións importantes, sobre a capacidade do Tribunal para dispensar o estatuto de dereito fundamental a dereitos que a Constitución non recoñece como tales e cuxa fonte de emanación radica na capacidade do lexislador para desenvolver a Constitución, pero non para reescribila e modificar á alza, co beneplácito do Tribunal, o catálogo dos dereitos fundamentais e as súas garantías.

2 O dereito á protesta e o seu contexto como dereito “emerxente”

No ano 2014, durante o debate de totalidade do proxecto de Lei orgánica de protección da seguridade cidadá (LOPSC), o daquela ministro do Interior, Fernández Díaz, replicaba así a un deputado da oposición que achacaba á lei o propósito inconfesable de reprimir e acalar as protestas cidadás: “Vostede cre de verdade que a estas alturas, cando levamos 90.000 manifestacións ao longo desta lexislatura, nos vai preocupar facer unha lei para reprimir un dereito fundamental como o de reunión e manifestación, que na inmensa maioría dos casos se exerce libre e pacificamente?”⁵. Para os efectos dialécticos, o argumento non é, por certo, moi consistente. Podería dárselle a volta coa resposta afirmativa e sobre a base do propio dato facilitado polo ministro. Pero é isto último o que nos chama a atención: a “explosión” do número de reunións e manifestacións que se trae a colación no debate, o cal denota un “clima” de protesta á altura dese ano ben revelador.

É un contexto cuxo punto de partida se pode establecer no ano 2011 e na data simbólica do 15 de maio coa chamada a acampar na Plaza del Sol de Madrid para materializar un descontento difuso, pero intenso, decantado mediante o activismo de grupos como “Juventud sin Futuro”, “Democracia Real Ya”, “Plataforma de Afectados por la Hipoteca” e outros, ademais do que tomou o propio 11-M e o “No nos representan” como *leit motiv* central e reivindicativo. A protesta social foi unha resposta á crise financeira e económica que empezou en 2007 en Estados Unidos coa picada da burbulla inmobiliaria e que se estendeu por osmose a escala planetaria, pondo baixo asedio as políticas que sostiñan nas democracias avanzadas o compromiso cos servizos públicos e o Estado social. En realidade, para captar mellor as dimensións do descontento, habería que considerar o escenario supranacional e remontarse á última década do século XX, quizais 1999, coas manifestacións antiglobalización na cidade norteamericana de Seattle, e as posteriores protestas que se estenderon por todos os

⁴ Véxanse as Sentenzas 19/2023, do 22 de marzo (e 94/2023, do 12 de setembro, sobre a Lei orgánica 3/2021 de regulación da eutanasia), e a STC 44/2023, do 9 de maio, sobre a Lei orgánica 2/2010 de saúde sexual e reprodutiva e da interrupción voluntaria do embarazo. Adicionalmente, cabe dicir que o cambio de criterio do Tribunal Supremo norteamericano en canto ao aborto plasmado na Sentenza *Dobbs contra Jackson*, de xuño de 2022, se basea na errónea creación (segundo a maioría), por medio da Sentenza de 1973 *Roe contra Wade*, dun novo dereito da muller inexistente na Constitución. Sobre este extremo, *in extenso*, véxase a opinión concorrente do xuíz Clarence Thomas no caso *Dobbs*.

⁵ *Diario de Sesións do Congreso dos Deputados, Pleno e Deputación Permanente, Ano 2014, X Lexislatura*, n. 230, p. 48. Tomo a cita do traballo de BILBAO UBILLLOS, J.M.ª, “La llamada Ley Mordaza: La Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 36, 2015, pp. 217 e ss.

lados ao fío das reunións do Grupo G-20. En coincidencia temporal coa emerxencia e consolidación das novas vías de comunicación propiciadas polos avances da era dixital, xurdiron redes de movementos e reivindicacións, e formas de exteriorizalas, non convencionais: renda básica, rexeitamento do pagamento da débeda, ocupacións, concentracións antidesafiuamentos, escraches...⁶.

No caso de España, a resposta normativa a eses novidosos fenómenos sociais callou na xa citada LOPSC, unha norma que para os efectos do réxime xurídico dos dereitos de reunión e manifestación parece ter desprazado en importancia a “vella” lei do ano 1983, que é a que en verdade se ocupa do exercicio de tales dereitos. Ademais, o Código penal, mediante as reformas materializadas na Leis orgánicas 1 e 2 do mesmo ano, completou o que algúns deron en chamar as “reformas do medo”, coa súa secuela de retorno de concepcións da orde pública e de tranquilidade nas rúas que parecían ter quedado definitivamente superadas⁷.

A protesta como fenómeno social e o dereito á protesta como un fenómeno xurídico concomitante comezou entón a aparecer en certos informes e documentos de organizacións dedicadas a promover a defensa dos dereitos humanos, algún deles de tanta relevancia como o do Relator Especial do Consello de Dereitos Humanos da ONU, Maina Kiai; no seu Informe de 2013 sobre os dereitos á liberdade de reunión pacífica e de asociación afirmábase o seguinte:

“O Relator Especial considera que a Primavera Árabe e o Movemento Occupy (dos Indignados) que se produciu posteriormente en moitas partes do mundo abriron unhas portas que non se pecharán nunca. Eses fenómenos ofrecen unha alternativa non violenta para lograr o cambio, ao tempo que lles dan ás autoridades a oportunidade de coñecer os puntos de vista e os sentimentos dos cidadáns. Eses acontecementos confirmaron sobradamente que a celebración de reunións pacíficas é un medio lexítimo e poderoso de reivindicar o cambio democrático; de pedir que se respecten máis os dereitos humanos, incluídos os dereitos económicos, sociais e culturais; e de exixir responsabilidades polas violacións e abusos dos dereitos humanos. A posibilidade de celebrar ese tipo de reunións demostrou ser particularmente importante para os grupos máis vulnerables ás violacións de dereitos e a discriminación, xa que nelas poden presentar a súa situación –moitas veces desesperada– en forma significativa”⁸.

⁶ Véxase, para unha aproximación xeral, CASTELLS OLIVÁN, M., *Redes de indignación y esperanza. Los movimientos sociales en la era de Internet*, Alianza, Madrid, 2015. Permitome remitir tamén ao meu traballo de próxima publicación “El tiempo de los derechos en la era digital”, LÓPEZ ULLA, J.M. (dir.), *El impacto de la era digital en el derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024.

⁷ A Lei orgánica 1/2015 introduciu no Código penal a pena de prisión permanente revisable. Ademais, entre outras moitas reformas, redefiniu en profundidade o capítulo dedicado aos delitos de desordes públicas (art. 557 e seguintes do CP). Pola súa parte, a Lei orgánica 2/2015 afectou á regulación dos delitos de terrorismo. O das “reformas do medo” (aos empobrecidos, aos indignados e aos emigrantes) aparece recollido expresamente nas Conclusións do trixésimo Congreso da Unión Progresista de Fiscais, que se celebrou no mes de xuño de 2015. Sobre todo iso, véxase CUERDA ARNAU, M.ªL. e GARCÍA AMADO, J.A. (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, e especialmente neste, o traballo de PORTILLA CONTRERAS, G., “La contrarrevolución preventiva emprendida por el Derecho Penal y Administrativo para hacer frente a los movimientos de protesta y desobediencia civil”, pp. 63 e ss.

⁸ Nacións Unidas, Asemblea Xeral, Consello de Dereitos Humanos, *Informe do Relator Especial sobre os dereitos á liberdade de reunión pacífica e de asociación, Maina Kiai, A/HRC/23/39*, 24 de abril de 2013, parágrafo 80.

É un documento que, como é costume nos dese tipo, establece un repertorio de problemas a escala global, realiza un diagnóstico sobre os déficits de cumprimento dos dereitos e propón aos Estados unha serie de recomendacións xerais que poden ser tidas como de referencia nos asuntos sobre os que versa o informe⁹. E o mesmo podería dicirse en canto á importancia e o interese que concitan estes dereitos nos últimos anos se nos fixamos noutros instrumentos xurídicos de *soft law* de alcance rexional que se convarten de inmediato en fontes autorizadas de boas prácticas e interpretacións; concretamente refírome ás *Guidelines* da Comisión de Venecia, de xullo de 2019¹⁰, e sobre todo ao Informe da Relatoría para a Liberdade de Expresión da Comisión Interamericana de Dereitos Humanos, cuxo título é xa explícito: “Protesta e Dereitos Humanos”¹¹.

A data de publicación deste prolixo Informe da Comisión Interamericana –setembro de 2019– é tan significativa como ese título no que parece que se está a dar carta de natureza a un dereito que, no Convenio Interamericano (art. 15), aparece recollido ao xeito tradicional como “dereito de reunión pacífica e sen armas”. E dicimos que é significativa porque, moi pouco despois, o 18 de outubro de 2019, asistiuse en Chile ao estalido dunha protesta social de dimensións xigantescas na orixe das cales estivo unha pequena suba (de 30 pesos) nas tarifas do metro de Santiago. Outros países da rexión, como Colombia, Perú, Ecuador ou Brasil coñeceron así mesmo nos últimos tempos levantamentos pacíficos e revoltas populares que desbordan claramente, polas súas dimensións, os esquemas tradicionais do dereito de reunión. Pero o caso de Chile é especialmente salientable polo que supuxo de impugnación total dunha orde sociopolítica que predeu como unha mecha por todo o país e fixo insostible a pretensión inicial do Goberno de afrontar a crise como unha cuestión de mera orde pública. Como se dun novo maio do 68 se tratase, o outubro chileno achegou todo un repertorio de frases e consignas que quedaron no imaxinario colectivo¹². Ademais de presentar en toda a súa crueza os contornos nos que debe moverse o uso da coerción estatal e o propio carácter da protesta como protesta *pacífica*, a revolta chilena mostrou a radical inutilidade da retórica do “estamos en guerra” (e da dialéctica amigo/inimigo) para facer fronte a unha crise constitucional desas dimensións. E o

⁹ Boa proba do crecente interese das Nacións Unidas sobre a saúde dos dereitos de reunión e manifestación á luz das protestas sociais é a Resolución aprobada o ano seguinte polo Consello de Dereitos Humanos sobre a protección dos dereitos humanos no contexto das manifestacións pacíficas (A/HRC/RES/25/38, do 11 de abril de 2014), así como o novo Informe do Relator Especial realizado en 2018 (A/HRC/38/34, do 26 de xullo de 2018), no que se sae ao paso (parágrafo 86) das “tendencias que (...) confirman a existencia de patróns inquietantes de peche do espazo cívico en todo o mundo que limitaron seriamente o exercicio dos dereitos á liberdade de reunión pacífica e asociación”. E engade: “Aínda que se recoñecen os esforzos dalgúns Estados para mitigar estas tendencias, preocupa ao Relator Especial o crecente número de restricións documentadas en todas as rexións, especialmente en nome da protección da seguridade do Estado e a estabilidade nacional”. É de moito interese tamén o Informe titulado “A step-by-step checklist for monitoring implementation of the practical recommendations on the management of assemblies report by United Nations Special Rapporteurs Maina Kiai and Cristof Heyns” (A/HRC/31/66), de setembro de 2016.

¹⁰ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly* (3ª ed.) CDL-AD(2019)017.

¹¹ CIDH/RELE/INF 22/19, cuxo título completo é Protesta y Derechos Humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal.

¹² Por todos, ARANCIBIA HURTADO, C., “Las palabras de la guerra: cuatro días del octubre chileno de 2019”, *IusInkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, n. 11, 2022, pp. 295 e ss.

desenlace negociado e a apertura dun (longo) proceso constituínte de resultado aínda incerto neste momento acabou por resituarse o dereito do que vimos falando nun lugar destacado e fundamental para o desenvolvemento de formas de vida democráticas¹³.

3 Pero, de que falamos? Precisións conceptuais

É en verdade o dereito á protesta un novo dereito con perfís diferenciados con respecto a outros dereitos que nos poden aparecer *prima facie* como asimilables ou moi próximos conceptualmente falando? Ademais dos dereitos de reunión e manifestación –que xa en si mesmos obrigan a entrar en precisións para esclarecer de que falamos exactamente–, outros candidatos a disputarlle ao dereito á protesta o carácter de dereito emerxente ou *in fieri* poderían ser o dereito de resistencia ou mesmo o dereito á desobediencia, dereitos antigos ambos os dous, pero que poderían terse por dereitos durmidos ou pouco frecuentados desde o punto de vista práctico. Empezando por este último, non é difícil percibir que o contido que comunmente se asocia á desobediencia cadre mal coas características que se lle asignan ao dereito á protesta como unha acción social ou dereito de exercicio colectivo. A desobediencia civil ten un carácter rigorosamente individual e asíciase a un incumprimento consciente e obstinado de deberes ou de obrigas públicas en razón das conviccións ideolóxicas (ou morais ou relixiosas) do desobediente. Filósofos do Dereito de tanto renome como Rawls ou Dworkin, cando falan da desobediencia civil, destacan o trazo que ten a desobediencia como incumprimento deliberado dunha lei dirixido a impugnar a súa lexitimidade e/ou a reclamar a súa derogación¹⁴.

Polo que se refire ao dereito de resistencia, atopámonos cun dos dereitos de máis fondo arraigamento no devir do pensamento político; un dereito –el mesmo resistente– que reaparece con singular forza simbólica, desde a escolástica, nos momentos estelares do xurdimento do constitucional, coa denuncia dos agravios pasados como presuposto, e co apoio solemne que lle confire a súa presenza no selecto elenco de dereitos que, a xeito de concentrado introdutorio, enuncia o artigo 2 da Declaración francesa dos Dereitos do Home e do Cidadán¹⁵. En importante contraste co escaso

¹³ Por todos, PEÑA, C., *Pensar el malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional*, Taurus, Santiago, 2020. No mes de setembro de 2022, o plebiscito sobre o proxecto constitucional elaborado pola Convención foi rexeitado por unha porcentaxe do 61 % de votos negativos fronte ao 38 % de votos afirmativos. Sobre o proceso de elaboración do dito proxecto, ten moito interese SQUELLA, A., *Apuntes de un constituyente*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2022.

¹⁴ Na doutrina española, UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I., *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, Marcial Pons, Madrid, 1999; FALCÓN Y TELLA, M.ª J., *La desobediencia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2000. E véxase, tamén moi significativamente, IGLESIAS TURRIÓN, P., "Desobediencia civil y movimiento antiglobalización. Una herramienta de intervención política", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 5, 2002, pp. 213 e ss.

¹⁵ Recordemos: "O obxectivo de toda asociación política é a conservación dos dereitos naturais e imprescritibles do home. Estes dereitos son a liberdade, a propiedade, a seguridade e a resistencia á opresión". E reparemos tamén que na Declaración de Dereitos do Bo Pobo de Virxinia (1776), o artigo III, tras enunciar os principios aos que debe aterse un Goberno que se institúa para o beneficio común, non se priva de recordar que, cando sexa considerado (o Goberno) "inadecuado ou contrario a estes principios, unha maioría da comunidade ten o dereito indiscutible, inalienable e imprescritible a reformalo, alteralo ou abolilo na forma que se xulgue máis conveniente para o benestar público". Un recordatorio que, na Declaración de Independencia de 1776, tras a minuciosa enumeración das inxustizas perpetradas polo rei de Gran Bretaña, culmina do modo seguinte: "En cada unha destas opresións pedimos reparacións nos termos máis humildes: as nosas repetidas solicitudes responderonse tan só mediante unha aldraxe repetida. Un príncipe cuxo carácter se acha marcado por todos os elementos con que poderían definir un tirano, está incapacitado para ser o dirixente dun pobo libre". Cito pola tradución de Ignacio Fernández Sarasola

interese que mostra polo dereito de resistencia o constitucionalismo escrito das seguintes décadas¹⁶, tal dereito volverá ter un *momentum* estelar en 1968, con ocasión da reforma constitucional que sumou ao artigo 20 (da entón chamada Lei fundamental de Bonn) un parágrafo 4 no que se di que “contra calquera que intente eliminar esta orde todos os alemáns teñen o dereito de resistencia cando non fose posible outro recurso”. “Esta orde” é a do Estado federal, democrático e social, que o propio artigo 20 enuncia como “fundamento da orde estatal” ao que se lle asigna no artigo 79 o carácter de “cláusula de eternidade” ou norma irreformable¹⁷.

Tamén a Constitución de Portugal de 1976 e a de Ecuador de 2008 se refiren ao dereito de resistencia, neste último caso co engadido da posibilidade de reivindicar novos dereitos¹⁸. Segundo a interpretación máis estendida, achámonos ante disposicións que enuncian unha *última ratio* de defensa do Estado de dereito ante un perigo existencial (unha “errata molesta, que desgraciadamente xa non se pode corrixir”, dixo ironicamente Kaufmann a propósito da reforma alemá de 1968 que introduciu o dereito de resistencia¹⁹), un oxímoro lóxico xurídico ou trampantollo de efectos máis simbólicos que reais e cuxo valor radica no que ten de reafirmación dos fundamentos axiolóxicos da Constitución fronte aos horrores do pasado, trasladada á linguaxe dos dereitos ou, mellor, ao dos dereitos que son ao mesmo tempo deberes de conservación e restauración cando o ordenamento xurídico perdeu a posibilidade fáctica de facer fronte á inxustiza e á súa propia destrución²⁰.

Con ese nome –ou ás veces referíndose a el como un dereito á resistencia posto ao día– o dereito á protesta ten hoxe valedores que, depurándoo dos compoñentes de “caso extremo” ou “último recurso”, reclaman para el un lugar destacado no

en Ignacio Fernández Sarasola en VARELA SUANCES, J. (ed.), *Textos básicos de la Historia Constitucional Comparada*, CEPC, Madrid, 1998.

¹⁶ Con dúas importantes excepcións, ambas as dúas no constitucionalismo francés: o artigo 33 *Déclaration des droits de 1793* (“*La résistance à l’oppression est la conséquence des autres droits de l’homme*”), e o 21 do Proxecto de *Déclaration de 1946* (“*Quand le Gouvernement viole les libertés et les droits garantis par la Constitution, la résistance sous toutes ses formes est le plus sacré des droits et les plus impérieux des devoirs*”).

¹⁷ A reforma constitucional de 1968 inscribíase no contexto das Leis de emerxencia aprobadas ese mesmo ano para dotar dunha base xurídica a resposta estatal fronte ás protestas masivas contra as centrais nucleares e a ampliación do aeroporto de Frankfurt. A constitucionalización do dereito de resistencia, con rango de dereito amparable ante o Tribunal Constitucional (art. 93.1.4.a da Constitución), foi unha especie de contrapartida ou garantía reaseguradora da forza vinculante da Constitución e dos dereitos; véxase SANTOS AMAIZ, J.A., “Derecho de resistencia y desobediencia civil en la Ley Fundamental de Bonn”, Peña, L. e Ausín Díez, T. (coords.), *Conceptos y valores constitucionales*, Plaza y Valdés, Madrid, 2016, pp. 99 e ss.

¹⁸ Constitución de Portugal, art. 21: “Todos teñen dereito a resistir calquera orde que atente aos seus dereitos, liberdades e garantías e a repeler pola forza calquera agresión, cando non sexa posible recorrer á autoridade pública”. Constitución de Ecuador, art. 98: “Os individuos e os colectivos poderán exercer o dereito á resistencia fronte a accións ou omisións do poder público ou das persoas naturais ou xurídicas non estatais que vulneren ou poidan vulnerar os seus dereitos constitucionais, e demandar o recoñecemento de novos dereitos”.

¹⁹ Citado no traballo de SANTOS AMAIZ ao que nos acabamos de referir, do que tamén é interesante o seu estudo “Falsos derechos y buenas intenciones. A propósito del derecho de resistencia en las Constituciones contemporáneas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 48, 2014, pp. 243 e ss.

²⁰ Unha anécdota que quizais revela unha categoría: o polémico nobel Günther Grass, nun dos seus escritos sobre literatura e política, traducido ao español en 1984 co título “Del derecho de resistencia”, rememoraba a chegada de Hitler ao poder o 30 de xaneiro de 1933, e consideraba a propósito diso que o avance insoportable das técnicas de control estatal sobre a vida das persoas, unido á presenza de armas atómicas tácticas en solo alemán, xustificaba sobradamente a activación do dereito por parte de calquera cidadán consciente da gravidade de tales ameazas.

repertorio dos dereitos polo que significa para acrecentar a calidade da democracia²¹. Ás veces relaciónase coa importancia que teñen as liberdades expresivas no constitucionalismo democrático; singularmente pola conexión simbiótica entre a liberdade de expresión e o ideal regulativo do autogoberno, tal e como o explicaron na doutrina norteamericana Alexander Meiklejohn ou contemporaneamente Owen Fiss. Este último nas súas importantes achegas sobre a liberdade de expresión (que contan con tradución española) insistiu no carácter nuclear da libre determinación sobre o modelo de vida en común (o que el chama o principio da elección meditada); explicou as razóns polas cales a realización efectiva de tal principio depende do compromiso sostido cun debate público “desinhibido, vigoroso e completamente aberto” (por dicilo cos adxectivos que utilizou o Tribunal Supremo no célebre caso *New York Times contra Sullivan*)²²; e advertiu de xeito rotundo e pioneiro sobre as tensións que se producen entre o interese público baseado na conservación do dito compromiso e a concorrencia de intereses de carácter privado/empresarial que empurran nunha dirección non necesariamente acorde con este²³.

Pero sen dúbida quen máis enfaticamente se ocupou do dereito á protesta, cunha ollada encomiástica que cadra á perfección coas súas ideas sobre o carácter deliberativo da democracia (e máis recentemente sobre o Dereito como unha “conversa entre iguais”) é Roberto Gargarella²⁴. Nesta última e notable achega –que é á vez un exame das expectativas non atendidas pola democracia e un prontuario de solucións concibidas para cumprilas– Gargarella insiste no valor da *confianza democrática*. Con fundamento nela, defende a necesidade de institucións sensíbeis ao que a cidadanía afirma e remarca cando se pon en pé por certos temas, e conclúe: “o ideal regulativo suxire prestar especial atención aos reclamos sociais que persisten no tempo (...); e por iso tamén propón considerar *como primeiro o dereito á protesta*, porque entende que a cidadanía non toma como un pasatempo os graves custos e riscos que implica a protesta, nin os afronta por divertimento, senón pola súa necesidade de expresar algo que lle importa e que o sistema institucional non a axuda a expresar doutro modo”²⁵. Cabería preguntar se é certo que o sistema institucional non axuda, tendo en conta que este inclúe, na democracia constitucional, o respecto dos dereitos e,

²¹ Véxase, por exemplo, DE LUCAS MARTÍN, J. e AÑÓN ROIG, M.ª J., “Sobre resistencia, cidadanía y democracia”, *Claves de Razón Práctica*, n. 32, 2012, pp. 18 e ss.

²² Un caso resolto polo Tribunal Supremo en 1964, que deu un xiro copernicano á cuestión da responsabilidade por danos a propósito do exercicio da liberdade de expresarse. Non pode vir máis a propósito recordar aquí que Sullivan era un comisario de policía que se sentiu ofendido por un anuncio no que se denunciaba a brutalidade da policía para reprimir certas manifestacións que se produciran na cidade de Montgomery (Alabama) en apoio do movemento pro dereitos civís liderado por Martin Luther King. Pode verse unha tradución ao español da sentenza no libro recopilatorio de BELTRÁN DE FELIPE, M. e GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de Estados Unidos*, CEPC, Madrid, 2005.

²³ FISS, O., *Libertad de expresión y estructura social*, Fontanara, México, 1997; FISS, O., *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999. Un excelente comentario de ambos os libros pode verse en ESCOBAR ROCA, G., “Libertad de expresión y democracia en Owen Fiss”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 58, 2000, pp. 361 e ss.

²⁴ GARGARELLA MARIOTTI, R., *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*, Siglo XXI, Bos Aires, 2006; GARGARELLA MARIOTTI, R., “Un diálogo sobre la ley y la protesta social”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n. 61, 2008, pp. 19 e ss.; GARGARELLA MARIOTTI, R., *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano*, Siglo XXI, Bos Aires, 2021.

²⁵ GARGARELLA MARIOTTI, R., *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano*, cit., p. 350. A cursiva está engadida no orixinal.

entre eles, o dos dereitos de reunión e manifestación. Creo que o xusfilósofo arxentino é ben consciente diso, como o acreditan as súas extensas alegacións sobre os dereitos fundamentais que atopamos noutras partes do libro. Con toda seguridade refírese ás insuficiencias do sistema institucional medido desde os inconvenientes e os déficits que acusan os deseños precisamente para dar vida á representación política. Por iso, insiste: “as institucións dunha sociedade igualitaria deben mostrarse especialmente sensibles fronte a esas manifestacións, tratando de recoñecer e tomar en conta o valor dos reclamos (aínda que as súas formas non lles gusten, aínda que as súas mensaxes as irriten, aínda que conxunturais diferenzas ideolóxicas as movan cara ao lado contrario)”. E quizais a clave estea aí: nas formas, máis que nos contidos máis ou menos “chocantes” ou “irritantes”.

Nas achegas anteriores, Gargarella xa se ocupara do valor do dereito á protesta no que ten de reivindicación esencial de dereitos desatendidos, e escribira extensamente sobre cales son (e, sobre todo, sobre cales deberían ser) as respostas xudiciais fronte ás protestas. El toma como referencia os “piqueteos”, os cortes de tráfico e as demais formas de protesta que se sucederon en Arxentina durante a década dos 90 e máis alá. E faino co presuposto dos debates norteamericanos sobre a doutrina do “foro público” posta en pé polo Tribunal Supremo a partir do caso *Hague contra Committee for Industrial Organization*, no que se realiza un intento de encadrar as marxes das que dispón o Goberno á hora de regular o dereito a reunirse nas rúas e nos parques para expresarse sobre asuntos de interese público²⁶. En liña de principio, as regulacións (e as restricións) deben ser neutrais ao contido das protestas, polo que a súa xustificación só pode basearse en razóns relacionadas co tempo (non ás 3 da mañá, por exemplo), o lugar e a propia forma (ou modalidade) da manifestación. A xurisprudencia norteamericana completa esa idea central cun par de principios que o propio Gargarella (re)denomina como o principio da “distancia deliberativa” e o principio das “violacións sistemáticas”. De conformidade co primeiro deles (que o Tribunal Supremo desenvolveu no caso *Adderley contra Florida*), canto máis marxinado do debate público se encontre un grupo por razóns alleas á súa vontade, máis receptivos deben ser os xuíces ás demandas do dito grupo e maior protección debe dispensar aos medios elixidos para facelas valer, por moi desafiantes que sexan. E conforme o segundo, cando se trata da denuncia de vulneracións masivas de dereitos básicos que se foron arrastrando ao longo do tempo, é dicir, cando se pon de manifesto unha situación de inxustiza grave e flagrante, as autoridades públicas deberían permitir e xustificar certas accións, mesmo disruptivas, que serían rexeitables noutras circunstancias.

²⁶ O caso foi resolto en 1939 e contén unha alegación do xuíz Roberts en favor do uso dos espazos públicos con fins de comunicación política que se fixo de referencia a partir de entón. Véxase O’NEILL, K.F., “Disentangling the Law of Public Protest”, *Loyola Law Review*, n. 21, 1999, pp. 413 e ss., no que se realiza unha completa explicación do influxo de lexisladores, funcionarios da Administración, xuíces e mesmo regulamentacións internas da Policía sobre a efectividade do dereito á protesta ao longo do tempo. Explicase alí a diferenciación entre foros públicos *tradicionais*, foros *restrinxidos* e foros non públicos, como criterio xeral utilizado para controlar con maior ou menor deferencia as limitacións.

4 Non é iso o que temos?

Os dous principios expostos por Gargarella inspirados na xurisprudencia norteamericana, e sobre todo o segundo deles, aproxímanse bastante ao que podería ser un dos enunciados básicos de calquera teoría da xustiza. Ninguén cun mínimo de sensibilidade democrática negaría que hai protestas e mesmo modos de protestar que merecen máis respecto e consideración que outros. A cuestión é se esa idea tan elemental ten aval xurídico, de maneira que, de ser así, habería unha escala de tolerancia fronte á protesta que obrigaría a considerar (contrariamente á idea da neutralidade fronte ao contido) que é o que se reclama, cales son as razóns que avalan a reclamación e ata que punto deben admitirse modalidades de protestar que, pola súa forma de materializarse, poidan resultar especialmente chocantes ou molestas.

Naturalmente, ningún réxime xurídico descende tanto na casuística como para establecer regras sobre as marxes de tolerancia coas que deben operar os que teñen que decidir. O propio do Dereito dos dereitos é fiar as cousas á capacidade dos principios para guiar a busca de solucións de caso razoadas a partir de argumentos e balances ponderativos. Enúnciase o dereito, delimitase mediante enunciados máis ou menos precisos e, ás veces, fíxanse límites expresos que se xustapoñen aos que o intérprete pode descubrir no conxunto das estipulacións constitucionais. Se hai algunha prevención é fronte ao lexislador antes que ante o xuíz. Por iso, faise a chamada a respecto de contido esencial para a lei que regule o exercicio do dereito (art. 53.1 CE). E a través dese xogo de habilitacións ao lexislador e de prevencións fronte ao que poida facer á hora de encadRAR o dereito fundamental en marcos regulativos é como as normas adquiren “densidade dirixente”, isto é, capacidade para circunscribir a capacidade recreadora do intérprete –ou dos sucesivos intérpretes do caso– a marxes razoables.

Para certos teóricos da protesta, esta xamais podería axustarse a formalidades xurídicas ou regulamentacións sen perder o seu prístino sentido como fenómeno político de carácter disruptivo. Regulalo viría ser –de xeito semellante ao que ocorre co dereito de resistencia, pero por razóns que non son as mesmas– unha neutralización inadmisíble do seu potencial sentido “rompedor”. Nun lugar destacado encaixan aquí as reflexións de Judith Butler sobre o *We the People* e a teoría performativa da asemblea, que é unha reivindicación da lexitimidade incondicionada do “corpo político” emancipado do Dereito e das estruturas estatais para reafirmarse como soberano²⁷. É verdade que entre a *fluidez* do exercicio das liberdades de reunión e manifestación e o *barullo* das normativas que o propician, pero que á vez o condicionan e o limitan, existe unha tensión²⁸.

²⁷ BUTLER, J., *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la Asamblea*, Paidós/Planeta, Bogotá, 2017. E tamén BUTLER, J., “Nosotros el Pueblo. Apuntes sobre la libertad de reunión”, *¿Qué es un pueblo?*, LOM, Santiago, 2014.

²⁸ Unha tensión “irresoluble”, segundo a perspectiva dos que resaltan o paradoxal do intento de conciliar o que é un levantamento contra a autoridade coa capacidade desta para establecer os contornos e as condicións; véxanse ao respecto as consideracións dos dous profesores chilenos BASSA MERCADO, J. e MONCADA GARAY, D., “Protesta social y derecho: una tensión irresoluble”, *Izquierdas*, n. 46, 2019, pp. 105 e ss. E tamén (e non por certo casualmente) as do profesor da Universidad Diego Portales, LOVERA PARMO, D., “La protesta como coreografía: sobre los límites de la regulación legal de la protesta”, *Latin America Law Review*, n. 6, 2021, pp. 25 e ss.

Hai, por así dicilo, unha concisión un tanto ruda na enunciación básica do dereito que propicia regulamentacións que a miúdo cargan a man sobre as limitacións e acaban producindo unha monitorización sobre o exercicio que pode ser propositiva –digamos baixo a forma dun *soft law* minucioso e garantista– ou reactiva, baixo a especie de resolucións xudiciais amparadoras cuxa pegada se deixa sentir moito máis alá das singularidades do caso.

Se nos fixamos no artigo 21 da Constitución e nos desenvolvementos normativos e xurisprudenciais, todo isto cúmprese rigorosamente. Temos un enunciado básico que actúa como prescrición xeral: o dereito a reunirse de xeito pacífico está garantido. Logo vén a proscrición garantista (suponse que tamén xenérica) expresada como regra: o exercicio do dereito non necesitará autorización previa. Os problemas comezan no parágrafo segundo, que parece suxeitar o caso específico –o das reunións en lugares de tránsito público e manifestacións– a un réxime particular en si mesmo confuso e contradictorio: hai que *comunicar* (“darase comunicación previa á autoridade”, dise con linguaxe arcaica), e da obriga de facelo deriva unha correspondente potestade pública sobre a pretensión de exercer o dereito que, para o caso da prohibición, aparece enmarcada en férreos parámetros: esta só procederá “cando existan razóns fundadas de alteración da orde pública, con perigo para persoas ou bens”.

Situándonos baixo o “veo de ignorancia” dos posteriores desenvolvementos, resulta todo bastante problemático. En primeiro lugar, porque, se a regra xeral é a non necesidade de comunicación do artigo 21.1, non se entende o carácter imperativo co que se contempla a comunicación no artigo 21.2. Iso salvo que a dita regra xeral o sexa só para a reunión en espazos privados e non para os espazos públicos. Pero, entón, se trazamos a barreira no espazo, privado no caso do 21.1 e público no 21.2, o que non tería sentido é a referencia ao carácter de “pacífica e sen armas”, que parecería pensada para a reunión en espazo privado, pero non para os lugares de tránsito público. Unha glosa en si mesma paradoxal e absurda xa que, se nalgún lugar é máis necesario que noutro, o condicionante é no espazo público. Co cal non queda máis remedio que concluír que a “delimitación” de partida ten un efecto irradiante sobre todas e cada un dos recantos internos do réxime xurídico, sexa cal sexa o lugar ou a modalidade (estática ou dinámica) da reunión. E, sendo iso así, enténdese mellor o atranco que o propio artigo 21.2 enuncia con respecto á resposta da autoridade e a propia necesidade (conveniencia máis ben) da comunicación, que é, máis que ningunha outra cousa, propiciatoria para o exercicio do dereito.

Polo demais, é verdade que a referencia á orde pública, en si mesma e sen máis aditamentos, podería facer saltar todas as alarmas. Orde pública é un sintagma que evoca o peor dunha traxectoria constitucional errática, pero proclive sempre a desentenderse do compromiso constitucional cos dereitos²⁹. Só mediante unha operación de lavado e de dar formato, que sentou as bases para unha interpretación

²⁹ Por todos, e coa referencia “canónica”, BALLBÉ MALLOL, M., *Orden Público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza, Madrid, 1984. Cito as palabras do prólogo de García de Enterría: “Este libro é a historia dunha falacia mantida nas nosas institucións desde hai dous séculos con sorprendente insistencia, a falacia de crer que só as armas e os modos de guerra poden ser eficaces para manter integrada unha sociedade ou, en termos máis simples, para loitar eficazmente contra os trastornos da orde pública (...)”.

da orde pública compatible cos dereitos fundamentais, foi posible reverter as inercias desa traxectoria. A operación comezou cedo, no ano 1980, cando foi aprobada a Lei orgánica de liberdade relixiosa, no artigo 3 da cal se materializa o rescate: “O exercicio dos dereitos dimanantes da liberdade relixiosa e de culto ten como único límite a protección do dereito dos demais ao exercicio das súas liberdades públicas (...), así como a salvagarda da seguridade, da saúde e da moralidade pública, *elementos constitutivos da orde pública protexida pola lei no ámbito dunha sociedade democrática*”.

A ancoraxe da orde pública, cos seus elementos constitutivos, no ámbito da sociedade democrática fíxose baixo o modelo e a semellanza da técnica empregada polo Convenio Europeo de Dereitos Humanos para evitar o ensanche *ultra vires* das limitacións. E serviu a partir deste momento como o *leit motiv* dos equilíbrios normativos e xurisprudenciais dirixidos a evitar as lecturas *old style* da orde pública. Dese modo, coas exigencias da sociedade democrática como trasfondo, e á vista dos modos de razoamento do Tribunal de Estrasburgo, no que as ditas exigencias son as que ao final inclinan a balanza cara ao apoio da limitación ou cara á condena do Estado demandado, a orde pública foi perdendo peso para deixar o seu lugar a outros elementos do réxime xurídico do dereito que son os que determinan a lexitimidade das respostas estatais ante o seu exercicio. A Lei orgánica do ano 1983, chamada secamente “reguladora do dereito de reunión”, a penas fixo algo máis que reproducir os ditados constitucionais. Trazou os contornos do ámbito de aplicación (“a concorrencia concertada e temporal de máis de 20 persoas, con finalidade determinada”) e desenvolveu nos seus artigos 8 a 11 os prazos e as formalidades da comunicación previa, a resposta da autoridade gobernativa e o recurso contencioso accionable se é o caso contra esta. Todo iso sen entrar en máis precisións que puidesen servir de guía para enfrontar a contradición de fondo entre a garantía da proscripción dun réxime de autorización previa e o establecemento imperativo da comunicación previa e por escrito³⁰.

A verdadeira sede regulativa das limitacións dos dereitos de reunión e manifestación foron as dúas grandes leis posconstucionais de seguridade cidadá: a LO 1/1992 e a vixente LO 4/2015. As dúas foron leis polémicas e “mediáticas”; aprobáronse tras un proceso de deliberación detido, con intervención relevante da actividade de Informe (por parte do Consello de Estado e por parte do Consello Xeral do Poder Xudicial) e acabaron sendo obxecto de diversos recursos de inconstitucionalidade que o TC resolveu en sentenzas parcialmente estimativas³¹. Se as polémicas arredor da coñecida como “lei da patada á porta” se centraron nas potestades da policía na

³⁰ Unha ambigüidade que provén da Lei homónima 17/1976, que a LO 9/1983 derroga expresamente, e cuxa exposición de motivos, moito máis “florida” que a moi concisa desta última, se refería á “filosofía” subxacente á lei nestes termos: “A lei entraña un reto ou, se se quere, unha aposta sobre a madurez do pobo español e sobre a súa capacidade de autocontrol no exercicio do dereito de reunión. A confianza na certeza da dita aposta constitúe, en definitiva, a xustificación última das premisas que inspiran todo o articulado da lei: a redefinición dos límites do lícito e o ilícito, do libre e o regulamentado en materia de reunións; a fixación dun novo criterio de repartición de poderes entre as autoridades gobernativas e os propios cidadáns para o control do correcto exercicio do dereito; e o establecemento de disposicións tendentes a garantir positivamente o uso da liberdade de reunión”.

³¹ Trátase da STC 341/1993, do 18 de novembro, e da STC 172/2020, do 19 de novembro. Sobre a LO 4/2015, o TC pronunciouse tamén na STC 13/2021, do 28 de xaneiro, na que resolveu en sentido desestimatorio o recurso do Parlamento de Cataluña contra diversos preceptos da lei.

persecución do delito, as da vixente lei fórono, sobre todo, sobre a regulación da actividade sancionadora da Administración, considerada como innecesaria e/ou excesiva pola súa profunda incidencia no exercicio dos dereitos que vimos comentando. Acaso o cualificativo popular da lei como “lei mordaza” pode resultar algo exaxerado, sobre todo se se considera que quizais non é atribuíble a ela soa, senón ao efecto engadido que xerou sobre os dereitos á liberdade de expresión a importante reforma do Código penal (LO 1/2015) e aos conseguintes retoques “expansivos” na tipificación dos delitos de incitación ao odio (art. 510) e de apoloxía do terrorismo (art. 578)³².

Pero, unha vez que o Tribunal eliminou da lei a sanción por difusión “non autorizada” de imaxes de membros da policía, a parte máis polémica da lei é a relacionada coa punición administrativa das manifestacións. Iso, unido ás pautas de actuación da propia policía a propósito da celebración destas, resultan finalmente os elementos clave para responder a cuestión de se o dereito á protesta pode considerarse como o exercicio normalizado (pero con outro nome) dos dereitos do artigo 21 da Constitución, ou ben se estamos ante novos dereitos ou novos contidos que desbordan a imaxe do dereito plasmada no texto constitucional³³.

Encadrados na correspondente gradación (moi graves, graves e leves), os ilícitos administrativos considerados na lei poden clasificarse, para os nosos efectos, en tres grupos: a) o que provén do incumprimento do requisito de comunicación previa, cuxa responsabilidade recaerá –di a lei un tanto enigmáticamente– nos organizadores ou promotores (infracción leve do art. 37.1); b) os que proveñen de condutas individuais con ocasión de manifestacións, como a negativa á disolución (infracción grave do art. 36.7), ou as faltas de respecto e consideración cara aos axentes da policía, ou o incumprimento de restricións de circulación peonil ou itinerario cando provoquen alteracións menores (infraccións leves dos arts. 37.4 e 37.3); c) restricións por razón do lugar: a ocupación de calquera inmovible, vivenda ou edificio alleos ou a permanencia neles contra a vontade do propietario (infracción leve do art. 37.7), a perturbación grave da seguridade cidadá con ocasión de reunións ou manifestacións

³² Remito ao meu traballo “El discurso del odio entre la trivialización y la hiper-penalización”, Cortina Orts, A. e Revenga Sánchez, M., *Sobre el Discurso del Odio. Cuadernos del Círculo Cívico de Opinión*, n. 22, 2018.

³³ E de cita obrigada aquí, aínda que nun sentido en extremo crítico contra a lei, precisamente por non ter considerado as implicacións do dereito á protesta, é o voto particular da maxistrada Balaguer á STC 172/2020, que me permito citar por extenso: “A xustificación da aprobación da lei responde á lóxica do mantemento da seguridade na xestión dos problemas políticos e sociais, sen que luza en ningún momento a toma de conciencia por parte do lexislador de que emerxeu unha nova situación xeneralizada de forma de protesta, que por outra parte é común a moitos países do noso contorno democrático. E é así unha reacción, porque os que exercen o dereito á protesta son considerados elementos perturbadores da orde pública e a convivencia, e non suxeitos activos da construción do pluralismo político. E esa lóxica, que deslexitima o suxeito crítico e os colectivos en que se integra, asume e traduce unha desproporcionada restrición dos dereitos fundamentais a través dos cales se exerce o dereito de protesta, porque prioriza o mantemento dunha tranquilidade social, que se equipara á seguridade cidadá, fronte ao valor constitucional do pluralismo. E así esquece que, nun Estado social e democrático de dereito (art. 1.1 CE), a loita pola superación das desigualdades, e pola remoción dos obstáculos que impiden a igualdade efectiva dos individuos e os grupos en que se integran (art. 9.2 CE), é o presuposto da cohesión social, que debe estar na base da garantía dese sosego e paz sociais a que aspira a Lei orgánica de protección da seguridade cidadá. Ter seguridade cidadá tamén é gozar en condicións de igualdade dos dereitos recoñecidos na Constitución (art. 9.2 CE), ter un nivel de vida digno (art. 10.1 CE) e exercer dereitos como o de reunión (art. 21.1 CE) e a liberdade de expresión [art. 20.1 a) CE] sen acoso institucional e sen arriscarse a sufrir sancións desproporcionadas. A perturbación da tranquilidade cidadá e da orde, dentro dos límites constitucionalmente previstos, fóra do recurso á violencia, e sempre que non poida ser tachada de grave, pode atopar sustento no exercicio de dereitos fundamentais, e pode resultar esencial á construción do pluralismo político que está na base das sociedades democráticas”.

fronte ás sedes do Congreso, do Senado ou dos Parlamentos autonómicos, aínda que non estivesen reunidos (infracción grave do art. 37.2), e reunións ou manifestacións non comunicadas ou prohibidas en infraestruturas ou instalacións nas que se prestan servizos básicos para a comunidade ou nas súas inmediatezas (infracción moi grave do art. 35.1).

Deixando de lado –o que é moito deixar– as imprecisións e expresións abertas da lei e a falta dun *quantum* capaz de desvelar a foto completa da actividade administrativa sancionadora (e a da revisión xudicial, que non sería un dato menor) desde 2015 para acá, do conxunto da regulación legal o que pode inferirse é o repudio das actuacións violentas como a verdadeira marca distintiva ou criterio abrangedor e directriz de toda a normativa³⁴. Desde a delimitación inicial en sede de Constitución ata os pormenores das condutas susceptibles de ser sancionadas, atopámonos cun repudio do violento que é completo e bidireccional: cara aos manifestantes, si, pero tamén dirixida cara á actuación dos poderes públicos en relación coa seguridade cidadá e ás pautas reguladoras da súa actividade de intervención: só ante ameazas concretas ou comportamentos obxectivamente perigosos susceptibles de causar prexuízos para a seguridade, como di o artigo 4 da LO 4/2015³⁵.

Se algo achega, en definitiva, o dereito á protesta pacífica aos contidos dos dereitos de reunión e manifestación é no que tal dereito significa para potenciar unha concepción destes máis apegada ás exixencias da sociedade democrática. Ao telo presente como unha puxante e irreversible realidade social, ensánchase o ámbito de exercicio lexítimo do dereito fundamental na mesma medida en que se contén e refrea o das limitacións dimanantes da intervención administrativa e (con moita máis razón) penal. Pero iso coa condición e baixo o presuposto de que o carácter ou o modo da protesta, no que caben incumprimentos puntuais de exixencias legais –tipicamente, a obriga da comunicación previa– nunca poderá dar apoio a actuacións violentas que vaian máis alá das molestias ou coaccións simbólicas ocasionadas a terceiros como consecuencia do despregamento da propia protesta.

³⁴ O que si podo achegar é o dato do número de manifestacións realizadas entre 2013 e 2021: 2013 (43.170), 2014 (36.679), 2015 (32.904), 2016 (27.7880), 2017 (29.091), 2018 (32.078), 2019 (31.918), 2020 (22.449) e 2021 (33.366). Están reproducidos no Informe de AMNISTÍA INTERNACIONAL, publicado en novembro de 2022, cuxo título é *Derecho a la protesta en España. Siete años, siete mordazas que restringen y debilitan el derecho a la protesta en España*. As sete mordazas glosadas no informe son: a reforma do Código penal, a aprobación da Lei orgánica de seguridade cidadá, o aumento do poder discrecional de decisión da policía no marco do dereito á manifestación pacífica, a utilización abusiva de armas menos letais como pelotas de goma ou de proxectís *foam*, a frecuente interpretación dos tribunais a favor da versión policial, as contradenuncias de policías contra manifestantes que denuncian abusos (o que inclúe a alegación de feitos non veraces na propia denuncia policial), e a falta de mecanismos efectivos de rendición de contas das forzas de seguridade.

³⁵ É un extremo que merece certamente un traballo detido e que garda estreita relación co tema que abordamos nestas páxinas. Apuntarei tan só neste momento a triloxía de casos nos que o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos condenou España polos excesos no uso da forza policial para disolver manifestacións: *Iribarren Pinillos contra España* (2009), *Laguna Guzmán contra España* (2020) y *López Martínez contra España* (2021). Véxase BILBAO UBILLOS, J.M., “La doctrina del TEDH sobre el uso excesivo de la fuerza para disolver manifestaciones pacíficas (Comentario a las SSTEDH de 6 de octubre de 2020 en el asunto Laguna Guzmán c. España; y 9 de marzo de 2021 en el asunto López Martínez c. España)”, *Revista de Estudios Europeos*, n. 80, 2022, pp. 195 e ss.

5 Conclusión: unha cuestión de nome, pero sobre todo de interpretación

A xurisprudencia do Tribunal Constitucional, desde a importante STC 66/1995 ata a aprobada en novembro de 2023 afirmando o dereito que amparaba a UGT para manifestarse o 8 de marzo de 2021, durante o segundo estado de alarma, que lle foi negado en sede administrativa e xudicial, está chea de *dicta* que valoran positiva e enfaticamente a ocupación do espazo público como un mecanismo vigoroso de participación democrática³⁶. O que vemos consolidarse agora, sobre todo grazas ás achegas dos órganos supranacionais de garantía dos dereitos –coa Corte Interamericana e o Tribunal Europeo de dereitos– pero tamén grazas á actividade de relación e informe de organizacións e instancias da sociedade internacional, é o lugar que vai ocupando o dereito á protesta no núcleo mesmo dos dereitos políticos e de participación democrática³⁷.

En bo número de resolucións xudiciais observamos que o dereito á protesta se converte no eixe vertebrador de razoamentos que se inclinan a encadrar determinadas condutas dentro do ámbito do exercicio lexítimo de dereitos fundamentais. No caso de España, ao fío do clima de protesta social de 2011 en diante, poden aducirse neste sentido resolucións a propósito de certos “escraches” ante o domicilio da daquela vicepresidenta do Goberno, ou sobre iniciativas de grande resonancia no seu momento como a de “Ocupa o Congreso”, ou as do caso “Aturem el Parlament”³⁸. É verdade que as que cito, con excepción da do Tribunal Constitucional, son anteriores á aprobación en 2015 da LOPC, pero non creo que as novidades que puidese achegar a dita norma sexan de tal entidade como para alzar un muro fronte á irrupción da protesta como un dereito que reclama o seu lugar no elenco dos dereitos de maior rango. Se acaso, o que a lei propiciou é un reverdecer dos debates arredor do contido esencial (ou mellor sobre os contidos básicos e concomitantes) dos dereitos de reunión e manifestación, sobre a existencia da proporcionalidade no uso da potestade sancionadora da Administración e sobre a contención no recurso ao Dereito penal.

³⁶ Sentenza aínda non publicada no momento de escribir estas liñas. Véxase a Nota informativa 94/2023, do 21 de novembro.

³⁷ Ademais dos informes que citamos nas notas 8 a 11, remitímonos, para a doutrina do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, a LÓPEZ GUERRA, L., “Derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Alonso Rima, A. (dir.) e Colomer Bea, D. (coord.), *Derecho Penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019. E para a da Corte Interamericana, a SALDAÑA CUBA, J., “Aproximaciones críticas al derecho a la protesta social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Investigación del CICAJ-PUCP*, 2018-2019, pp. 389 e ss.

³⁸ Sobre os escraches, véxanse o Auto 81/2014 da Sección 16 da Audiencia Provincial de Madrid, no que se desestima a apelación contra o Auto de arquivo decretado o 10 de maio de 2013 polo Xulgado de Instrución n. 4 (Dilixencias previas 1186/2013). Sobre a iniciativa “Ocupa o Congreso”, o Auto do Xulgado Central de Instrución n. 1 da Audiencia Nacional, do 4 de outubro de 2012, nas Dilixencias previas 105/2012. E sobre o caso “Aturem el Parlament”, a importante Sentenza da Audiencia Nacional do 7 de xullo de 2014 (relator Ramón Sáez), que foi casada polo Tribunal Supremo na STS 161/2015, do 17 de marzo (relator Manuel Marchena), e obxecto dun recurso de amparo resolto na STC 133/2021, na que o Pleno avala a tese do TS e sostén a condena dos recorrentes polo delito de intimidación a parlamentarios do artigo 498 CP. A sentenza tivo votos particulares de Encarnación Roca, María Luisa Balaguer, Juan Antonio Xiol e Cándido Conde-Pumpido. Véxase, en sentido sumamente crítico co axuízamento do Tribunal Supremo, GARCÍA AMADO, J.A., “Sobre ponderaciones y penas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña”, Cuenda Arnau, M.ªL. e García Amado, J.A. (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Sobre tales cuestións, e sobre o efecto desalentador que poidan ter para o exercicio normalizado do Dereito, obsérvanse puntos de discordia non só entre algunhas sentenzas dos tribunais españois e a doutrina do TEDH, senón *dentro* dos propios tribunais, e sinaladamente no seo do Tribunal Constitucional³⁹. O dereito á protesta, coas súas profundas implicacións sobre a calidade da democracia e sobre a tarefa dos poderes públicos dirixida a “facilitar a participación de todos os cidadáns na vida política” (art. 9.2 da Constitución) está no fondo de tales discordias. O tempo decidirá sobre se o dereito á protesta prosegue a súa andaina cara á incorporación no sistema dos dereitos ou se tan só será visto como a *versión 5.0* (ou a que corresponda) dos dereitos de reunión e manifestación. Á fin e ao cabo, como indicou Victor Klemperer, no capítulo XX (Que quedará?) do seu transcendental estudo sobre a lingua do Terceiro Reich, “non é a vontade e a precisión do experto a que decide sobre a adopción xeneralizada dunha palabra nova, senón o estado de ánimo e a imaxinación do público”⁴⁰.

Bibliografía

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Derecho a la protesta en España. Siete años, siete mordazas que restringen y debilitan el derecho a la protesta en España*, Informe, 2022.
- ARANCIBIA HURTADO, C., “Las palabras de la guerra: cuatro días del octubre chileno de 2019”, *IusInkarrri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, n. 11, 2022.
- BALLBÉ MALLOL, M., *Orden Público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza, Madrid, 1984.
- BASSA MERCADO, J. e MONCADA GARAY, D., “Protesta social y derecho: una tensión irresoluble”, *Izquierdas*, n. 46, 2019.
- BELTRÁN DE FELIPE, M. e GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de Estados Unidos*, CEPC, Madrid, 2005.
- BILBAO UBILLOS, J.M.^a, “La llamada Ley Mordaza: La Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 36, 2015.
- BILBAO UBILLOS, J.M.^a, “La doctrina del TEDH sobre el uso excesivo de la fuerza para disolver manifestaciones pacíficas (Comentario a las SSTEDH de 6 de octubre de 2020 en el asunto Laguna Guzmán c. España; y 9 de marzo de 2021 en el asunto López Martínez c. España)”, *Revista de Estudios Europeos*, n. 80, 2022.
- BUTLER, J., “Nosotros el Pueblo. Apuntes sobre la libertad de reunión”, *¿Qué es un pueblo?*, LOM, Santiago, 2014.
- BUTLER, J., *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la Asamblea*, Paidós/Planeta, Bogotá, 2017.

³⁹ Por todos, COLOMER EGEA, D., “La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 41, 2019, pp. 97 e ss.; GARCÍA BELLO, L., “El ejercicio de los derechos fundamentales y el efecto desaliento: a resultas de las protestas ecologistas”, *La Ley*, 12 de decembro de 2022.

⁴⁰ KLEMPERER, V., *LTI. La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, Minúscula, Barcelona, 2001, p. 188. Debo a referencia ao traballo de Camilo Arancibia que cito na nota 12.

- CASTELLS OLIVÁN, M., *Redes de indignación y esperanza. Los movimientos sociales en la era de Internet*, Alianza, Madrid, 2015.
- COLOMER EGEA, D., “La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 41, 2019.
- COMISIÓN DE VENECIA, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly* (3.^a Ed.) CDL-AD(2019)017.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Protesta y Derechos Humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal” (CIDH/RELE/INF 22/19).
- CUERDA ARNAU, M.^ªL. e GARCÍA AMADO, J.A. (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- DE LUCAS MARTÍN, J. e AÑÓN ROIG, M.^ªJ., “Sobre resistencia, ciudadanía y democracia”, *Claves de Razón Práctica*, n. 32, 2012, pp. 18-24.
- ESCOBAR ROCA, G., “Libertad de expresión y democracia en Owen Fiss”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 58, 2000.
- FALCÓN Y TELLA, M.^ªJ., *La desobediencia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- FISS, O., *Libertad de expresión y estructura social*, Fontanara, México, 1997.
- FISS, O., *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999.
- GARCÍA AMADO, J.A., “Sobre ponderaciones y penas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña”, Cuerta Arnau, M.^ªL. e García Amado, J.A. (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GARCÍA BELLO, L., “El ejercicio de los derechos fundamentales y el efecto desaliento: a resultados de las protestas ecologistas”, *La Ley*, 12 de diciembre de 2022.
- GARGARELLA MARIOTTI, R., *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*, Siglo XXI, Bos Aires, 2006.
- GARGARELLA MARIOTTI, R., “Un diálogo sobre la ley y la protesta social”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n. 61, 2008, pp. 19-50.
- GARGARELLA MARIOTTI, R., *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano*, Siglo XXI, Bos Aires, 2021.
- IGLESIAS TURRIÓN, P., “Desobediencia civil y movimiento antiglobalización. Una herramienta de intervención política”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 5, 2002.
- KLEMPERER, V., *LTI. La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, Minúscula, Barcelona, 2001.
- LÓPEZ GUERRA, L., “Derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Alonso Rima, A. (dir.) y Colomer Bea, D. (coord.), *Derecho Penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

- LOVERA PARMO, D., “La protesta como coreografía: sobre los límites de la regulación legal de la protesta”, *Latin America Law Review*, n. 6, 2021.
- NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai*, A/HRC/23/39, 24 de abril de 2013.
- NACIONES UNIDAS, *Resolución del Consejo de Derechos Humanos sobre la protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas*, A/HRC/RES/25/38, de 11 de abril de 2014.
- NACIONES UNIDAS, “A step-by-step checklist for monitoring implementation of the practical recommendations on the management of assemblies”, *Report by United Nations Special Rapporteurs Maina Kiai and Cristof Heyns*, A/HRC/31/66, setiembre de 2016.
- NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de reunión pacífica y de asociación*, A/HRC/38/34, do 26 de xullo de 2018.
- O’NEILL, K.F., “Disentangling the Law of Public Protest”, *Loyola Law Review*, n. 21, 1999.
- PEÑA, C., *Pensar el malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional*, Taurus, Santiago, 2020.
- PORTILLA CONTRERAS, G., “La contrarrevolución preventiva emprendida por el Derecho Penal y Administrativo para hacer frente a los movimientos de protesta y desobediencia civil”, Cuerva Arnau, M.^{al} e García Amado, J.A. (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., “Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 64, 2002, pp. 99 a 110.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., “El discurso del odio entre la trivialización y la hiperpenalización”, Cortina Orts, A. e Revenga Sánchez, M., *Sobre el Discurso del Odio. Cuadernos del Círculo Cívico de Opinión*, n. 22, 2018.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., “El tiempo de los derechos en la era digital”, López Ulla, J.M. (dir.), *El impacto de la era digital en el derecho*, Aranzadi, Cizur Menor (en prensa).
- REVENGA SÁNCHEZ, M., “El catálogo de los derechos en la era del *Ius Constitutionale Commune*”, Ugartemendia Eceizabarrena, J.I. e Giuseppe Martinico, G. (dirs.), *Curso de Verano de la Universidad del País Vasco, Ius Constitutionale Commune e Interpretación Conforme*, 12-14 de xullo de 2023 (en prensa).
- SALDAÑA CUBA, J., “Aproximaciones críticas al derecho a la protesta social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Investigación del CICAJ-PUCP*, 2018-2019.
- SANTOS AMAIZ, J.A., “Falsos derechos y buenas intenciones. A propósito del derecho de resistencia en las Constituciones contemporáneas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 48, 2014.

Regap



ESTUDIOS

SANTOS AMAIZ, J.A., “Derecho de resistencia y desobediencia civil en la Ley Fundamental de Bonn”, Peña, L. e Ausín Díez, T. (coords.), *Conceptos y valores constitucionales*, Plaza y Valdés, Madrid, 2016.

SQUELLA, A., *Apuntes de un constituyente*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2022.

UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I., *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

VARELA SUANCES, J. (ed.), *Textos básicos de la Historia Constitucional Comparada*, CEPC, Madrid, 1998.

Regap

Comentarios e crónicas

2



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 66_xuño-decembro 2023 | pp. 167-195
Santiago de Compostela, 2023
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5100>
© Santiago González-Varas Ibáñez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 23/05/2023 | Aceptado: 19/12/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Aplicación da LCSP de 2017 desde a súa promulgación

Aplicación de la LCSP de 2017 desde su promulgación

Application of the 2017 Public Sector Contracts Act since its enactmen

66 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
Catedrático de Dereito Administrativo
Universidade de Alacante

<https://orcid.org/0000-0002-3101-0469>

varas@ua.es

Resumo: Analízanse certos temas que veñen suscitando debate na lexislación de contratación pública, para observar cal foi a súa aplicación ou evolución tras a Lei española de contratos do sector público de 2017. Creouse unha especial cultura xurídica nesta materia, con maior especialización, predominando máis os debates técnicos que os esenciais. A proliferación dos tribunais de recursos contractuais contribuíu a este proceso. Xerouse unha inmensa casuística cuxos trazos principais convén coñecer.

Palabras clave: Ámbito de aplicación da LCSP, tipos de contratos, subcontratación, modificación do contrato, solvencia económica e financeira, prohibicións de contratar, pregos da contratación, execución do contrato.

Resumen: Se analizan ciertos temas que vienen planteando debate en la legislación de contratación pública, para observar cuál ha sido su aplicación o evolución tras la Ley española de contratos del sector

¹ Texto do relatorio na xornada "A lei de contratos do sector público cinco anos despois. A importancia da contratación pública como motor da economía", organizada polo Servizo de Patrimonio e Contratación da Deputación Provincial da Coruña, e celebrada no Teatro Colón da Coruña o 13 de marzo de 2023.

público de 2017. Se ha creado una especial cultura jurídica en esta materia, con mayor especialización, predominando más los debates técnicos que los esenciales. La proliferación de los tribunales de recursos contractuales ha contribuido a este proceso. Se ha generado una inmensa casuística cuyos rasgos principales conviene conocer.

Palabras clave: Ámbito de aplicación de la LCSP, tipos de contratos, subcontratación, modificación del contrato, solvencia económica y financiera, prohibiciones de contratar, pliegos de la contratación, ejecución del contrato.

Abstract: This paper analyses certain issues that have been raising debate in public procurement legislation, in order to observe their application or evolution since the passing of the Spanish Public Sector's Public Procurement Law in 2017. A special legal culture has been created in this matter, with greater specialization, predominating more technical debates than essential ones. The proliferation of administrative tribunals for public procurement reviews has contributed to this outcome. An immense case-law has been generated whose main features should be known.

Key words: Public Procurement Law scope, type of procurement, subcontracting, modification of contracts, operator's economic and financial standing, grounds for excluding operators from participation in a procurement procedure, procurement documents, contract performance.

SUMARIO: 1 Enfoque. 2 Evolución normativa. 3 Aplicación da LCSP.

1 Enfoque

Seguidamente, imos seleccionar algúns temas de aplicación da Lei de contratos do sector público de 2017, observando as problemáticas dos últimos cinco anos, incluíndo naqueles temas que no momento de promulgarse a lei presentaban discusión para observar a evolución que tiveron con posterioridade.

Pode afirmarse, como idea orientadora que se deduce do estudo da evolución da contratación pública, que durante os últimos anos se creou unha especial cultura xurídica nesta materia, con maior especialización, predominando máis os debates técnicos que os esenciais. A proliferación dos tribunais de control de adxudicación contractuais contribuíu a este proceso.

En suma, dun debate protagonizado por problemas de fondo (delimitación do ámbito subxectivo que puña en xaque a aplicación da lexislación contractual, prórrogas contractuais que podían eludir a concorrència, modificados, etc.), pasamos a debates de articulación legal aplicativa, praxe ou casuística, que perfilan os criterios legais.

2 Evolución normativa

Dito isto, á hora de observar a evolución da contratación pública tras a promulgación da LCSP en 2017, o primeiro factor que a todos nos vén á cabeza é o COVID-19, protagonista dos últimos cinco anos de aplicación da LCSP de 2017. A cuestión do COVID-19 relaciónase co artigo 208 da LCSP 2017, onde se establece a suspensión dos contratos, aboando a Administración os danos e perdas efectivamente sufridos polo contratista, con suxeición ás regras que con bastante detalle se conteñen no dito artigo 208, apartado 2.

Neste contexto, pode facerse referencia tamén á suspensión excepcional de contratos regulada no Real decreto-lei 8/2020 como consecuencia do COVID-19 (así como ao Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se declara o estado de alarma para a xestión da situación da crise sanitaria ocasionada polo COVID-19)².

Neste contexto do COVID-19, pode recordarse que esta epidemia deu lugar a algúns informes ou resolucións. Así, prevendo que as persoas traballadoras autónomas ou o traballador autónomo economicamente dependente, adxudicatarios de contratos públicos que se visen suspendidos como consecuencia da adopción do estado de alarma ou calquera das súas medidas complementarias, non poden percibir un equivalente aos gastos salariais como indemnización polos danos que se lles produzan como consecuencia da suspensión total ou parcial dos ditos contratos, poderán, se é o caso, acollerse ás axudas especificamente creadas polas diferentes AAPP para os autónomos (Informe 2/2020 da Comisión Permanente da Xunta de Contratación Pública de Navarra). Ou declarando que resulta improcedente o aboamento á conta durante o período de suspensión dos contratos a que se refire o artigo 34 do Real decreto 8/2020, do 17 de marzo, das indemnizacións previstas na dita disposición legal (Informe AXE - FACENDA 10/20, R-341/2020, do 14 de abril). Facenda 10/20 (R-341-2020). Ou informando de que os contratistas deben esperar ao levantamento da suspensión para reclamar a indemnización do artigo 34 do Real decreto-lei 8/2020, etc., ou sentenzas que finalmente non lle recoñeceron o restablecemento do equilibrio económico ao contratista por efectos do COVID-19 (STS 1038/2022, do 19 de xullo de 2022).

Outra relación do COVID-19 e a LCSP leva ao artigo 120 da LCSP (“Tramitación de emerxencia”), cuxo presuposto é a necesidade dunha actuación inmediata a causa de acontecementos catastróficos, de situacións que supoñan grave perigo ou de necesidades que afecten á defensa nacional. O réxime excepcional consiste en *eximir o órgano de contratación da obriga de tramitar expediente de contratación*, podendo ordenar a execución do necesario para remediar o acontecemento producido ou satisfacer a necesidade sobrevida, ou contratar libremente o seu obxecto, en todo ou en parte, sen suxeitarse aos requisitos formais establecidos nesta lei, mesmo o da existencia de crédito suficiente. Esta regulación encaixa á perfección na situación de emerxencia sanitaria provocada polo COVID-19, que deu lugar mesmo á adopción polo Goberno de España do Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se declara o estado de alarma para a xestión da situación da crise sanitaria ocasionada polo COVID-19.

² O Real decreto-lei 8/2020, do 17 de marzo, de medidas urxentes extraordinarias para facer fronte ao impacto económico e social do COVID-19, establece medidas para evitar os efectos negativos sobre o emprego e a viabilidade empresarial derivados da suspensión de contratos públicos, impedindo a resolución de contratos públicos por parte de todas as entidades que integran o sector público, e evitar que o COVID-19 e as medidas adoptadas polo Estado, as comunidades autónomas ou as entidades que integran a Administración local e todos os seus organismos públicos e entidades de dereito público teñan un impacto estrutural negativo sobre esta parte do tecido produtivo. Para evitar que o COVID-19 e as medidas adoptadas polo Estado, as CC.AA. ou a Administración local para combatalo poidan dar lugar á resolución de contratos do sector público, prevese no seu artigo 34 un réxime específico de suspensión e prórroga destes.

Baséome, para este traballo, no meu *Tratado de Derecho administrativo. Contratación Pública. Comentarios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público*, tomo III, 4ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020 (remítome a esta obra tamén para unha consulta dalgunhas fontes, blogs ou similares de autores onde puiden tomar algunha resolución ou sentenza). Así mesmo, este texto serviu de apoio a unha conferencia do 13 de marzo de 2023 na Deputación da Coruña.

Á marxe do COVID-19, en canto á evolución normativa posterior á promulgación da LCSP 2017, podemos destacar a Lei 31/2022, do 23 de decembro, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2023, (...) que afectou, entre outras cuestións, aos supostos de aplicación do procedemento negociado sen publicidade, ás condutas colutorias no procedemento de contratación ou a clasificación.

Tamén pode citarse a Estratexia Nacional de Contratación Pública 2023-2026 (ENCP), do 28 de decembro de 2022, da Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación (OIReScon). A finalidade da ENCP será a de abordar os aspectos que menciona o artigo 334 da LCSP para establecer unha serie de medidas e actuacións que permita cumprir os obxectivos que este precepto menciona; en esencia, combater a corrupción, incrementar a profesionalización, promover a eficiencia económica, xeneralizar o uso da contratación electrónica e promover un marco normativo claro e estable co fin de dotar de seguridade xurídica a contratación pública.

Así mesmo, cómpre ter en conta que o Real decreto-lei 36/2020, do 30 de decembro, polo que se aproban medidas urxentes para a modernización da Administración pública e para a execución do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia, regulador dos fondos europeos, contén, para a xestión dos referidos fondos, certas especialidades en materia de contratación pública³.

Outra referencia é a STC 68/2021, do 18 de marzo de 2021, que declara inconstitucionais a exclusión da eficacia extraterritorial das decisións sobre clasificación adoptadas polos órganos competentes autonómicos, ou a obriga imposta aos entes locais de publicar os seus perfís nunha única e concreta plataforma de contratación. Igualmente, por incorrer nunha regulación de detalle que só incidentalmente garda relación cos principios da contratación pública, declárase que non son conformes á orde constitucional de competencias algúns aspectos relativos ao órgano competente para declarar a prohibición de contratar; o contido dos pregos de cláusulas administrativas particulares; a definición de prescrición ou especificación técnica; a decisión de non publicar determinados datos sobre a celebración do contrato; as subfases no concurso de proxectos; ou a habilitación normativa en materia de uso de medios electrónicos, informáticos ou telemáticos. Por último, declárase inconstitucional a previsión da LCSP relativa á determinación do órgano competente, en ausencia de lexislación autonómica, para resolver o recurso especial en materia de contratación no ámbito dos entes locais.

3 Aplicación da LCSP

Un primeiro tema de ineludible consideración é o do ámbito subxectivo de aplicación da LCSP de 2017. En España contamos tradicionalmente cunha lexislación pública ou

³ - Consideración de urxencia na tramitación de todos os expedientes (artigo 48). - Como especialidade do procedemento aberto simplificado establécese como regra que a ponderación dos criterios de adjudicación avaliábel mediante xuízo de valor previstos no prego non supere o 35% do total (artigo 52). - Preferencia pola sociedade de economía mixta para a adjudicación dos PERTE. - O prazo do recurso especial redúcese a 10 días. - O artigo 57 sinala que lle corresponderá á Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado resolver as dúbidas que se poidan formular sobre a interpretación das normas acerca da contratación pública deste real decreto-lei.

avanzada de contratos, a diferenza doutros ordenamentos onde non había sequer unha lexislación –propriadamente dita– de contratos administrativos. Pero esa lexislación quedaba inaplicada, con tal de crear entidades de dereito privado. Este tema foi un dos máis polémicos tradicionalmente. A causa, principalmente, da Sentenza 214/2000 do Tribunal de Xustiza da Unión Europea abríronse vías de solución. No momento de promulgarse a LCSP no ano 2017, este tema estaba en gran medida xa “pacificado”, malia a enorme polémica dos anos precedentes, dado que foi un auténtico reto conseguir a aplicación de todas aquelas entidades que cumpran funcións de satisfacción de interese xeral independentemente da súa forma xurídica. Diríamos, pois, que nos cinco anos de aplicación da LCSP se *normalizou* a aplicación da LCSP no eido societario público e calou finalmente a ratio “funcional” para a definición do ámbito subxectivo de aplicación da LCSP. Esta ratio funcional chega a servir para delimitar o propio dereito administrativo. Isto último tendo en conta que o dereito administrativo non é tanto o dereito regulador da Administración pública como o dereito regulador da Administración pública cando esta cumpre unha función administrativa ou de interese xeral.

Enténdese, así, que nos últimos cinco anos decaese o interese na aplicación xudicial de técnicas tales como o levantamento do veo e os actos separables. Non queremos dicir que desaparecese a súa invocación na praxe, pero si que estas técnicas non teñen tanto sentido ou importancia como cando se abusa do dereito privado. Só entón é cando se fai imprescindible a súa invocación na praxe xurídica para remediar os efectos dunha pura contratación privada no exercicio de funcións públicas. É dicir, na medida en que as entidades públicas de dereito privado cumpren a lei de contratos (e non se aplica o dereito privado), por realizaren funcións de satisfacción de interese xeral, decae o interese correlativo no levantamento do veo e nos actos separables, cuxo sentido está en corrixir fraudes de lei derivadas da indebida inaplicación da LCSP.

En canto aos tipos de contratos, recordemos que, con anterioridade á LCSP de 2017, un tema característico foi o desenvolvemento de formas contractuais, en concreto durante as dúas décadas anteriores a esa data. Non obstante, podemos dicir que, nos últimos cinco anos, esta tendencia de creación de formas novas de contratos non continuou, a salvo da regulación da “concesión”, que levou a cabo a dita LCSP por transposición da normativa europea na materia, regulación baseada na ratio ou noción de risco empresarial, que se aplicou xurisprudencialmente desde 2017. Podemos recordar tamén o “contrato de colaboración público-privado”, no sentido dunha forma contractual que tivo interese finalmente máis teórico que práctico.

Pola súa parte, os contratos urbanísticos, para a adxudicación dunha obra urbanística a cargo dos propietarios (que reciben un soar urbanizado), contratos que arraigan especialmente nalgúns comunidades autónomas, seguen á marxe da LCSP. Regúlanse en leis do solo autonómicas, aínda que respectando a LCSP nos aspectos que interfíren co contractual.

Un debate interesante, neste contexto, é o da posible non suxeición á LCSP de 2017 dos contratos para servizos xurídicos e asesoramento. Resolucións recentes dos órganos resolutivos ou consultivos en materia de control de adxudicacións contractuais

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

indicaron a exclusión deste tipo de contratos da LCSP de 2017 (Informe 1/2023, da XCCA de Aragón), tendencia que consideramos acertada.

Outro tema que latexa sempre en calquera reforma legal de contratos públicos é o de se debe preverse un mesmo sistema de adxudicacións respecto dos contratos por enriba e por debaixo dos limiares; é dicir, a “regulación harmonizada” e a que queda por debaixo deses limiares. Tras a LCSP, vólvese confirmar o modelo lexislativo tradicional español, no sentido de exixir procedementos de adxudicación similares por enriba e por debaixo dos limiares comunitarios, mesmo cando se formula a reflexión, polo menos desde o punto de vista xurídico-comparado, de se non é demasiado exixente o noso dereito, considerando que outros ordenamentos (compatibles coas directivas europeas) non prevén procedementos tan estritos respecto das adxudicacións de contratos por debaixo dos limiares europeos; no dereito alemán mesmo se consideran de contratos civís da Administración.

Outro ámbito tradicionalmente polémico era o da duración dos contratos e as prórrogas. O problema era o da práctica arraigada de prorrogar os contratos para o restablecemento do equilibrio económico contractual: unha situación típica referíase a que se prorrogaba o contrato, ao rematar o seu prazo, como forma de compensar o contratista de prestacións e investimentos feitos en vida do contrato e que a Administración non aboara. A propia lexislación estatal de autoestradas, ou a lexislación local, oriéntanse nesta dirección. Pois ben, durante os últimos anos parece terse asumido o criterio da lexislación contractual (xa recollido anteriormente á LCSP) da prohibición das prórrogas se non están previstas expresamente nos pregos. Prima o principio de concorrencia sobre outras formas de entender o interese público. Incídese na excepcionalidade das prórrogas contractuais, pola súa confrontación coa *ratio* de concorrencia debida, a necesidade de que se prevexan nos pregos, tamén a súa duración concreta, así como a prohibición de que sexan indefinidas ou imprecisas, e das prórrogas tácitas (STSX da Comunidade Valenciana n. 753/2019, do 15 de outubro de 2019). Ademais, as prórrogas son decretadas en cumprimento do prego, por interese público e non por iniciativa ou interese do contratista.

Na casuística dos últimos anos poden citarse algunhas sentenzas: interesante é a STS 952/2021, do 1 de xullo de 2021, que afirma que a negativa da Administración a prorrogar un contrato, por asumir a xestión directa, exixe unha valoración dos seus efectos sobre o gasto público: o acto polo que a Administración decide non prorrogar un contrato, ao asumir xestión directa, require, de acordo co artigo 7.3 LOEOLF, que se valoren as súas repercusións e efectos, tendo en conta a natureza e alcance do acto e as circunstancias concorrentes. Seleccionamos esta sentenza porque é expresiva, así mesmo, dunha realidade: o paso da xestión indirecta á directa exixe unha reflexión sobre o gasto e a economicidade da operación. De feito, este foi un debate típico dos últimos anos.

Téñase en conta que o artigo 29 da LCSP se atopa no libro primeiro da norma, que é aplicable a todos os contratos do sector público, sexan estes administrativos ou privados (IXCCPE 7/2020, do 29 de xullo: a duración dos contratos privados –de seguro–). Esta localización permite que na fase de preparación dun contrato privado

se definan axeitadamente as condicións de duración sen ter que aterse á normativa privada cando non se xustifique extraer da licitación pública un contrato por un tempo superior ao que marca a LCSP.

Outra cuestión, sen saír destes debates, que xurdía cando se ditou a LCSP 2017, era a relativa a se se podía prorrogar o contrato orixinario ata que comece a execución do novo contrato. Recordemos que o admite o último parágrafo do artigo 29.4 “cando ao vencemento dun contrato non se formalizase, o novo contrato que garanta a continuidade da prestación a realizar polo contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecementos imprevisibles para o órgano de contratación producidas no procedemento de adxudicación e existan razóns de interese público para non interromper a prestación”; “en todo caso por un período máximo de nove meses, sen modificar as restantes condicións do contrato, sempre que o anuncio de licitación do novo contrato se publicase cunha antelación mínima de tres meses respecto da data de finalización do contrato orixinario” (véxase tamén o artigo 288.a da LCSP 9/2017)⁴.

Outro tema obxecto de arduo debate vén sendo o dos encargos de poderes adxudicadores a medios propios personificados (artigo 32 da LCSP). Se se segue a praxe dos últimos cinco anos, obsérvase que neste ámbito se viñeron ditando resolucións con bastante intensidade. En canto aos problemas xurídicos, o principal problema consiste en determinar se o caso concreto require ou non seguir regras de publicidade e concorrencia e vinculación á mellor oferta que plasma a lexislación contractual para o contrato público, ou se, por contrapartida, non é necesario. Así pois, a vinculación estrita da entidade encomendada respecto da encomendante vén explicando a posibilidade de entender encargos que se sitúan dentro dos contratos ou negocios excluídos da aplicación da lexislación contractual pública. Neste contexto, tamén convén recalcar que en caso de encargos a sociedades públicas, esta regulación só se aplica a aquelas que teñen capital, na súa totalidade, de titularidade pública. O apartado 1 do artigo 32 da LCSP afirma que os poderes adxudicadores poden valerse doutra persoa xurídica distinta deles (para executar de xeito directo prestacións propias dos contratos de obras, subministracións, servizos, concesión de obras e concesión de servizos), xa sexa de dereito público ou de dereito privado. Trátase de encargos á marxe do contrato, malia que deben cumprirse unhas formalidades previstas neste artigo e sempre e cando a persoa xurídica que utilicen mereza a cualificación xurídica de «medio propio» personificado respecto deles. A forma xurídica é irrelevante. É sabido, ademais, que a clave do dereito aplicable é funcional. Entón, no apartado 2 do artigo 32 LCSP é onde se define o dito «medio propio personificado». En esencia:

⁴ Durante a aplicación da LCSP, un exemplo de adopción desta medida excepcional de prórroga atopámola no artigo 34 do Real decreto-lei 8/2020, do 17 de marzo, de medidas urxentes extraordinarias para facer fronte ao impacto económico e social do COVID-19, que, para evitar que o COVID-19 e as medidas adoptadas polo Estado, as CC. AA. ou a Administración local para combatelo puidesen dar lugar á resolución de contratos do sector público, previu un réxime específico de suspensión destes, establecendo especificamente que, respecto «daqueles contratos públicos de servizos e de subministracións de prestación sucesiva, cando ao vencemento dun contrato non se tivese formalizado o novo contrato que garanta a continuidade da prestación como consecuencia da paralización dos procedementos de contratación derivada do disposto no 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, e non puidese formalizarse o correspondente novo contrato, poderá aplicarse o previsto no último parágrafo do artigo 29.4 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, con independencia da data de publicación da licitación dese novo expediente».

control análogo ao que tería o adxudicador sobre os seus propios servizos ou unidades (é dicir, influencia decisiva sobre os seus obxectivos estratéxicos e decisións significativas); que máis do 80 % das actividades do ente destinatario do encargo se leven a cabo no exercicio dos labores que lle foron confiados polo poder adxudicador; que a totalidade do seu capital ou patrimonio sexa pública (se o medio propio é xurídico-privado); que a condición de medio propio estea nos seus estatutos ou actos de creación (véxase a STXUE do 22 de decembro de 2022, asuntos acumulados C.383 e 384/2021).

Durante os últimos cinco anos, as resolucións afectaron a cuestións casuísticas relativas ao cumprimento dos presupostos legais mencionados. Non obstante, persiste aínda un problema esencial, no sentido de se arredor dos encargos a medios propios non estamos máis ben ante un tema organizativo ou de cooperación administrativa (neste contexto, Informe 22/2018, da Xunta Consultiva de Contratación de Aragón do 25 de setembro) que ante un tema contractual cuxa ratio é a suxeición ao principio de concorrencia. O feito é que o preciso réxime legal previsto na LCSP non deixa moita marxe. Enténdese así que primen na praxe debates sobre se se cumpren ou eluden os requisitos legais. Se se incumpren os presupostos, estímase o recurso especial contra o encargo do medio propio á marxe de tales presupostos legais (resolución do Tribunal de Recursos Contractuais de Cataluña 259/2021).

Así pois, durante os últimos anos de aplicación da LCSP de 2017, precisouse (por parte do IXCCA Cataluña 5/2019, do 30 de maio) que “o requisito relativo ao control conxunto análogo por parte dos diversos poderes adxudicadores que dispoñan dun medio propio compartido (presúmese) cando existe participación de cada un nos órganos de decisión e no capital do medio propio. Porén, unha participación meramente formal no medio propio por parte dun ou varios poderes adxudicadores non é suficiente para entender que existe efectividade no control conxunto, nin é admisible que a determinación da vontade do medio propio dependa en exclusiva dun poder adxudicador”.

As resolucións explícanos o requisito do referido 80 % (ditame do Consello Xurídico Consultivo da Comunidade Valenciana 107/2020, do 26 de febreiro de 2020), ou infórmanos de que, se o organismo público non é “medio propio”, pode concorrer a unha licitación (Resolución do TACRC 1784/2021), ou engaden que no expediente deben explicitarse as razóns polas que o recurso ao encargo resulta máis eficiente en sentido amplo que o recurso á contratación pública (Acordo 41/2019 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Andalucía), aínda que non se precisa que a maior eficiencia se explique en relación con “cada encargo” (RTACRC 696/2022).

Sobre o artigo 34 LCSP, liberdade de pactos, ditáronse algunhas resolucións. Afírmase que non se pode pactar unha cláusula de remisión a un determinado réxime legal cando por lei é outro réxime legal o que procede (STS 1359/2022, do 24 de outubro de 2022).

Seguidamente, a LCSP regula as revisións de oficio, nulidades e lesividades. Destacamos o debate, sobre a revisión de oficio, acerca das contratacións verbais e o enriquecemento inxusto. Pode citarse o Ditame 401/2022 do Consello Consultivo

de Andalucía, do 31 de maio de 2022, que confirma a revisión de oficio dun contrato asinado verbalmente (polo Concello de Sevilla para o mantemento da rede municipal de radiocomunicacións), pronunciándose ademais sobre se o contratista ten dereito a percibir a remuneración íntegra ou só a compensación dos custos da prestación. E afirma que: (a) como principio ou regra xeral só se lle debe restituír ao contratista o “custo efectivo” da prestación; e (b) que a anterior regra xeral se exceptúa cando “se” aprecian circunstancias que xustifican o aboamento íntegro da prestación, tal como foi convida, sobre todo cando non se pode cualificar o contratista como partícipe da nulidade” (a STS 722/2022, recurso 5437/2020, aborda a natureza da cantidade que se lles aboa aos operadores económicos polas prestacións efectuadas fóra de contrato).

En materia de lesividades, tradicionalmente existían algunhas reticencias para aplicar con normalidade as lesividades no ámbito da contratación pública. Durante os cinco últimos anos seguiu a tendencia de “normalizar” os recursos de lesividade das administracións neste ámbito contractual, superándose calquera reticencia á súa aplicación práctica. As sentenzas dos últimos anos corroboran a posibilidade de introducir contenciosos por parte de administracións fronte a contratistas beneficiados de prestacións declaradas en actos administrativos contractuais que merecen ser invalidados xudicialmente.

Seguindo coa exposición do articulado legal, chegamos ao tema do recurso especial; sobre esta cuestión, paga a pena facer un inciso, aínda que só sexa para recoñecer o arraigamento conseguido nos últimos anos por parte dos tribunais de control de adxudicacións contractuais, tanto a nivel estatal como a nivel autonómico; consolidouse na práctica este modelo, malia poder ser optativo ou potestativo. Tivo a virtualidade de converterse en protagonista en materia litixiosa; descarga de traballo a xurisdición contencioso-administrativa. O seu carácter técnico e especializado dá os seus froitos. Á hora de recorrer en vía contencioso-administrativa, pesa o criterio dos tribunais centrais de control de adxudicacións ou tribunais autonómicos similares. O sistema de “resposta rápida” consegue axustar a resolución ao interese do recorrente. A suspensión preventiva redunda niso. Deste xeito, o sistema de control de adxudicacións axústase ao *desideratum* das directivas europeas de contratación pública. Diríamos que, mesmo, este sistema contribuíu a arraigar a cultura xurídica contractual que invadiu postos técnicos en concellos e outras administracións e mesmo ocasionou a especialización nos despachos de avogados.

Nos últimos cinco anos obsérvase unha praxe constante destes tribunais; a cuestión afecta especialmente a aspectos casuísticos –non de sistema–, no sentido, por exemplo, de informar sobre cando un acto contractual é impugnabile ou non pode ser impugnado mediante este mecanismo. Tamén se debate, en certas resolucións, sobre custas ou multas aos recorrentes ou tamén no relativo ao modo de presentación e lugar dos recursos especiais, a lexitimación e o prazo de presentación do recurso especial.

En relación cos actos de trámite, vén creándose unha especial tensión ás veces, podéndose observar unha tendencia á súa impugnabilidade progresiva, grazas en gran medida ao impacto do dereito comunitario europeo.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Inadmisibilidade:

- A resolución do TACRC 648/2021 considera que a acta da mesa de contratación non é obxecto de impugnación: “a consideración dos acordos polos que indirectamente se admiten a trámite os licitadores, como poden ser as actas de apertura de sobres ou de baremación das ofertas, non teñen a consideración de actos de trámite cualificados, segundo a doutrina elaborada por este tribunal ao respecto”. Non cabe, pois, recurso contra actas da mesa de contratación (RTARC 280/2022).
- Pola súa parte, a Resolución do TACRC n. 1218/2018, do 28 de decembro, aborda a impugnación da incautación dunha garantía por unha entidade que realiza a súa actividade nun dos denominados sectores especiais ou excluídos. E sinala que «o acto impugnado (...) non se atopa incluído entre as actuacións susceptibles de recurso especial enumeradas polo artigo 44.2 da Lei 9/2017, polo que resulta imposible a admisión e resolución do recurso interposto».
- Para a resolución 135/2021 do OARC non é recorrible o informe emitido pola Comisión Técnica dun contrato de subministración.
- Tampouco é recorrible o Plan anual de contratación por non constar na listaxe do artigo 44 LCSP (resolución 427/2021 do TARC).
- Non se admite o recurso especial ao dirixirse este contra unha prórroga (o recorrente afirmaba que era unha modificación ilegal dun contrato), en virtude da RTACRC 87/2022).

Admisibilidade:

- A resolución de imposición de penalidade por retirada da oferta polo adxudicatario é susceptible de recurso (RTACRC 15/2022).
- O acto de clasificación de ofertas emitido polo órgano de contratación si é susceptible de recurso especial (Resolución do TACRC 421/2021), ao ser un acto de trámite cualificado emitido polo órgano de contratación.

Debatible:

- A valoración de ofertas e proposta de adxudicación realizadas pola mesa de contratación son actos de trámite non cualificados e, por iso, non susceptibles de recurso especial, de xeito que as empresas desacordes coa valoración deberán esperar a impugnar o acto de adxudicación (Resolución 840/2020 TACRC). Así mesmo, a Resolución 259/2020 do TACP de Canarias considera inadmisíbel recorrer contra a proposta de adxudicación. Non obstante, a Resolución do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais da Junta de Andalucía

298/2018, do 23 de outubro, que, en aplicación do artigo 44.2.b. da LCSP considera que é susceptible de recurso especial contra a *proposta de adxudicación da mesa de contratación que contén un acto tácito ou implícito de admisión das ofertas*. Nesta liña, a Resolución 246/2020 TARCJA permite o recurso especial contra a proposta de adxudicación baseada na indebida admisión da oferta proposta como adxudicataria. Pode verse tamén que a Resolución do Tribunal Catalán de Contratos do SP 1/2022 admite o recurso especial contra a proposta de adxudicación.

- É recorrible a resolución pola que se declara a confidencialidade de determinada documentación do expediente? A resposta dependerá do ámbito territorial no que nos atopemos. O TACRC (Res. 975/2018) decantouse pola inadmisión do recurso contra o dito acto (de acordo co TRLCSP), ao considerar que as resolucións sobre a confidencialidade, individualmente consideradas, non deciden directa ou indirectamente sobre a adxudicación, non determinan a imposibilidade de continuar o procedemento, nin producen indefensión ou prexuízo irreparable aos dereitos e intereses lexítimos dos recorrentes. Pero, para o TACP de Navarra (Res. 81/2019) estes actos si son susceptibles de impugnación.

Malia o carácter flexible dos actos recorribles, non se pode incorrer en reiteracións á hora de impugnar actuacións nin tampouco incorrer en abuso de dereito (TARCJA, Resolución 357/2020).

Sobre lexitimación, seleccionamos casuística relativa a subcontratistas. Admitiuse a súa lexitimación co fin de recorrer contra a adxudicación dun contrato a outro licitador (RACRC 1274/2020) sempre que o provedor acredite que ten un compromiso (“claro e xuridicamente vinculante”) de subcontratación cun licitador. E négase cando o subcontratista non acredite “que, efectivamente, de resultar adxudicatario o dito licitador, o recorrente tería un dereito a realizar a prestación acordada dentro do contrato principal”. Neste sentido, segundo a resolución do TACRC 1949/2021, recoñécese a lexitimación para recorrer do subcontratista do licitador que, de estimarse o recurso, se convertería en adxudicatario (...).

Non obstante, o problema máis característico afecta aos licitadores cando non quedaron os segundos. Na RTACRC 90/2022 recoñécese a lexitimación da terceira clasificada (tema nada doado), e iso porque as empresas en primeira e segunda posición son pertencentes a un mesmo grupo.

Singular é o caso do adxudicatario que quere recorrer contra a adxudicación para obter unha maior puntuación, ante o temor de que, recorrendo outro licitador, poida pórse en risco a adxudicación, pretendendo aquel facer valer que a puntuación tivo que ter sido maior; se finalmente non existe ese risco, non procede o recurso do adxudicatario: Resolución 24/2022 do TARC de Andalucía; sobre o tema STS 604/2019 e RTACRC 516/2017.

Cambiando en parte de tema, pode formularse a posible aplicación do dereito da competencia. No dereito español, a diferenza doutros como por exemplo o alemán, o control “público” das adxudicacións contractuais non se leva a cabo mediante o

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

dereito da competencia, senón mediante o dereito administrativo. Naquel outro ordenamento que acaba de ser citado, mesmo o Tribunal de Control de Adjudicacións Contractuais pertence ao Tribunal de Defensa da Competencia. Todo isto non impide que xurdan litixios deste tipo tamén entre nós, xa que, se consultamos a praxe dos últimos anos, observamos que non son de todo infrecuentes os litixios de acordos colusorios á hora de licitar. A LCSP 2017 prestou atención a esta cuestión regulando para os efectos de impedir prácticas colusorias nas licitacións, mediante certos mecanismos contidos no seu articulado.

Como dicimos, este control do dereito da competencia relaciónase ben coa propia lóxica procesual existente no dereito europeo desde a súa orixe, considerando a similitude deste control e o que desenvolve en Europa o TXUE. Pero a conclusión é clara no sentido de que a xurisdición contencioso-administrativa, ou o novo sistema administrativo de tribunais de control das adjudicacións contractuais, é, polo menos actualmente, máis axeitado e completo porque permite resolver os mesmos intereses que aqueles que formula o dereito da competencia, ao tempo que considera os especificamente administrativos. O debate de futuro parece pechado, pois a tradición pesa en todo este ámbito procesual.

Vanse consolidando en consecuencia certas regras. Así, a remisión por parte dos tribunais de control de adjudicacións contractuais ás instancias competentes en materia de competencia se observan prácticas colusorias dos licitadores que supoñen a vulneración do principio de proposición única (RTACRC 1278/2019, do 11 de novembro, citando o artigo 150.1 LCSP). A Resolución do TACRC 548/2020 defende a súa competencia cando se trate de verificar, aplicando o levantamento do veo, que baixo a aparencia de ofertas propostas por dúas empresas distintas se encobre en realidade a presentación de dúas ofertas por quen poida considerarse, para todos os efectos, como unha mesma empresa, coa conseguinte vulneración do principio de proposición única que determina a exclusión dos dous licitadores no procedemento de contratación. Non obstante, sería desexable un esforzo maior de delimitación competencial entre os tribunais administrativos de control de adjudicacións contractuais e as instancias encargadas do control da competencia.

Así pois, o estado da cuestión defínese pola casuística á hora de determinar se houbo ou non unha práctica anticoncorrencial.

Exemplos aplicativos dos últimos anos:

- A Resolución da CNMC do 14 de marzo de 2019 (FX 5), aplica a medida da prohibición para contratar por infraccións en materia de falseamento da competencia, declarando que 15 empresas son responsables da comisión dunha infracción moi grave do artigo 1 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC), e 101 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea. A conduta infractora, segundo a resolución, consistiu en que por parte desas empresas se formaron e executaron varios cárteles para a repartición de concursos públicos (*bid rigging*) convocados por ADIF para a adjudicación de obras relacionadas con infraestruturas ferroviarias.

- Outro caso é o Acordo 40/2022 do TACPA (Aragón), xa que había indicios suficientes para concluír *bid rigging* (mesmo domicilio social, parentesco, coincidencias nas ofertas, etc.).
- Pode citarse a resolución do TDC de Castela e León do 22 de marzo de 2022 que conclúe que non queda acreditada a existencia de *bid rigging* entre as tres empresas que concorreron á licitación, relacionadas entre si a través de accionistas e representantes que manteñan vínculos familiares. Razóase que a LCSP non prohibe que empresas vinculadas poidan concorrer a unha mesma licitación e disputar entre elas o contrato obxecto desta: “en referencia ás actuacións que facían pensar dunha coordinación entre as empresas como consecuencia de coincidencias na documentación presentada polas empresas denunciadas, así como das actuacións de retirada das ofertas e posterior solicitude de renuncia á retirada das ofertas (...) as ofertas non conteñen iguais erros de cálculo, fallos ortográficos ou problemas formais nas ofertas ou propostas das empresas denunciadas (...)”.
- Segundo a Resolución 13/2022 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, que un dos traballadores propostos por un licitador sexa, á vez, un competidor polo contrato non é práctica colusoria que impida chegar a ser adxudicatario. Desestímase así unha reclamación especial contra a adxudicación: “non existe ningunha enumeración legal concreta sobre o que pode considerarse tales indicios desas prácticas colusorias, sendo unha cuestión que deberá resolverse caso por caso; que, dada a súa excepcionalidade, debe ser obxecto de aplicación restritiva, prudente e moderada”.
- E no Acordo 116/2020 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra afirmase que empresas vinculadas entre si poden concorrer separadamente a unha licitación, xa que iso non necesariamente falsea a competencia.
- A Resolución do TACRC 60/2021, do 22 de xaneiro de 2021, exclúe as ofertas por haber indicios de colusión.
- Segundo a RTACP de Galicia 28/2018, do 15 de xuño, algúns elementos que permiten apreciar a existencia de prácticas colusorias son: a) a existencia dunha relación de control ou vinculación entre si, b) a actuación a través do mesmo representante, c) a existencia dunha mesma estrutura do documento de oferta, de páxinas e/ou do tipo de letra, d) existencia dos mesmos erros na documentación, e) a existencia dunha mesma sede, f) os mesmos medios de comunicación, g) as mesmas datas de presentación de proposición, h) a retirada da oferta en favor da outra entidade. A existencia dalgunhas destas notas permitiría considerar que as ofertas non operan na licitación como autónomas e independentes.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Seguindo co articulado, chegamos aos artigos 71 a 73 da LCSP, onde facemos unha nova parada, porque, en materia de prohibicións para contratar, tamén observamos que durante os últimos cinco anos houbo casuística. Incidiuse en que a prohibición para contratar que se manifesta de forma sobrevida, ou con posterioridade ao contrato, non o invalida.

Así, segundo o Ditame 479/2018 da Comisión Xurídica Asesora da Comunidade de Madrid (expediente de resolución de contrato para a prestación do servizo de «ensino de disciplinas deportivas en instalacións deportivas municipais»), a incursión sobrevida en prohibición de contratar polo contratista produce efectos exclusivamente «cara adiante», polo que carece de efecto ningún para os contratos en vigor: «no artigo 223 do TRLCSP, establécese que non é causa de resolución dos contratos a prohibición de contratar en que incorra o adxudicatario. Isto é, o feito de que se acorde prohibición de contratar afecta á aptitude do contratista para contratar que a partir dese momento carecerá dela segundo o artigo 54 do TRLCSP; non así aos contratos dos que resulte adxudicatario nun momento anterior, aínda que, consecuencia do incumprimento de calquera deles, incorra en prohibición de contratar». Consólidase así o criterio do Informe 52/07, do 24 de xaneiro de 2008, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, ou do Informe 45/13 XCCA.

Respecto de “cando” hai que cumprir co requisito de estar ao día no pagamento á Seguridade Social ou impostos, a STS 1210/2020, do 28 de setembro de 2020, afirma: “por iso, á vista do ata agora reflectido, incluíndo o artigo 57 da directiva, debemos concluír que os artigos 60.1.d) e 61.1 TRLCSP [actuais artigos 71.1.d) e 72.1 LCSP] en relación co 14.6 TRLCSP e o máis tallante 14.0 LCSP determinan que o cumprimento da obriga de estar ao día das obrigas tributarias e coa Seguridade Social debe vir referido á data de licitación do contrato ou presentación da oferta. A anterior conclusión é a que máis razoablemente se axusta aos principios do dereito da Unión Europea. De permitirse a emenda no momento de formalización do contrato faría de mellor condición os licitadores debedores que poderían non satisfacer as súas débedas ata o momento da adxudicación”. Sobre os dous momentos esenciais en que hai que estar ao día no cumprimento das obrigas tributarias pode verse a RTACRC 189/2022.

O Informe 6/2021 da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade de Madrid afirma que, de conformidade co artigo 140.4 da LCSP, o requisito de estar ao día no cumprimento das obrigas tributarias e coa Seguridade Social debe concorrer en dous momentos: na data final de presentación de ofertas e no momento de perfección do contrato, non sendo suficiente cumprir este requisito unicamente no momento da adxudicación. Por outro lado, a forma de acreditar este requisito polos licitadores no momento de presentar a súa oferta ou solicitude de participación é mediante unha declaración responsable do licitador, mentres que a forma de acreditar que o cumpre o proposto como adxudicatario no momento de perfección do contrato será mediante o documento xustificativo correspondente, referido a ese momento, no prazo previsto no artigo 150.2 da LCSP.

Por outra banda, considérase que a firmeza que a LCSP predica das resolucións administrativas que dan lugar á imposición dunha prohibición de contratar debe ser

a firmeza administrativa e non a xurisdiccional (IXCCPE 15/2018, do 10 de outubro de 2018)⁵.

A Resolución do TACRC 248/2021 confirma que a prohibición de contratar do artigo 71.1.d LCSP non pode aplicarse a empresas con menos de 250 traballadores⁶, con independencia de que a Lei orgánica 3/2007 lles exixa dispor dun plan de igualdade ás empresas de 50 ou máis traballadores.

Afondando no ámbito ou alcance subxectivo da obriga de estar ao día nas débedas tributarias, a RTACRC 335/2022 enfróntase co problema dunha entidade que non estaba ao día no pagamento do IAE en varios municipios, declarando a exclusión do licitador, malia que a contratación era *co Estado*.

Sobre o alcance obxectivo, non é conforme coa normativa de contratación pública vixente o establecemento dunha cláusula que prevexa a aplicación dunha causa de prohibición de contratar diferente ás previstas na dita normativa con carácter taxado, ou unha aplicación extensiva dalgunha das previstas (IXCCA Cataluña 7/2018, do 16 de novembro).

En materia de solvencia, os debates poden referirse a se as exixencias poden ser excesivas, inapropiadas ou desproporcionadas. En xeral, en materia de solvencia ou demais requisitos para contratar, o quid pode estar no proporcionado ou non das exixencias en cuestión e na transparencia debida. Neste contexto, a LCSP establece que os requisitos de solvencia sexan razoables e proporcionados á entidade e características do contrato. De seren demasiado exixentes, limitase a participación das empresas na licitación. Ademais, deben ser coñecidos *ex ante* para poderse recorrer en caso de seren desproporcionados.

A RTACRC 521/2019 anula os pregos dun contrato de servizos de control de acceso e seguridade, por exixirilles aos licitadores a presentación dun certificado expedido pola Dirección Xeral de Policía que indicase que “non consta ningún expediente sancionador, tanto por falta grave como non grave, por infracción á Lei de seguridade privada. Tamén considera que se exixen requisitos desproporcionados de solvencia a Resolución do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias 336/2021.

A STS do 25 de marzo de 2022 declara un requisito de solvencia inválido por desproporcionado, relativo á exixencia de achegar certificados que demostren que o licitador subministrara enerxía eléctrica de orixe 100 % renovable nos 5 anos previos á licitación, respecto a un acordo marco para a subministración de enerxía eléctrica renovable para edificios municipais. Esta sentenza declara que unha subministración

⁵ En canto aos efectos da prohibición para contratar, para a STS do 21 de xuño de 2021 “os efectos da prohibición de contratar só se producen, e a limitación só é executiva, desde o momento en que se concreta o alcance e duración da prohibición, ben na propia resolución sancionadora ben a través do procedemento correspondente e, neste último caso, unha vez inscrita no rexistro”. Na STS 1115/2021, do 14 de setembro de 2021, afirmase que “a prohibición de contratar só produce efectos e é executiva desde o instante en que se fixasen a súa duración e alcance, pero iso non obsta para que, en vía xudicial, no suposto de que se estimase procedente suspender a sanción á que vai asociada a prohibición, poida acordarse a suspensión preventiva da decisión de remitir as actuacións ao organismo competente para que se tramite o procedemento destinado a fixar ese alcance e duración”. Polo tanto, “a prohibición de contratar é unha limitación ligada á imposición dunha sanción firme por unha infracción grave en determinadas materias, entre elas a defensa da competencia, e a limitación só é executiva desde o momento en que se concretan o alcance e duración da prohibición, ben na propia resolución sancionadora, ben nun procedemento autónomo e tras a súa inscrición no rexistro”.

⁶ Téñase en conta que a Lei 31/2022, do 23 de decembro, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2023, reduciu de 250 a 50 traballadores.

de enerxía 100 % renovable pode garantirse contratando tanto con quen subministrou exclusivamente ese tipo de enerxía no pasado como con quen a subministrase xunto con enerxía non renovable. O esencial é que o contratista cumpra con esa subministración 100 % renovable a futuro e durante a execución do contrato.

Non pode requirirse no prego, como solvencia mínima para concorrer a unha licitación, estar en posesión dunha certificación de protocolo fronte ao COVID-19 expedida por organismo externo. O TACP da Comunidade de Madrid estima o recurso especial interposto contra os pregos dunha licitación de contrato de servizos de limpeza de edificios: “sen prexuízo do interese xeral que a dita certificación poida ter desde o punto de vista sanitario, non se aprecia a súa vinculación co obxecto do contrato, debendo entenderse que na execución da prestación deberán cumprirse todos os requisitos e medidas referentes á seguridade e saúde no traballo, polo que procede a estimación deste motivo, anulándose a citada cláusula” (Acordo 15/2022).

Pola súa banda, a STXUE do 31 de marzo de 2022 afirma que o artigo 58, apartados 1 e 4, da Directiva 2014/24/UE debe interpretarse no sentido de que non se opón a que, no marco dun procedemento de adxudicación dun contrato público, un poder adxudicador poida impor, como criterios de selección en relación coa capacidade técnica e profesional dos operadores económicos, requisitos máis estritos que os mínimos establecidos pola normativa nacional, *sempre que tales requisitos sexan adecuados para garantir que un candidato ou un licitador posúe as competencias técnicas e profesionais necesarias para executar o contrato que se vai adxudicar, que estean vinculados ao obxecto do contrato e que sexan proporcionais a este*.

En canto ao momento de acreditación da solvencia, a RTACRC 683/2021 lembra que os requisitos de solvencia deben cumprirse na data da fin de presentación de ofertas e, polo tanto, o licitador non pode aproveitarse da dilación do procedemento de contratación para adquirir a solvencia da que non dispuña (volumen de negocio). Emporiso, a RTACRC 657/2022 establece que ningún licitador está obrigado no momento de presentar a súa oferta a contar xa cos medios persoais e materiais necesarios para executar as obras. É perfectamente lícito que o licitador que resulte adxudicatario proceda entón a cubrir os correspondentes medios, sen necesidade ningunha de contar cos medios antes de resultar adxudicatario.

Sobre os medios de acreditación, formulouse casuística en termos coherentes cos presupostos legais, no sentido de estimar o recurso se se lle adxudicou a persoa que non acreditou correctamente a solvencia (Resolución 1/2022 do OARC) ou desestímase se se cumpre (Resolución 225/2022 do TARCJA –Andalucía–). Acaso destacar os litixios sobre a acreditación da solvencia con medios externos.

Un límite está en que esta facultade significa que a solvencia económica e financeira con medios externos poida ser integrada ou completada” cos medios dun terceiro, pero non substituída totalmente (Resolución 528/2021 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Andalucía).

A RTACRC 486/2021 declara que acreditar a solvencia mediante empresas do grupo societario participadas nun 100 % pola licitadora non supón integración da solvencia con medios externos. Neste sentido, argumenta que os medios da filial non

son realmente medios externos á licitadora, senón verdadeiramente propios desta, e destaca que iso é igualmente aplicable á solvencia técnica e económica.

Segundo a Resolución 1106/2021 do TACRC, para os efectos da integración de solvencia mediante medios externos, “o obxecto social das empresas debe ser interpretado de forma ampla, abondando con que exista unha relación directa ou indirecta e mesmo parcial coas prestacións que son obxecto deste”.

Chegamos ao artigo 99 da LCSP, regulador dos contratos menores, o fraccionamento e os lotes, auténtico crebacabezas para os operadores en materia de contratos públicos. Recordemos que na LCSP 2017 se definen como «contratos de valor considerado inferior a 40.000 euros, cando se trate de contratos de obras, ou a 15.000 euros, cando se trate de contratos de subministración ou de servizos, sen prexuízo do disposto no artigo 229 en relación coas obras, servizos e subministracións centralizadas no ámbito estatal». Rebáixase, pois, o valor considerado máximo, con respecto ás cifras da regulación anterior, que, por exemplo, para os contratos de obras era de 50.000 euros e para os de subministración ou servizos era de 18.000, sempre IVE á parte.

Este tema dos contratos menores foi un dos máis debatidos cando se estaba a promulgar a LCSP de 2017. Primeiro, produciuse o abuso da contratación menor, despois sobreveu o criterio da súa legalidade se se preservaba a unidade funcional. Logo fíxose fincapé nos lotes e no rigor extremo dos contratos menores. Mesmo se optou por unha fórmula especialmente rigorosa de exixir tres ofertas.

Penso que no ámbito dos contratos menores no contexto dos fraccionamentos acaso o máis importante sería un control contable ou económico observando o interese público á luz dos prezos dos contratos e non tanto o tipo de procedemento, a non ser que haxa unha reiteración excesiva. En especial, nos pequenos concellos este sistema revélase como excesivamente gravoso; unha mirada ao dereito comparado nesta materia non sería para nada inoportuna.

Tradicionalmente víñase requirindo unicamente a aprobación do gasto e a incorporación a este da factura correspondente, que deberá reunir os requisitos que as normas de desenvolvemento desta lei establezan. No contrato menor de obras, engádese como requisito do expediente, ademais, o orzamento das obras cando a súa existencia sexa exixible porque haxa normativa específica que así o requira, e a solicitude do informe das oficinas ou unidades de supervisión a que se refire o artigo 235 cando o traballo afecte á estabilidade, seguridade ou estanquidade da obra.

Exíxese o informe do órgano de contratación en que se motive a necesidade do contrato e que non se está a alterar o obxecto do contrato para evitar a aplicación das regras xerais de contratación, e que o contratista non subscribiu máis contratos menores que individual ou conxuntamente superen o valor estimado máximo propio do contrato menor, quedando excluídos os supostos encadrados no artigo 168.a.2º (cando as obras, as subministracións ou os servizos só poidan ser encomendados a un empresario determinado). Finalmente, que os contratos menores se publicarán na forma prevista no artigo 63.4 e co límite temporal máximo dun ano.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Tras o Real decreto-lei 3/2020, do 4 de febreiro, desaparece a regra que prohibía que *o contratista tivese subscrito máis contratos menores que individual ou conxuntamente superasen a cifra máxima do contrato menor*.

A Instrución 1/2019, do 28 de febreiro de 2019 da OIReScon (Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación), cuxo apartado VI «ámbito subxectivo» é de aplicación a todo o sector público estatal, autonómico e local (aínda que só é vinculante para os órganos de contratación do sector público do Estado, de conformidade co disposto no artigo 332.7.d LCSP), establece como obrigatorio un procedemento de contratación menor que pasa por solicitar tres orzamentos (parece ser en todo caso). Así, determina que, «de acordo co principio de competencia, e como medida antifraude e de loita contra a corrupción, o órgano de contratación solicitará, polo menos, tres orzamentos, debendo quedar iso suficientemente acreditado no expediente. Se as empresas ás que se lles solicitase orzamento declinasen a oferta ou non respondesen ao requirimento do órgano de contratación, non será necesario solicitar máis orzamentos. As ofertas recibidas, así como a xustificación da seleccionada, formarán, en todo caso, parte do expediente. De non ser posible o anterior, deberá incorporarse no expediente xustificación motivada de tal extremo».

Ao meu xuízo, se o contrato é menor, non habería que solicitar outras ofertas, e desde logo así o manifestaron os órganos consultivos de varias CC. AA. con respecto aos seus respectivos ámbitos territoriais, xa que, como indicamos, as instrucións da OIReScon só son obrigatorias para os órganos de contratación do sector público do Estado, *ex* artigo 332.7.d LCSP (aínda que hai algunhas outras CC. AA. que na súa normativa orzamentaria ou doutro tipo si impoñen a solicitude doutras ofertas, xeralmente tres nestes casos, malia non superarse o limiar do menor).

Saltando ao artigo 123 da LCSP, en materia de pregos durante os últimos cinco anos houbo multitude de casuística ou numerosas resolucións sobre aquilo que pode regular ou non pode regular un prego.

Incidíuse en que os pregos deben ser claros; e anúlase no caso contrario, é dicir, se conteñen regulacións incertas. Segundo a Resolución do TACRC 1358/2021, “cómpre que nos pregos se faga constar de forma clara as obrigas que deberá asumir o adxudicatario, polo que a falta de indicación dos supostos e as condicións en que se poderá exixir a divulgación, así como dos gastos máximos –a diferenza do concernente á asistencia técnica no control da execución da obra– que estes poderán supor, debe determinar a anulación desta cláusula”.

Un prego escuro non pode prexudicar os licitadores, nin se pode excluír un licitador se o prego é contradictorio (Resolución do TACRC 9/2022).

A RTACRC 1112/2022 anula as chamadas “cláusulas antifraude incorporadas por ADIF aos pregos dos seus contratos por non estar redactada de forma suficientemente precisa, clara e inequívoca; e por non gardar relación co obxecto do contrato.

Anúlase o prego (estimándose o recurso especial) por non estaren configurados os criterios de adxudicación no prego, de tal forma que os ditos criterios garantan a posibilidade de que as ofertas sexan avaliadas en condicións de competencia efectiva (Resolución do TACRC 1752/2021, razoando sobre o artigo 145.4 e 5 da LCSP).

O problema máis común é cando se suscitan cuestións interpretativas, ou se, mesmo cando o prego prevé unha determinada regulación, se pode chegar a admitir unha oferta ou se por contrapartida se impón unha interpretación estrita ou literal do prego (Resolución 1250/2021 do TACRC a favor da interpretación literal do prego, xa que pola contra se daría unha posición de vantaxe ao licitador que non seguiu estritamente as determinacións do prego, respecto dun tema non obstante aparentemente non esencial: a cor das mostras exixidas no prego para a licitación).

As aclaracións dos pregos tamén teñen carácter vinculante (Resolución do Tribunal Catalán de Contratos do Sector Público 266/2021, e STS do 20 de febreiro de 2018, rec. 2725/2015).

Ás veces, porén, non está totalmente claro aquilo que se pode regular nun prego. Vexamos resolucións sobre casos de pregos que acertan nas súas regulacións e outros que se exceden das finalidades do prego:

Un prego dun contrato de subministracións non pode aproveitar para prever obrigas ou prestacións estrañas ao obxecto do prego (STSX da CV 494/2022, do 15 de xuño de 2022).

O que está claro é que se deben definir ben as prestacións obxecto de contrato, así as obras nun contrato de explotación do depósito controlado de residuos (Resolución do Tribunal Catalán de Contratos do SP 62/2022).

Para a Resolución n. 61/2021 do TARC de Castela e León, é posible un prego que, en lugar de opcional, preveña a visita ás instalacións como requisito para a admisibilidade da oferta. Por iso, desestima o recurso especial por considerar que, ademais de que a posibilidade de visita ás instalacións está prevista na LCSP, todos os operadores potencialmente interesados en concorrer tiveron oportunidade de realizar a visita.

Tema espiñento é o seguinte: pode un contrato imporlle ao novo adxudicatario que asuma as débedas do contratista saínte que ten contraídas coa Administración? Na RTAR de Andalucía 172/2022, a resposta é en principio negativa pero con matices: “como regra xeral, aquelas cláusulas dos pregos que lle imponían ao futuro adxudicatario o desembolso, ao inicio do contrato, dunha cantidade destinada a amortizar o custo pendente do investimento realizado polo actual contratista nos bens e/ou instalacións obxecto do contrato vulneran o principio de igualdade de trato entre licitadores, xa que supoñen a aplicación de condicións distintas á hora de presentar as ofertas que redundan nunha vantaxe para o contratista actual, caso de participar na licitación”.

Formúlase, neste contexto, se un prego lle pode repercutir ao contratista obrigas económicas doutros contratos, é dicir, custos estraños á súa prestación, o que pode romper o equilibrio das prestacións (Resolución do TACRC 1358/2021).

Un prego si pode establecer criterios para favorecer a adxudicación se se integran no equipo persoas maiores de 45 anos (RTACRC 1844/2021).

O prego, dentro dos criterios de adxudicación, non pode prever “a mellora ambiental mediante execución do contrato con baixas emisións en carbono” ao *non ter nada que ver co obxecto do contrato* (RTACRC 345/2022).

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Un prego non pode inmiscirse na selección do persoal que executará o contrato sen poder imporlle ao contratista a obriga de atender ás súas directrices sobre a selección de persoal (Resolución do TACRC 1044/2021).

Un prego non pode imporlle ao licitador (nun contrato de asesoría fiscal) que quen realice o traballo deba ter unha vinculación de socio responsable, inmiscíndose o prego na organización interna empresarial (Acordo 20/2022 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

O Informe da XCCPE emitido no Expediente 49/2021 afirma que “a introdución nos pregos de contratos de obras de cláusulas polas que se introducen criterios de adjudicación que puntúan a asunción polo futuro contratista dos custos derivados dos excesos de medicións e das posibles modificacións do proxecto aprobado pola Administración que sexan necesarias para o bo funcionamento da obra sen variar o prezo ata unha determinada porcentaxe son contrarias ao disposto na LCSP”.

Sobre se se pode limitar a extensión das ofertas, en caso de preverse así, debe facerse coa precisión suficiente, anulándose a exclusión do licitador por este motivo (de superarse a extensión de 15 “follas” en formato A4) no caso contrario (Resolución do OARC 113/2021; non obstante, na Resolución do mesmo órgano 97/2021 confírmase unha exclusión por este motivo).

Para a STXUE do 17 de novembro de 2015, asunto C-115/14, un prego pode obrigar licitadores e os seus subcontratistas a comprometerse, mediante unha declaración escrita presentada xunto coa oferta dun contrato público, a pagar un salario mínimo determinado ao persoal que levará a cabo as prestacións. A xustiza europea responde así á cuestión elevada polo Tribunal Superior do Land de Coblenza (Alemaña), despois de que a empresa RegioPost presentase un recurso tras ser excluída dun procedemento de contratación pública relativo a servizos postais, posto que non declarara o seu compromiso a pagar un salario mínimo, como exixían as disposicións do anuncio de licitación. O prego de condicións facía referencia a unha lei do Land de Renania-Palatinado, segundo a cal os contratos públicos só poden ser adjudicados a empresas que se comprometan na súa oferta a pagar un mínimo de 8,70 euros brutos por hora.

A Resolución 632/2018 do TARC, do 29 de xuño, declara a nulidade duns pregos por non desagregar os custos do contrato.

A RTACRC 595/2022 desestima un recurso especial contra os pregos de licitación, baseado nun cálculo incorrecto do orzamento base por non considerar a incidencia no prezo da exixencia de solvencia técnica ou profesional de dispor dunha frota mínima de vehículos.

Na Resolución do Tribunal do País Vasco 32/2022 enténdese que o prego non ten por que conter que o PBL se calcule tendo en conta o suposto contido de hipotéticos convenios colectivos futuros, porque iso iría en contra do principio de risco e ventura (artigo 197 da LCSP), que impide garantirlle ao contratista unha rendibilidade mínima ou proporcionarlle unha cobertura fronte a calquera evento prexudicial”. “Por análogos motivos, o PBL tampouco pode calcularse para facilitar as estratexias das partes implicadas na negociación colectiva”. Fréanse así pretensións sindicais.

Considerouse posible a inclusión nos pregos de cláusulas relativas aos paraísos fiscais nos contratos do sector público (IXCCA Cataluña 7/2018, do 16 de novembro).

Téñase en conta o documento “Instrución do 23 de decembro de 2021 da XCCP do Estado sobre aspectos a incorporar nos expedientes nos pregos reitores dos contratos que se vaian financiar con fondos procedentes do plan de recuperación, transformación e resiliencia”.

Sobre a posibilidade de acoutar as horas valorables para a adxudicación, poden verse as resolucións 513/2021 do TACP de Madrid e 1546/2021 do TACRC, así como a 1518/2021.

O prego non pode incorrer nunha “duplicidade de valoración”. Isto prodúcese, por exemplo, cando os pregos valoran melloras que tamén son obxecto de valoración de xeito subxectivo noutros criterios de adxudicación (Resolución 497/2021 do TACP de Madrid).

A Resolución 1957/2021 do TACRC estima un recurso especial contra os pregos dunha licitación por considerar que non arbitran correctamente os criterios de adxudicación dedicados a valorar melloras. O TACRC recorda que para valorar melloras é necesario que o órgano de contratación fixe no PCAP un límite e sobre esta premisa acaba anulando (por impreciso) o criterio de adxudicación establecido.

Por outro lado, “a exigencia establecida nos pregos de facturación unicamente con administracións públicas resulta excesiva, non respecta o principio de proporcionalidade e reduce a libre concorrència vulnerando o principio de igualdade no acceso á adxudicación do servizo” (Resolución 38/2012 do OARC do PV).

Un prego é nulo se opta por non dividir o contrato en lotes, sen que conste xustificación da entidade contratante para iso (Resolución do TACRC 1755/2021).

A RTAR de Castela e León 19/2022 estima un recurso especial contra os pregos da licitación dun contrato de servizos de limpeza de edificios no que, á vez que se lle exixía ao contratista unha póliza de seguro que cubra a responsabilidade fronte a terceiros derivada dos riscos e danos que entrañe a prestación do servizo, consideraba como criterio de valoración automática a ampliación da cobertura mínima.

Tampouco pode un prego, por desproporcionado, prever (segundo a RTACRC 4/2022) que os vehículos adscritos á execución do contrato sexan titularidade dos licitadores ao tempo de presentar a ofertas, non admitindo compromisos de adquisición de vehículos en caso de resultar adxudicatario.

Neste ámbito da execución do contrato, a RTACRC 168/2022 desestima un recurso especial contra un prego que contén a obriga laboral de realizar probas de detección do COVID-19 a todo o persoal.

Para a RTACRC 1295/2022, a mención de subrogación de persoal no prego é xuridicamente irrelevante e polo tanto tampouco é exixible, debido a que a subrogación será obrigatoria para o empresario entrante se así o impón o convenio colectivo aplicable, sexa cal sexa.

Un prego non é nulo polo feito de ter omitido mención á obriga de subrogar o persoal da empresa, xa que non constaba acreditado que o anterior contratista achegase

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

información ningunha sobre esa obriga de subrogación (Resolución 1823/2021 do TACRC).

O quid pode ser observar cando o prego cumpre coas obrigas de información necesarias para que os licitadores poidan concorrer. Pode citarse a RTACRC 1851/2021, que conclúe que a entidade adxudicadora cumpriu, no prego, cos seus deberes de información, sobre as débedas existentes dun contratista anterior, mediante as referencias que facía a este feito no prego; e que o licitador asumiu “as consecuencias da información limitada que se lle proporcionara”. Rexe así o criterio xeral da vinculación aos pregos (no caso desta resolución, o licitador pediu información e, aínda así, concorreu). Non obstante, é un tema complexo; é dicir, o relativo ao grao de información que debe dar o adxudicador aos novos licitadores sobre as posibles débedas de contratistas saíntes.

Con certos vaivéns, parece consolidarse a regra segundo a cal se un licitador consente o prego, logo, ao non resultar adxudicatario, non pode impugnaloo, co límite da nulidade de pleno dereito. Segundo as SSTs do 22 de marzo de 2021 e 438/2021 do 24 de marzo de 2021, “cabe excepcionalmente a impugnación indirecta dos pregos reitores da licitación, consentidos por non se teren impugnado directamente. Para iso, deben probarse ou as circunstancias ás que se refire a xurisprudencia do TXUE ou que incorren en motivos de nulidade de pleno dereito, motivos que se aprecian de forma excepcional e restritiva”.

O artigo 124 a LCSP aborda os pregos de prescricións técnicas particulares. Podemos destacar os debates relativos a posibles vulneracións dos pregos xerais ou sobre prescricións técnicas inadecuadas. Unha situación típica é cando o prego exige, para concursar, un determinado produto. O licitador pode entender que restrinxe a competencia; a Administración, en cambio, que se xustifica para a mellor realización do contrato. Dá pautas a RTACRC 215/2022: non pode incluírse na determinación do obxecto do contrato a existencia de características técnicas que determinen unha limitación arbitraria á liberdade de licitación, de xeito que só unha empresa poida cumprir as condicións establecidas no contrato. Tamén é certo que existe unha ampla marxe de discrecionalidade por parte dos órganos de contratación para configurar o contrato. Limitase a concorrencia cando se establecen prescricións técnicas que só pode cumprir un dos licitadores, pero non cando se exige unha forma de presentación determinada a un produto presente no mercado e aberto á produción doutros produtores que o queiran fabricar. A Administración non ten que axustarse á forma de presentación que libremente elixiu cada produtor. Pode exixir unha determinada axustada ás súas necesidades. Os produtores, se queren participar na licitación, deben axustarse a cumprir o exixido, algo que poden facer se modifican a súa forma de produción. Non se pode confundir a circunstancia de que a recorrente non poida ofertar ese produto por non ser esta a súa forma actual de presentación comercial, cunha imposibilidade absoluta das empresas do mercado para realizar a oferta.

Facendo este percorrido polo articulado legal despois dos procedementos de adxudicación, artigo 131, atopamos o artigo 149, relativo ás ofertas anormalmente baixas. Destacamos un primeiro debate que dá lugar a pronunciamentos contraditorios, é

dicir, o relativo a se é obrigatorio que os pregos dos contratos públicos recollan os parámetros obxectivos para identificar as ofertas que incorran en presunción de anormalidade (non o entende así a RTACRC 899/2022, ao soste o carácter potestativo da dita inclusión nos pregos (sen que sexa motivo de impugnación que non se teñan considerado). Non obstante, a RTACRC 103/2023, citando a STXUE do 1 de decembro de 2021, asunto T-546/20, afirma que cómpre que se fixen no prego. Non é exixible que o prego conteña os criterios para determinar se unha oferta é anormalmente baixa (RTACRC 899/2022). A STSX da CV 4910/2022 anula a RTACRC 746/2021 e declara que a LCSP impón que os pregos consideren os parámetros de anormalidade de oferta.

Por outro lado, nos contratos con prezos referidos a compoñentes da prestación, a determinación de se unha oferta inclúe valores anormais ou desproporcionados debe efectuarse con relación á oferta global e completa presentada polo licitador (STS 4069/2019, do 17 de decembro de 2019).

A Circular da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña do 1 de outubro de 2021 define a orde procedemental que cómpre seguir en caso de exclusión dunha oferta anormalmente baixa, afirmando que, tras a exclusión de ofertas anormalmente baixas, non debe procederse a unha nova valoración e clasificación das restantes, senón que o órgano de contratación debe adxudicar o contrato, directamente, á mellor oferta de entre as non excluídas conforme a orde en que foran clasificadas.

A SAN 5104/2021, do 1 de decembro de 2021, sérvenos para facer síntese, recordando que a apreciación polo órgano de contratación de ofertas anormalmente baixas se realiza en “dous tempos” (primeiro apréciase se a proposta indiciariamente está incurso en presunción de anormalidade, e despois realízase unha análise detallada, logo de audiencia ao contratista), con motivación (tanto no caso de aceptación da oferta como do rexeitamento da proposición), a necesidade de informes e, finalmente, o respecto ás obrigas en materia laboral.

En relación cos artigos 145 e 146 da LCSP, criterios de adxudicación, foise abrindo a consideración doutros elementos, distintos do prezo, para adxudicar o contrato. E outro debate é cando a experiencia ou determinados certificados poden ser un criterio de valoración das ofertas, máis alá de servir para acreditar a solvencia.

Os requisitos que deben cumprirse para valorar a experiencia como criterio de adxudicación exprésanse por todos no Informe da XCCA 108/18, ao que me remito.

Sobre se os certificados exixidos para acreditar un sistema integral de xestión de calidade e xestión ambiental poden considerarse criterios de adxudicación ao abeiro do artigo 145 LPSP, pode afirmarse que estamos ante criterios de aptitude da empresa e non propiamente das ofertas (Resolución do TACRC 1557/2021).

A RTACRC 786/2019, do 11 de xullo, permite razoar que, para que poida admitirse a exixencia destes certificados como criterio de adxudicación, é necesario que estean claramente vinculados co obxecto do contrato, é dicir, cando se refira ou integre na prestación contratada, en calquera dos seus aspectos e en calquera etapa do seu ciclo de vida. Para seren criterios de adxudicación, deben referirse a unha característica da prestación en si mesma, que permita, como exige a Directiva 24/2014 no seu

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

considerando 92 para os criterios de adxudicación, «efectuar unha avaliación comparativa do nivel de rendemento de cada oferta respecto do obxecto do contrato», o que significa que os aspectos ambientais ou sociais incorporados como criterios de adxudicación *deben repercutir no resultado da prestación concreta solicitada permitindo unha avaliación comparativa das ofertas respecto da súa calidade intrínseca*, o que non acontece cando se configuran como criterios de adxudicación características xerais da política ambiental, social ou corporativa da empresa proscritas como criterios de adxudicación.

Interesa destacar que non é admisible como criterio de adxudicación a imposición dunha retribución mínima que non veña imposta como obrigatoria con carácter xeral por unha norma legal ou por un convenio obrigatorio de xeral aplicación, polo que menos aínda será admisible o criterio de melloras salariais sobre ese mínimo imposto polo OC. Este criterio, ao implicar inevitablemente unha suba dos custos salariais e polo tanto do prezo do contrato, atenta tamén contra o principio capital da selección da oferta economicamente máis vantaxosa (artigo 1.1 LCSP) e da selección en función da mellor relación calidade-prezo establecida polo artigo 145 da LCSP (RTACRC 897/2019, do 31 de xullo).

A Resolución 1514/2021 do TACRC estima un recurso especial contra unha licitación que considera como criterio de adxudicación do contrato o compromiso exclusivo do licitador co subcontratista: “a existencia de tal vinculación en exclusividade si resulta contraria a dereito, pois tal medida, que efectivamente pode supor unha restrición á libre concorrència (non só para os propios licitadores, senón tamén para o que se denominan *partners*), non atopa xustificación ningunha ao longo da documentación contractual, sen que tampouco resulte axeitada a ofrecida pola entidade contratante, que fala de posibles falseamentos en termos moi xenéricos”.

Sobre a valoración das melloras ofertadas, considerouse posible a oferta de prezo “cero” ou case cero nalgunha parte do contrato; o criterio maioritario é que non afecta ao principio de onerosidade. Tal oferta é posible se no seu conxunto é positiva, salvo que incorra en *fraude de lei* (RTARC Cataluña 348/2020). A Resolución 386/2019 do TACRC anula a adxudicación a favor dun licitador que lle traslada os custos dunha das prestacións a outra coa finalidade de ofrecer os servizos accesorios a prezo cero, porque o tribunal considera que se trata dun estrataxema para desvirtuar a aplicación da fórmula de valoración, de maneira que obtén a totalidade dos puntos correspondentes a ese apartado. Na Resolución 913/2021 o TACRC considera un “artificio” tratar de obter maior puntuación a través de ofrecer prezos irrisorios ou irrealís (prezos cero ou próximos a cero) nalgunhas das prestacións incluídas no servizo licitado cando os pregos as dotan de substantividade propia, asignándolles tamén puntuación distinta e individualizada. Así, o TACRC confirma a decisión do órgano de contratación de excluír a oferta da licitadora ao non ter podido xustificar a súa baixa no incidente correspondente (artigo 149 LCSP), verificando que cada unha das actividades que se van desenvolver son individualmente viábles. Pode citarse tamén a RTACRC 407/2020 sobre o caso das ofertas económicas efectuadas a cero (0), ou a valores próximos a 0, en relación con algunhas prestacións ou unidades.

Enténdese que son válidas sempre e cando se cumpran os seguintes requisitos: i) que no seu conxunto a oferta teña un prezo positivo; ii) que a fórmula non quede desvirtuada, dando lugar a resultados que non permitan unha ordenación proporcional das ofertas, e iii) que o resultado final non supoña outorgar maior puntuación no criterio de prezo a quen, no seu conxunto, realizou unha oferta máis cara. Para a RTACRC 513/2020 (“contratos non configurados cun prezo único global e ofertas de prezo cero nalgunha prestación: o cero como non prezo e a existencia dun prezo real”, establece que, cando nos pregos o aspecto económico non consiste nun prezo único global, senón en prezos distintos, un por cada prestación, o que implica onerosidades distintas, a forma de satisfacer a onerosidade propia da prestación a través doutras prestacións só obedece a un fin en fraude de lei, que é manipular a fórmula de valoración do criterio ao seu favor e en prexuízo dos outros licitadores que ofertan un prezo real e existente, que consegue sobre a aparencia dunha presunta omisión do prego consistente en que non prohibiría o prezo cero. Simplemente, cero non é un prezo, é un non prezo, e o prego e a fórmula da súa valoración exigen un prezo real, que non se ofertou. O TACRC na súa Resolución 1596/2021 recorda a súa doutrina sobre as ofertas a 0 euros (que adoitan aparecer en prezos unitarios ou en subcriterios de adjudicación). Neste caso, o adjudicatario ofertaba prestacións a 0 euros en 7 criterios de valoración. Para o tribunal, a oferta realizada pola empresa adjudicataria realizouse en fraude de lei, xa que os 7 prezos de 0 euros ofertados non teñen outra función que acaparar os puntos que asignan eses criterios, en prexuízo do resto de licitadores, alterando as regras da competencia. A oferta normal non se realizaba a prezos de mercado, senón co fin de evitar a competencia dos outros licitadores (igualmente, Resolución 1737/2021 do TACRC, onde reitera a súa doutrina da fraude para non considerar a oferta con prezo cero).

Na práctica, ás veces certos licitadores crean unha especie de “precedente” á hora de intentar obrigar o poder adjudicador a manter as condicións ou criterios de adjudicación anteriores. A Resolución 983/2021 do TACRC afirma que o feito de que nunha adjudicación precedente se admitisen para unha licitación os hoteis de dúas estrelas non impide que nunha nova licitación se exclúan, xa que prevalece o interese público na definición dos pregos. Nesta liña, a Resolución 961/2021 do TACRC desvincula o rendemento na execución dun contrato anterior do resultado da adjudicación.

Un tema que afecta aos procedementos de adjudicación é o negociado con exclusividade que se aplica no ámbito sanitario e no ámbito artístico para a contratación, por exemplo, por parte de hospitais ou de administracións ou museos respectivamente aos dous sectores. Nesta parcela do cultural artístico obsérvase un desaxuste do legislativo á realidade porque ás veces é complicada a contratación necesaria seguindo os postulados da Lei de contratos, por exemplo cando se contrata unha poxa pública por parte da Administración; en xeral, é preciso neste contexto facer unha chamada a que estes procedementos negociados con exclusividade requiren unha especial motivación. Xustifícase contratar en exclusiva cun determinado artista ou cunha determinada persoa ou galería de arte sen regras especiais de procedemento á custa

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

de que se motive a necesidade do contrato, a súa idoneidade e o prezo. Isto bótase en falta por parte do Tribunal de Contas e o seu cumprimento é un reto.

A partir do artigo 192, a LCSP regula a execución dos contratos. Como é sabido, a execución dos contratos non está afectada polas directivas europeas de contratos públicos, polo menos coa intensidade que se formula no plano da adxudicación, que é o eixe das directivas comunitarias de contratación pública. En todo caso, observamos “continuidade” na forma de formularse os posibles problemas ou controversias relativas a resolucións contractuais, pagamentos ou non pagamentos a contratistas, rescates, indemnizacións de danos e perdas, imposición de penalidades, incautación de fianzas, demora na execución, aplicación do principio de risco e ventura. Estes temas, malia o frecuente dos litixios, non presentaron –que saibamos– novidades substanciais respecto da formulación de anos anteriores, malia que sempre hai novidades, obviamente. É dicir, a praxe xurídica sempre innova e sempre nos trae novas situacións. O tema máis conflitivo no plano regulativo de sistema estaría na modificación dos contratos, polo menos considerando o debate que xurdía cando se promulgou a Lei de contratos do sector público en 2017. Esta cuestión, regulada nos artigos 203 e seguintes da LCSP, veu dando lugar a moitos problemas. Parece que se normalizou ou rebaixou a tensión nesta área da modificación dos contratos.

Obrigada resulta, pois, a mención á modificación dos contratos, pola importancia práctica do tema. É un bo exemplo do cambio de enfoques antes e despois da LCSP, xa que antes desta lei existía unha maior problemática que parece atenuarse tras 2017. Aínda que se preveña unha regulación legal das modificacións, o punto de partida está na inalterabilidade dos contratos. Dito isto, a Lei de contratos distingue dúas situacións: primeiro a máis lóxica, é dicir, que se se quere modificar o contrato é porque a modificación está prevista expresamente no prego coa claridade necesaria e sempre que non se supere o 20 % do prezo inicial do contrato. No prego haberá que indicar o procedemento a seguir e as condicións da modificación. Neste asunto da debida claridade dos pregos insiste o lexislador nacional facéndose eco de exixencias de dereito comunitario europeo. En xeral, no novo dereito administrativo estanse a anular actuacións administrativas cando non teñen a suficiente claridade. A segunda situación é cando interese unha modificación, pero non está prevista no prego. A modificación, obviamente, é máis complicada entón e, en todo caso, a Lei de contratos establece algunhas limitacións. Presupón en todo caso que non é posible un cambio de contratista, o que remite a un tema de custos e proporcionalidade (e, en todo caso, non debe superar o 50 % do prezo inicial do contrato). E pode xustificarse mediando circunstancias sobrevidas ou modificacións non substanciais, que poden así xustificar a modificación non prevista no prego, aínda que a xurisprudencia é altamente restritiva en canto ao entendemento da modificación non substancial. Por outro lado, a lei establece unhas presuncións no sentido de cando é substancial en todo caso unha modificación: cando podería ter sido outro o contratista, cando se altera o equilibrio económico contractual e cando se amplía de forma importante o obxecto do contrato, dito sexa, novamente, de xeito rápido para os efectos de repasar este tipo de disposicións.

Interesante, neste contexto, é como a LCSP, por transposición da normativa europea, introduciu unha fenda (ao regular as obrigas en materia ambiental, social e laboral) consistente en que os órganos de contratación tomarán medidas para garantir –na execución dos contratos– que estas obrigas en materia ambiental, social e laboral van ser cumpridas. É relevante esta mención ao debido cumprimento na fase de execución dos compromisos contraídos (que é froito, por certo, da insistencia do dereito comunitario na materia) porque en xeral –en materia contractual– vén ser actualmente un reto conseguir que se cumpran sen condescendencia os compromisos contraídos polo contratista, xa que ás veces sucede que se relaxa o cumprimento do contrato, favorecendo o contratista que puido asumir para a adxudicación compromisos estritos cuxo incumprimento despois se permite ou se lle compensa por outras vías (por exemplo, obtención de contratos diferenciados, cando en realidade deberían ser parte da adxudicación feita). Mesmo, en materia de lexitimación, ao meu xuízo, ten que favorecerse a tendencia a deixar recorrer aos antigos licitadores contra posibles relaxacións en canto ao cumprimento das obrigas contractuais. Polo tanto, esta regulación situaríase como tendencia na mellor dirección posible. Ademais, a Lei de contratos fixa que nos pregos se poidan establecer este tipo de obrigas sempre que estean vinculadas ao obxecto do contrato, non sendo infrecuentes as anulacións xudiciais por este motivo, de non estaren vinculadas as obrigas de carácter ambiental, social ou laboral co obxecto do contrato. E iso malia recoñecer que son obrigas que poden valorarse positivamente. Por último, a lei establece algunhas obrigas que necesariamente se teñen que prever nos pregos, malia permitir a lei que se elixa de entre as alí previstas, o que se fará pola vía da redacción dos pregos.

Pode aludirse a que nos rescates se produciu, tras a LCSP 2017, un cambio de criterio respecto ao criterio do cálculo do lucro cesante. Destacaríamos que agora xa non se trata de fixarse no beneficio dos cinco primeiros anos de explotación facendo a media e trasladándoo aos anos que resten para executar o contrato, como pauta para establecer o lucro cesante; o criterio central da nova LCSP pódese explicar pondo un exemplo: se quedan 8 anos para que finalice o contrato, hai que fixarse nos últimos 8 anos de explotación e no beneficio resultante en tal período, facendo a media despois, para finalmente indemnizar o contratista –no exemplo proposto– multiplicando por 8, por seren os anos que quedan de vida contractual. As sociedades públicas, en caso de rescate, terán que contar con autorización da Administración.

En canto á «cesión de contratos» (segundo o artigo 319 da LCSP), os pregos deben prever expresamente as regulacións legais en materia de cesión, que non veñen ser senón pura expresión dunhas regras de cultura xeral na materia; como, por exemplo, que o cedente ten que cumprir o 20 % do contrato se quere a cesión; ou que non procede a cesión cando se trate de condicións persoalísimas; ou que esta ten que materializarse nunha escritura pública, etcétera.

Outra fronte conflitiva é o risco operacional e o mantemento do equilibrio económico do contrato, artigo 270 da LCSP. Calou o criterio regulador da LCSP sobre o risco operacional como elemento definitorio da concesión, definida pola existencia de incertezas significativas en relación co nivel de execución correcta dun proxecto

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

que se considera alcanzable. Malia o debate que orixinou a transposición da Directiva 2014/23/UE e a incorporación do concepto de transferencia do risco operacional, a cuestión tornouse máis pacífica pasando ao plano da aplicación legal. Un presuposto básico contra o exercicio deste dereito é o feito de que o concesionario soubese que había un grao de incerteza en canto a un determinado tramo, sen poder alegar despois que a non execución do dito tramo supón unha ruptura do equilibrio económico. Segundo a STS 1875/2019, do 19 de decembro de 2019, rec. 2390/2016: (...) «En definitiva, a concesionaria sabía que existía un grao de incerteza sobre a construción dos tramos cuxa licitación lle correspondía ao Ministerio de Fomento xa no momento da contratación, o que desterra a imprevisibilidade como condición necesaria para o reequilibrio das prestacións».

Menor actualidade que en tempos pasados ten o tema do financiamento privado das obras públicas á luz dos artigos 271 e seguintes da LCSP.

A partir dos artigos 316 ata o 322 regúlase a contratación doutros entes do sector público. Na contratación de sociedades públicas vén formulándose se na fase de adxudicación dos contratos se poden aplicar preceptos da Lei de contratos que regulan a súa fase de execución. Na LCSP hai unha remisión a certos artigos que se consideran de necesaria aplicación para a contratación destas sociedades. Por outra banda, existen algúns artigos que parecen incompatibles. Pero hai unha franxa intermedia onde, malia non haber remisión, serían susceptibles de extensión aplicativa pola vía dos pregos de contratación das sociedades. Esta tendencia non parece incorrecta, porque outorga seguridade xurídica ás partes contratantes, xa que o Código civil non regula tan exhaustivamente como a Lei de contratos do sector público determinadas materias; por exemplo, as desistencias na execución dun contrato ou o dereito a lucro cesante do contratista.

Tamén se producen resolucións frecuentes sobre as mesas de contratación (artigos 326 e 327 da LCSP) pero en cuestións casuísticas de se, por exemplo, o secretario da mesa de contratación ten que ser funcionario ou é suficiente con que sexa empregado laboral, etcétera.

Finalmente, outro tema esencial é a «subcontratación». A nova lei fala de que a subcontratación ten que ser parcial e insístese en que o licitador ten que indicar na oferta os elementos sobre os cales vai recaer a subcontratación, que non pode abranguer a totalidade do contrato; e, por outro lado, novamente o lexislador insiste en que, cando se vaia iniciar a execución do contrato, se lle ten que notificar á Administración de novo as partes que vai realizar o subcontratista. A subcontratación é un fenómeno positivo, porque favorece as pequenas e medianas empresas e o tráfico mercantil, pero prodúcense na práctica abusos sobre os subcontratistas. Aínda que houbo un período en que procedían as accións directas do subcontratista contra a Administración, xa co Texto refundido da Lei de contratos do sector público 3/2011 anterior non procedían tales accións directas. A nova LCSP determina que se poden establecer nos pregos os pagamentos directos aos subcontratistas. Pode ser aconsellable esta medida, ao meu xuízo, porque, en definitiva, o que lle interesa ao poder contratante é que se execute o contrato e, deste xeito, parece que diminúe o

risco de inexecución. A lei establece agora a obriga de comprobación de pagamentos cando se trate de contratos de obras e servizos cuxo valor considerado sexa igual ou superior a 5.000.000 €e sempre que a subcontratación sexa máis do 30 %.

Bibliografía

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Tratado de derecho administrativo. Contratación Pública. Comentarios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público*, tomo III, 4.^a ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 66_xuño-decembro 2023 | pp. 197-235
Santiago de Compostela, 2023
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5170>
© Francisco de Cominges Cáceres
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 02/01/2024 | Aceptado: 19/12/2023
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence

66 Regap

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES
Maxistrado (Galicia, España)

f.cominges@poderjudicial.es

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Procedemento de aprobación das ordenanzas locais non tributarias. Obrigatoriedade da consulta previa, salvo cando concorran motivos urxentes e graves de interese público. 1.2 Modificación orzamentaria de deputación provincial mediante xeración de crédito. Fraude de lei. 1.3 Obriga de reservar prazas de aparcamento para persoas con mobilidade reducida en lugar próximo aos seus domicilios. Potestade regrada, non discrecional. 1.4 Expropiación forzosa por un concello do baixo dun edificio de vivendas, en beneficio da comunidade de propietarios, para poder instalar un ascensor. 1.5 Nas probas de acceso á función pública nas administracións locais debe utilizarse con carácter xeral e preferente o sistema de oposición, sobre o de concurso-oposición. 1.6 Procedementos de consolidación de persoal temporal nas administracións locais: suxeición aos principios de igualdade, mérito e capacidade. Titulación exixible ao posto de “coordinador deportivo”. 2 Contratos públicos. 2.1 Posibilidade de participación na licitación de entidades financiadas maioritariamente con fondos públicos. 2.2 Reequilibrio concesional polas perdas derivadas das restricións impostas durante a pandemia de COVID-19. Constitucionalidade do artigo 25 do Real decreto-lei 26/2020, do 7 de xullo. 3 Educación e universidades.

3.1 Obriga da Administración educativa de prestar auxilio e apoio ao alumnado afectado por dificultades de aprendizaxe (TDAH). 3.2 Obriga do persoal docente de redactar con carácter xeral en lingua galega calquera escrito relativo ao seu desempeño profesional. 3.3 Anulación directa de matrícula por incorrección dos datos rexistrados na aplicación Nerta por aspirante de acceso ao sistema universitario de Galicia. Non é necesario tramitar un expediente de revisión de oficio. 3.4 Anulación de procedemento selectivo en universidade pública por incumprimento da taxa de reposición establecida na Lei de orzamentos xerais do Estado. Cesamento obrigado de quen superou a oposición, ao non teren transcorrido máis de dous anos desde o seu nomeamento. 4 Estranxeiría. 4.1 Sanción de expulsión por permanencia irregular en España, coa agravante de indocumentación. 4.2 Posibilidade de presentar simultaneamente unha solicitude de protección internacional (asilo) con outra de autorización de residencia por arraigamento laboral. 5 Medio ambiente e urbanismo. 5.1 Parques eólicos. Requisitos do trámite de información pública do proxecto de obras e do seu estudo ambiental. 5.2 Plan reitor de uso e xestión do Parque Nacional Marítimo-Terrestre das Illas Atlánticas de Galicia. Inexistencia da inclusión nel de medidas restritivas de actividades económicas para protexer as aves. 5.3 Revisión de plan xeral de ordenación municipal. Requisitos formais. 5.4 Proxecto de estación de subministración de carburantes vrs. competencia técnica universal dos arquitectos superiores. 6 Persoal. 6.1 Relación de postos de traballo. As xefaturas de servizo de especial responsabilidade deben reservarse ao subgrupo "A.1", con exclusión do "A.2". 6.2 Equiparación de retribucións (complemento específico) de postos que na realidade desempeñan as mesmas funcións. 6.3 Abuso dos nomeamentos temporais na sanidade pública galega. 7 Proceso contencioso-administrativo. 7.1 Requisitos formais do expediente administrativo que se debe remitir ao xulgado ou tribunal. 7.2 Inexecución de sentenza por imposibilidade legal ou material: Establecemento simultáneo de indemnización substitutiva. 8 Responsabilidade patrimonial. 8.1 Reclamación indemnizadora polos prexuízos derivados da suspensión de actividade de hostalaría e restauración polas medidas sanitarias adoptadas durante a pandemia de COVID-19. 9 Tributos. 9.1 Constitucionalidade da lexislación estatal que obriga a tributar no IRPF os pactos ou contratos sucesorios (apartación). 9.2 Obriga dos concellos de actualizar anualmente a taxa de servizos de subministración de auga e saneamento en cumprimento do compromiso contractual de revisión de prezos suscrito coa concesionaria. 9.3 Imposto de plusvalía. Devolución de ingresos indebidos. Esgotamento da vía administrativa previa. Efectos da STC 182/2021. 9.2 Obriga dos concellos de actualizar anualmente a taxa de servizos de subministración de auga e saneamento en cumprimento do compromiso contractual de revisión de prezos suscrito coa concesionaria.

1 Administración local

1.1 Procedemento de aprobación das ordenanzas locais non tributarias. Obrigatoriedade da consulta previa, salvo cando concorran motivos urxentes e graves de interese público

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS), na súa sentenza do 16 de novembro de 2023 (rec. 7629/2021, relator: Berberoff Ayuda), resolve a controversia suscitada sobre «*si en la elaboración de las ordenanzas locales reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, ha de observarse el trámite previsto en el artículo 133.1 de la Ley 39/2015, con carácter previo a su aprobación inicial o, por el contrario, es suficiente, en la confección de este tipo de disposiciones, atender al procedimiento previsto en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, a los efectos de discernir, en caso de no cumplir con el trámite del artículo 133, si se está ante un defecto formal insubsanable constitutivo de nulidad de pleno derecho o no*».

Finalmente, estima a casación, revoga a sentenza de instancia e desestima o recurso interposto fronte a unha modificación da Ordenanza reguladora da prestación patrimonial de carácter público non tributaria polos servizos vinculados ao ciclo integral da auga do Concello de Cangas do Morrazo (BOP do 13/02/2020), cos seguintes argumentos:

«(...) En nuestra sentencia 108/2023 de 31 de enero, rec. 4791/2021, concluimos que la consulta previa del art. 133.1 LPACAP no resultaba exigible en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales. Sin embargo, en el presente recurso de casación, las razones eventualmente existentes para prescindir del trámite no tienen por qué coincidir con el criterio de la referida sentencia 108/2023 de 31 de enero, al concurrir aquí una circunstancia –no cuestionada– y que, en definitiva, perfila otro escenario. En efecto, a diferencia de lo que ocurría en aquella ocasión, en la que se impugnaba una ordenanza fiscal, en el presente recurso, la Ordenanza carece de naturaleza fiscal, por cuanto regula una prestación patrimonial de carácter público no tributaria por servicios vinculados al ciclo integral del agua (...).

La sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018 se pronunció, entre otros preceptos, respecto del art. 133 LPACAP (...). La lectura de este pronunciamiento del Tribunal Constitucional permite arribar a una primera conclusión: únicamente responden al concepto de bases del régimen jurídico de las administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), el artículo 133 LPACAP, en sus apartados primero, primer inciso (“Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública”) y cuarto, primer párrafo, de modo que “las demás previsiones del artículo 133 descienden a cuestiones procedimentales de detalle desbordando el ámbito de lo básico”. En otras palabras, el artículo 133 LPACAP se aplica por completo en el ámbito estatal (tanto sus previsiones de carácter básico como las demás previsiones), y así lo corrobora la sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo de 2018. Sin embargo, a los efectos de la elaboración de disposiciones reglamentarias, autonómicas o locales, únicamente se aplicarán las referidas previsiones de carácter básico. Esta es la conclusión que, por lo demás, consignamos en nuestra sentencia 108/2023 de 31 de enero rec. 4791/2021 (...).

A efectos metodológicos, partiendo de la obligatoriedad de la consulta previa del art. 133.1 LPACAP, habrá que indagar si es posible apreciar, también en el caso que nos ocupa, tal especialización por razón de la materia (a partir de la Disposición adicional primera de la LPACAP) y, de no resultar procedente, si cabe justificar o avalar su preterición por alguna de las excepciones establecidas por el ordenamiento jurídico (...). A diferencia del recurso de casación resuelto por nuestra sentencia 108/2023 de 31 de enero –relativo a una ordenanza fiscal– en el presente caso, el principio de especialidad, proclamado en la Disposición Adicional Primera de la LPACAP, no permite excepcionar la consulta pública en el procedimiento de elaboración de la ordenanza local (...). A juicio de esta Sala no es posible extender

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

la especialidad prevista para las ordenanzas fiscales con relación a la elaboración de otras ordenanzas o disposiciones generales sobre cualesquiera otras materias que no aparezcan comprendidas en la referida Disposición Adicional primera de la LPACAP. (...) Habrá que indagar el régimen de las excepciones legalmente previstas recordando que, a los efectos del artículo 133 LPACAP, únicamente tienen carácter básico las del primer párrafo de su apartado cuarto, que es el único que concierne también a la Administración autonómica y local: “[p]odrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurran razones graves de interés público que lo justifiquen”.

(...) La sentencia de instancia omite cualquier consideración en torno al primer párrafo del apartado 4 del art 133 LPACAP –este sí, de carácter básico– en el que se encuentra la excepción relativa a que concurran razones graves de interés público para prescindir del trámite de consulta pública. (...). Estimamos que concurre un marcado interés público en la regularidad y prestación de los servicios a los que se refiere la Ordenanza impugnada –los servicios vinculados al ciclo integral del agua–, interés público que debió considerarse a los efectos de ponderar la ausencia de dicha consulta previa. Resultan muy ilustrativos los términos de la LRBRL cuando, con relación al abastecimiento de agua potable a domicilio y a la evacuación y tratamiento de aguas residuales, el artículo 25.2.c) considera el abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales como una materia respecto de la cual el municipio ejercerá en todo caso competencias propias; o asimismo, cuando con relación, nuevamente, al abastecimiento domiciliario de agua potable, su artículo 26 conmina a los municipios a prestar, en todo caso, ese servicio; o, en fin, cuando el segundo apartado del artículo 86 LRBRL declara la reserva en favor de las Entidades Locales, entre otros, del abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, que considera como una actividad o servicio esencial. Y es aquí, cuando cobra razón la argumentación del Ayuntamiento recurrente que enfatiza en la necesidad de garantizar el funcionamiento diario de un servicio esencial, señalando explícitamente en su escrito de interposición del recurso, que el trámite de la consulta previa “retrasaría en exceso la entrada en vigor de normativa de gran relevancia para garantizar el correcto funcionamiento de la actividad municipal”».

1.2 Modificación orzamentaria de deputación provincial mediante xeración de crédito. Fraude de lei

A sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG) do 21 de xullo de 2023 (rec. 7077/2023, relator: Fernández López) confirma a anulación do contrato formalizado pola Deputación Provincial de Ourense

para a adquisición do arquivo histórico do diario *La Región* polo prezo de 2.700.000 euros, ao considerar nula de pleno dereito a modificación orzamentaria aprobada previamente para financeiro:

«(...) En orden a verificar si la autoridad local aprobó o no debidamente la modificación presupuestaria mediante la generación de crédito, es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 44 del citado Real decreto 500/1990, que señala que, en el caso de aportación o compromiso firme, es indispensable “la existencia formal del compromiso firme de aportación”, mientras que en el caso del reintegro, es indispensable “la efectividad del cobro del reintegro”, que es lo mismo que exige el artículo 53.3 de la LGP.

Para aclarar lo que se debe entender como aportación o compromiso como forma de generar crédito, señala el artículo 45 del Real decreto 500/1990 que debe entenderse como tal “el acto por el que cualesquiera entes o personas públicas o privadas, se obligan, mediante un acuerdo o concierto con la entidad local, a financiar total o parcialmente un gasto determinado de forma pura o condicionada”, en cuyo caso, “cumplidas por la entidad local o el organismo autónomo correspondiente las obligaciones que, en su caso, hubiese asumido en el acuerdo, el compromiso de ingreso dará lugar a un derecho de cobro exigible por la entidad local o el organismo correspondiente”.

Como bien indicó el juzgador de instancia, fue esta la vía elegida para generar el crédito, según advirtió de forma clara la interventora provincial en su informe de 13.10.20, lo que también corroboró en su declaración en juicio, vía que no se ajustó a las determinaciones que exigía el artículo 43.1.a) del citado reglamento, pues no hubo aportación alguna por parte de una persona física o jurídica para financiar una determinada actuación propia junto con la Diputación Provincial de Ourense, ni tampoco compromiso firme de hacerlo, ya que lo que se pretendía era adquirir unos archivos del diario “La Región” a cambio de un precio, esto es, adquirir unos bienes mediante una contratación administrativa, una vez frustrada una operación idéntica anterior anulada por sentencia de esta sala.

En modo alguno cuestiona esta sala la posibilidad que tenía el organismo provincial de volver a adquirir ese equipamiento a financiar con créditos del capítulo 6 de gastos, pero si lo que quería era aprovechar el crédito de la aplicación NUM000 con arreglo a la cual abonó la anterior adquisición, lo que podía hacer sin problema era tramitar un expediente de modificación presupuestaria con arreglo a lo dispuesto en los artículos 181.e) del TRLRHL y 43.1.e) del Real decreto 500/1990, esto es, una generación de crédito por reintegro de un pago indebido, pero con el añadido de que era necesario que tal reintegro se hubiera satisfecho, lo que no fue el caso; por el contrario, lo que hizo la autoridad provincial fue acudir a la modificación presupuestaria contemplada en los artículos 181.a) del TRLRHL y 43.1.a) del Real decreto 500/1990, también de generación de crédito, pero debida a aportaciones

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

o compromisos firmes de aportación de alguna persona jurídica (al parecer) para financiar de forma conjunta un determinado gasto, que era claro que se trataba de la adquisición del archivo del diario “La Región”.

También acertó el juzgador de instancia cuando afirmó que ni hubo aportación económica alguna, ni compromiso firme de hacerla; pero tampoco el ingreso que de ahí se derivaría iba destinado a cofinanciar un determinado gasto, ya que el propósito de la Diputación Provincial de Ourense fue volver a adquirir de la sociedad mercantil “La Región, S.A.” el archivo histórico del diario del mismo nombre desde el año 1910 hasta 2016, a cambio de los 2.700.000,00 euros que ya le había entregado tres años antes con cargo a la aplicación NUM000, amparada en una resolución que luego anuló esta sala.

Y tal propósito lo enmascaró aquel organismo provincial bajo la apariencia de que quien todavía no había sido adjudicataria del contrato había realizado una aportación o suscrito un compromiso firme de hacerla, para cofinanciar una inversión que tenía que pagarse exclusivamente con fondos públicos. En realidad lo que se hizo fue una burda compensación de créditos que no reunía los requisitos de ser líquidos, vencidos y exigibles a que se refiere el artículo 1196 del Código civil, al que se remite el artículo 22.1 de la LGP, compensación que tampoco tenía encaje en la normativa contractual que exige el abono del precio cierto.

Pero menos aún quedaba amparada esa anómala modificación presupuestaria por la vía de generación de crédito en el supuesto comprendido en los artículos 181.a) del TRLRHL y 43.1.a) del Real decreto 500/1990, por lo que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 173.1 y 24 de cada uno de esos textos, respectivamente, al igual que en el artículo 21.1 de la LGP, no tenía cobertura la decisión de modificación del crédito indebidamente generado, lo que arrastraba de forma automática a la nulidad del contrato después adjudicado, tal y como de forma unánime establecen los artículos 46 de la LGP, 173.5 del TRLRHL y 39.2.b) de la LCSP, que fue lo que de forma acertada declaró el juzgador de instancia cuando anuló la resolución impugnada, pronunciamiento que esta sala comparte en su integridad».

1.3 Obriga de reservar prazas de aparcamento para persoas con mobilidade reducida en lugar próximo aos seus domicilios. Potestade regrada, non discrecional

O TS, na súa sentenza do 20 de xullo de 2023 (rec. 1144/2022, relator: Teso Gamella), a propósito dun conflito suscitado co Concello de Monforte de Lemos, examina prolixamente o dereito dos cidadáns discapacitados titulares de tarxeta de estacionamento á reserva de prazas de aparcamento próximas aos seus domicilios, nestes termos:

«(...) La reserva de plaza de aparcamiento para las personas con discapacidad es un derecho previsto en el citado artículo 7.1.a) del citado Real decreto de 2014. El expresado precepto establece que los titulares de la tarjeta de estacionamiento tendrán una serie de “derechos” en todo el territorio nacional, siempre y cuando exhiban de forma visible la tarjeta en el interior del vehículo. Entre estos derechos, por lo que hace al caso examinado, está el previsto en la letra a), que se refiere a la reserva de plaza de aparcamiento, previa la oportuna solicitud a la Administración correspondiente y justificación de la necesidad de acuerdo con las condiciones que establezcan las Administraciones autonómica o local, en lugar próximo al domicilio o puesto de trabajo. (...).

La acción de las Administraciones debe promover “las medidas necesarias para que el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos de las personas con discapacidad sea real y efectivo” en todos los ámbitos de la vida, según establece el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. (...) Al tiempo, el artículo 30 establece como medidas de acción positiva que los ayuntamientos adoptarán las medidas adecuadas para facilitar el estacionamiento de los vehículos automóviles pertenecientes a personas con problemas graves de movilidad, por razón de su discapacidad. Recordemos, a estos efectos, que el artículo 49 de la CE ordena a los poderes públicos que presten la atención especializada que requieran las personas con discapacidad, y los amparen especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos. (...).

La cercanía al domicilio es esencial para que la reserva de la plaza cumpla con su función al servicio de la integración social y de la igualdad de las personas con movilidad reducida como consecuencia de su discapacidad. De modo que sus derechos se resienten cuando se cambia tal ubicación, se lleva a un lugar que está 50 metros más lejos, tratándose de una persona próxima a cumplir 90 años, que al dictarse el acto administrativo estaría sobre los 85 años, y con una minusvalía del sesenta y cinco por ciento, que, además, según señala la sentencia del Juzgado, el nuevo emplazamiento de la plaza se hace a un lugar más peligroso, por encontrarse en la salida de un estacionamiento privado.

La decisión administrativa, por tanto, ha de tener en cuenta la proximidad y la facilidad de acceso de la reserva de plaza respecto del domicilio, de manera que su denegación únicamente podría hacerse ante la concurrencia de poderosas razones de interés general debidamente justificadas. Pero nunca primando la mera conveniencia de algún vecino que alega esgrimir el beneficio de todos. No puede abordarse el tratamiento de la ubicación cercana al domicilio como si se tratara de una mera comodidad de la persona con movilidad reducida por discapacidad. Se trata, insistimos, de remover los obstáculos que impiden que la libertad y la

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

igualdad de estas personas sean reales y efectivas, favoreciendo su integración social. (...).

De manera que la decisión municipal sobre la concreta localización de la reserva de plaza de estacionamiento ha de tomar en consideración la cercanía al domicilio, siempre que no se aprecien situaciones que puedan incluirse entre las prohibiciones que establece el artículo 7.2 del Real decreto de 2014.

No hay, en definitiva, un interés general de las personas con movilidad reducida y un interés general de los demás. No se oponen, sino que se complementan. El interés es general porque es el interés de todos los vecinos, en el que se incluye el de aquellos que son vulnerables debido a sus graves limitaciones motoras, y precisan, además del reconocimiento de sus derechos, de esa decidida acción de los poderes públicos tendente a hacerlos efectivos, evitando desigualdades que conduzcan a crear o mantener zonas de exclusión.

No estamos, en consecuencia, en respuesta a la cuestión de interés casacional, ante una decisión discrecional, por cuya virtud el Ayuntamiento pueda elegir entre diversas opciones igualmente válidas, sino que nos encontramos ante el examen del cumplimiento del supuesto de hecho previsto en la norma, con la consiguiente descripción de sus exclusiones, a cuya concurrencia se anuda la consecuencia jurídica de la concreta localización de la reserva de aparcamiento. Se emplean, por tanto, conceptos jurídicos indeterminados que han de ser interpretados, junto al interés general que resulta consustancial en cualquier decisión administrativa, en el caso concreto, atendidas las circunstancias que hemos señalado en esta sentencia».

1.4 Expropiación forzosa por un concello do baixo dun edificio de vivendas, en beneficio da comunidade de propietarios, para poder instalar un ascensor

A sentenza do TSXG do 7 de xullo de 2023 (rec. 7087/2023, relator: Fernández López) analiza os requisitos formais e substantivos necesarios para que un concello poida expropiar, en beneficio da comunidade de propietarios dun edificio de vivendas, os elementos necesarios para poder instalar un ascensor polo seu interior.

A sentenza comeza debullando os presupostos normativos desta peculiar expropiación:

«(...) al no poder iniciar las obras para instalar el ascensor que se pactó en el seno de la comunidad de propietarios, se dirigió ésta a la corporación municipal para que expropiara la porción del bajo (...).

Tal posibilidad se recogió en el artículo 111 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, que facultaba a la administración competente para ordenar, en la forma, los términos y plazos que establezca la legislación aplicable, la

realización de las obras necesarias, en especial las recogidas en la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, imposición que comportaría la declaración de la utilidad pública o, en su caso, el interés social, a los efectos de la expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su ejecución. Aquél precepto fue derogado por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que lo reemplazó por su artículo 14, sobre los derechos de realojamiento y retorno, para pasar finalmente por regularse en el artículo 59 del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, aprobado por Real decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que faculta a los ayuntamientos a utilizar la ejecución forzosa y la vía de apremio para exigir el cumplimiento de sus deberes a los propietarios, individuales o asociados, que no hubieren cumplido sus obligaciones, actuación que también podrán ejercer a solicitud de la asociación contra los propietarios que incumplieren los compromisos contraídos con ella.

El primero de los tres preceptos citados ya fue desarrollado por el artículo 99 de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia, que dispone en su apartado 1 que “para la administración municipal competente será causa de expropiación forzosa por razón de interés social que en un edificio en régimen de propiedad horizontal no se realicen, tras los oportunos requerimientos, las obras necesarias o las instalaciones precisas para el cumplimiento de la normativa en materia de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas”; en este supuesto –prosigue su apartado 2– “la expropiación afectará únicamente a aquellos elementos privativos o comunes necesarios para la realización de dichas actuaciones, y podrán ser beneficiarias de la misma las propias comunidades de propietarios”; finalmente, establece su apartado 3 que “en todo caso, la persona beneficiaria deberá justificar la necesidad de llevar a cabo las obras de adecuación con un informe técnico y una memoria en los que se contenga la información precisa sobre la obra que se va a ejecutar, así como la acreditación de la imposibilidad de acudir a otras alternativas que resulten menos gravosas al derecho a la propiedad”.

Así pues, si –como es el caso– la “Comunidad de propietarios del edificio situado en el número XXX de la calle YYYY, de Noia, acordó instalar un ascensor en el bajo, tal decisión tenía que cumplirse en sus propios términos, si bien dejando a salvo la posibilidad de que los afectados pudieran acudir a la jurisdicción civil para dirimir sus controversias, ya fuera porque no se cumplió el régimen de mayorías, ya porque no fuera obligatoria la instalación del ascensor, ya por discrepar de su ubicación, ya por disconformidad con la indemnización, o ya por otras cuestiones”.

No obstante, hay un supuesto en el que el legislador ha acordado que sean las administraciones públicas, y no la jurisdicción civil, las que deban intervenir, que es en el caso singular a que se refiere el artículo 99 de la LVG, que requiere, por parte de la beneficiaria, que justifique la necesidad de ejecutar las obras de accesibilidad en el edificio en régimen de propiedad horizontal, así como que acredite que tal ejecución ha sido imposible, pese a haber realizado los oportunos

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

requerimientos; verificados por la entidad local esos extremos, tiene lugar la causa expropriandi a que se refiere el artículo 1 de la Ley de expropiación forzosa, de 16 de diciembre de 1954, en este caso por razón de interés social en beneficio de la comunidad de propietarios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.3 y 9 de la LEF y 99.1 de la LVG».

E conclúe finalmente que neste caso en concreto o concello non cumpriu os pre-supostos formais mínimos necesarios para poder culminar a expropiación:

«No comparte esta sala tales decisiones, y ello por estos cinco motivos: el primero, porque en ninguna de las tres actas de los acuerdos adoptados el 23.01.19, el 16.10.19 y el 28.07.20 se concretó fecha alguna para que la propietaria del bajo pusiera a disposición la porción necesaria para iniciar y culminar las obras, por lo que no se pudo dar por cierto que aquélla se había negado a la instalación del ascensor, como se afirmó en la resolución de 27.12.21; el segundo, porque si bien en la última de las actas citadas se acordó requerir a esa propietaria que comunicara el día de inicio de los trabajos en su local, tan solo consta en el expediente la remisión de un burofax en ese sentido el 20.08.20, pero no su recepción por la destinataria, ni tampoco consta que la entidad local hubiera requerido la subsanación de tal omisión antes de dar por cierta la negativa que propició su intervención forzosa; el tercero, porque se prescindió del requisito previo para iniciar el procedimiento expropiatorio, que era la indispensable previa declaración del interés social a que se refiere el artículo 9 de la LEF; el cuarto, porque, con independencia de lo que pudiera resultar en la demanda civil sobre la indemnización, el requerimiento de intervención de la entidad local exigía tramitar el procedimiento expropiatorio por su cauce, lo que ésta ignoró al dar por buena la resolución de 27.12.21 el valor expropiatorio que fijó una de las partes sin seguir los pasos para determinarlo con arreglo a lo dispuesto en los artículos 24 y siguientes de la LEF; y, finalmente, y en línea con lo que se acaba de indicar, porque esa resolución no podía acordar la ocupación del local sin que antes se hubiera abonado el justiprecio fijado legalmente, (artículo 51 de la LEF), salvo que se hubiera declarado la urgente ocupación conforme lo dispuesto en el artículo 52 de esa misma ley, que es lo que solicitó la beneficiaria y a lo que no se dio respuesta».

1.5 Nas probas de acceso á función pública nas administracións locais debe utilizarse con carácter xeral e preferente o sistema de oposición, sobre o de concurso-oposición

O TS, na súa sentenza do 18 de xullo de 2023 (rec. 4284/2021, relator: Requero Ibáñez), confirma a anulación do procedemento selectivo utilizado por un concello galego para a cobertura, polo sistema de acceso libre, dunha praza de auxiliar administrativo, ao terse realizado mediante “concurso-oposición”, en lugar de por “oposición”. Conclúe declarando que:

«(...) en el ámbito del régimen local se mantiene la vigencia del artículo 2 del Real decreto 896/1991, como norma de desarrollo, conforme a la cual se da preferencia a la oposición. Tal preferencia es la que la Administración del Estado establece para seleccionar a su propio funcionariado: en desarrollo de la Ley 30/1984, el artículo 4, segundo inciso, del Reglamento de Ingreso aprobado por Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, fija la oposición como sistema selectivo prioritario.

5. En consecuencia y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, declaramos que se mantiene la vigencia del artículo 2 del Real decreto 896/1991 como norma especial aplicable a la selección de los funcionarios de carrera de la Administración Local, por lo que el sistema de oposición es el general y el concurso-oposición será el aplicable cuando así se justifique por ser más adecuado atendiendo a la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar».

1.6 Procedimientos de consolidación de persoal temporal nas administracións locais: suxeición aos principios de igualdade, mérito e capacidade. Titulación exible ao posto de “coordinador deportivo”

A sentenza do TSXG do 14 de novembro de 2023 (rec. 476/2022, relator: Sánchez Romero) desestima o recurso interposto fronte ás bases dun procedemento selectivo convocado pola Deputación Provincial de Ourense para a consolidación de persoal temporal.

Considera, en primeiro lugar, que:

«De las normas transcritas no se deriva en modo alguno que en el proceso de consolidación hayan de incluirse normas que impliquen ventajas para quien viniese ocupando de forma interina la plaza ofertada, sino que, por el contrario, se recuerda la vigencia en tal proceso de los principios de igualdad, mérito y capacidad, y se ponen límites a la hora de valorar determinados méritos, como la indicación de que en tal valoración rija el principio de proporcionalidad de forma que la puntuación que pueda darse no determine en ningún caso el resultado del proceso selectivo.

Cuestión distinta es que, en efecto, exista una jurisprudencia desarrollada en la materia que señala que no es contrario a derecho introducir en esos procesos elementos o criterios a valorar que vengan a otorgar en la práctica ventaja a quien viniese ocupando la plaza en interinidad, como es el propio hecho de valorar en mayor medida el tiempo de servicio prestado en la concreta plaza que en otra análoga en otra Administración, siempre que parta ello pueda haber justificación y se respeten los límites legales ya citados, pero sin que introducir tales criterios diferenciadores sea obligatorio para la Administración convocante quien, dentro de su potestad de autoorganización, podrá considerar los méritos y puntuaciones que estime más adecuados para obtener la mejor cobertura de la plaza (...).».

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

En segundo lugar conclúe, con profusa fundamentación, que o desempeño das funcións de “coordinador de deportes” non require ter a titulación de “Licenciado en Ciencias da Educación Física e o Deporte”.

2 Contratos públicos

2.1 Posibilidade de participación na licitación de entidades financiadas maioritariamente con fondos públicos

O TS, na súa sentenza do 2 de outubro de 2023 (rec. 787/2023, relator: Córdoba Castroverde), confirma en casación a validez da adxudicación pola Xunta de Galicia ao Institut Cartografic i Geologic de Catalunya, por procedemento aberto, do contrato de servizo de obtención de imaxes aéreas para a posterior elaboración da cartografía dos Plans básicos municipais. A sentenza, profusamente motivada, alcanza esta conclusión:

«En resposta a la cuestión de interés casacional planteada consistente en determinar si la participación en la licitación de un contrato por quien percibe dotaciones presupuestarias que suponen más del 80 % de sus recursos, coloca al licitador en una situación ventajosa incompatible con el principio de libre concurrencia en contratación pública, en comparación con la de otros operadores económicos privados., ha de afirmarse lo siguiente.

i) las empresas que reciban fondos públicos pueden participar en procesos de licitación para la adjudicación de un contrato público, concurriendo con otras entidades privadas sin que ello lesione, en principio, la libre competencia.

ii) únicamente resulta posible excluir una entidad que recibe financiación pública de un procedimiento de licitación en caso de que realizase una oferta anormalmente baja debido a la obtención de una ayuda de Estado o en caso de recibir subvenciones o ayudas no conformes a derecho.

iii) el hecho de que dicha entidad pública mantenga una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el “mercado privado” y sus restantes actividades es un elemento relevante a los efectos de descartar la existencia de ayudas que desvirtúen la competencia».

2.2 Reequilibrio concesional polas perdas derivadas das restricións impostas durante a pandemia de COVID-19. Constitucionalidade do artigo 25 do Real decreto-lei 26/2020, do 7 de xullo

A sentenza do TS do 18 de xullo de 2023 (rec. 159/2022, relator: Córdoba Castroverde) confirma a desestimación polo Consello de Ministros da solicitude de reequilibrio concesional formulada por unha entidade mercantil pola perda de ingresos na autoestrada de peaxe “Santiago de Compostela-Ourense”, da que é concesionaria, polo período comprendido entre o 13 de marzo e o 15 de xullo de 2020.

A sala analiza con profusión o réxime das “Condicións de reequilibrio económico dos contratos de concesión para paliar as consecuencias do COVID-19” establecidas no Real decreto-lei 26/2020, do 7 de xullo, de medidas de reactivación económica para facer fronte ao impacto do COVID-19 nos ámbitos de transportes e vivenda, concluíndo a súa constitucionalidade, con esta motivación:

«(...) La entidad recurrente considera que se ha producido una expropiación legislativa porque el art. 25 del Real decreto-ley 26/2020 suprime los derechos que el art. 34.4 del Real decreto Ley 8/2020 otorgaba a la sociedad concesionaria, a saber: a) La exigencia del requisito del margen bruto de explotación negativo excluye automáticamente el derecho al reequilibrio económico del contrato; b) Al establecer que la única vía posible para proceder al reequilibrio es la ampliación del plazo de duración de la concesión, se priva del derecho al reequilibrio vía “modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato” que establece el artículo 34.4 del Real decreto-ley 8/2020 y de cualquier derecho al reequilibrio, en el caso de los titulares de contratos de concesión a lo que ya se les ha ampliado el plazo hasta el máximo permitido legalmente (como ocurre en el caso de la Sociedad); c) Las distintas normas de contratación aprobadas en las últimas décadas han concedido un derecho a los titulares de contratos de concesión al reequilibrio económico del contrato ante la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor, como la crisis de la COVID-19. (...).

El adecuado análisis de estas normas exige partir de que tanto el Real decreto-ley 8/2020 como el Real decreto-ley 26/2020 son leyes singulares y especiales que se dictan ante una situación extraordinaria de pandemia y que tratan de paliar las consecuencias negativas que ésta y las medidas adoptadas por las diferentes Administraciones públicas para combatirla tuvieron sobre una parte del tejido productivo y su incidencia en los contratos públicos existentes. Este escenario excepcional requiere la adopción de previsiones adecuadas y proporcionales para hacer frente a esta situación que además tiene una vigencia temporal limitada de unos tres meses (desde el 14 de marzo al 21 de junio de 2020). (...).

Este Tribunal, desde la perspectiva que nos ocupa, no aprecia que el artículo 25 del Real decreto-ley 26/2020 haya “despojado” al concesionario de ningún derecho

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

“consolidado” reconocido el artículo 34.4 del Real decreto-ley 8/2020, por las razones que pasamos a exponer: (...)

El art. 34.4 del Real decreto-ley 8/2020 ya estableció que los mecanismos de compensación sobre los contratos públicos estaban vinculados a la suspensión de estos contratos o a la imposibilidad de prestación o ejecución del mismo, excluyendo en muchos de sus apartados las previsiones de la Ley de Contratos del Sector público referidas a las indemnizaciones por fuerza mayor. (...) Pero dicha norma establecía que para poder reconocer el derecho a la compensación era necesario apreciar “la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita”, lo cual planteaba problemas interpretativos y de aplicación dado que las autopistas de peaje debieron permanecer abiertas a la circulación sin que llegara a interrumpirse ni la ejecución del contrato ni la prestación del servicio. Fue el artículo 25 del Real decreto-ley 26/2020 el que se encarga de aclarar y especificar cuando no se aprecia esa imposibilidad de ejecución del contrato –cuando “el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma haya sido positivo”, entendiéndose por margen bruto de explotación la diferencia entre ingresos generados y gastos ocasionados, sin incluir amortizaciones ni provisiones por las actividades de explotación de la concesión–. La compensación por esta circunstancia excepcional trataba de evitar que no se pudiera prestar el servicio por lo que la norma tan solo tuvo en consideración que los ingresos cubriesen, al menos, los costes necesarios para prestarlo (personal, mantenimiento, etc. ...).

Como acertadamente señala el Abogado del Estado no se puede confundir la “imposibilidad” con la dificultad de ejecutar un contrato, máxime en este tipo de contratos en los que la duración de la concesión se prolonga durante años y el periodo tomado en consideración queda reducido a unos pocos meses, pues el equilibrio ha de ser valorado en el conjunto de la prestación, lo contrario implicaría que la Administración tendría que asegurar al concesionario frente a toda contingencia que alterara los términos de su prestación. (...).

La sociedad recurrente entiende, sin embargo, que se le priva de las expectativas de obtener una compensación superior, reconocida en el art. 34 del Real decreto-ley 8/2020, que incluiría todos los gastos que la concesionaria debería asumir, incluyendo los gastos financieros y de amortización. Tampoco esta afirmación puede ser compartida, pues lo cierto es que el artículo 34.4 del Real decreto-ley 8/2020 establecía que la compensación incluiría “la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19”. De modo que tampoco el art. 34.4 se refería, como pretende la entidad recurrente, a la inclusión de todos los costes soportados por la entidad sino tan solo sino al

“incremento” de los soportados respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato antes de la pandemia, lo cual no es lo mismo. (...).

En tercer lugar, la recurrente sostiene que el art. 25 del Real decreto-ley 26/2020 al establecer como la única vía posible para proceder al reequilibrio la ampliación del plazo de duración de la concesión, le priva del derecho al reequilibrio vía “modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato” que establecía en el artículo 34.4 del Real decreto-ley 8/2020 y de cualquier derecho al reequilibrio, en el caso de los titulares de contratos de concesión a lo que ya se les ha ampliado el plazo hasta el máximo permitido legalmente, como ocurre en el caso de la sociedad recurrente.

Tampoco esta consideración nos hace albergar dudas sobre la inconstitucionalidad de este precepto porque el hecho de que una ley posterior altere las modalidades por las que se puede hacer efectiva una compensación económica no implica una expropiación sino una mera regulación de los mecanismos de compensación legalmente previstos. Y el hecho de que se fije como única posibilidad la ampliación del plazo de duración de la concesión tampoco le priva de compensación a las sociedades que hubiesen alcanzado el plazo máximo permitido, pues ha de entenderse que esta modificación legal posterior amplía el plazo hasta entonces previsto en los términos regulados en dicha norma».

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

3 Educación e universidades

3.1 Obriga da Administración educativa de prestar auxilio e apoio ao alumnado afectado por dificultades de aprendizaxe (TDAH)

A sentenza do TSXG do 29 de novembro de 2023 (rec. 589/2022, relator: Fernández Barrio) conclúe declarando o incumprimento por un centro público de ensino primario da súa obriga de aplicarlle a un alumno determinado «*las adecuadas medidas de refuerzo y apoyo estipuladas en el Protocolo de Consenso sobre TDAH [Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad] en la infancia y en la adolescencia en los ámbitos educativo y sanitario*». Protocolo «*elaborado por un grupo de trabajo compuesto por especialistas de diversas áreas de la Administración, bajo la coordinación de la Dirección Xeral de Asistencia Sanitaria, Subdirección Xeral de Planificación e Programación Asistencial, Dirección Xeral de Educación, Formación Profesional e Innovación Educativa y Subdirección Xeral de Ordenación e Innovación Educativa e Formación do Profesorado*». De libre acceso en: <https://www.edu.xunta.gal/portal/node/13546#:~:text=Conscientes%20desa%20situaci%C3%B3n%20e%20da%20necesidade%20dunha%20coordinaci%C3%B3n,vida%20de%20moitas%20nenas%2C%20nenos%20e%20persoas%20adolescentes>.

Tras analizar o réxime xurídico aplicable, alcanza as seguintes conclusións:

«(...) no es descabellado plantear que se hacía necesario, al menos preliminarmente, implementar medidas de apoyo educativo, sin perjuicio de derivar el examen de la situación personal del menor a los especialistas que pudieran ofrecer un diagnóstico concreto y certero, a partir del cual ahondar en ese soporte en el aula.

De lo que no cabe duda es de que, en enero, recién comenzado el segundo trimestre, se contaba con el informe preliminar del Dr. XXX, en el cual se recomienda, en todo caso, que se adopten medidas de refuerzo y acomodación propias a las necesidades educativas de apoyo específico.

Por parte del centro se asignaron al menor 2 horas de Pedagogía (PT) y 1 hora de Audición y Lenguaje (AL), únicas medidas que se mantuvieron durante todo el curso escolar. Medidas de atención, que, como se razona en la sentencia recurrida, no fueron todo lo deseablemente completas que podría exigirse, o a las que podría aspirar el alumno en términos teóricos. (...) Se desconoce cuál habría sido el resultado de la implementación tempestiva de esas medidas de apoyo, siquiera a partir del mes de enero, pero lo que se considera relevante es que no se pusieron los medios precisos para mejorar el rendimiento académico del niño, derivando en una repetición de curso que, ante esa omisión, resultó inevitable.

Es un hecho incontrovertido que en el centro escolar se conocía la dificultad en el aprendizaje que presentaba el alumno, aunque hasta el mes de enero no se le adjudicase un diagnóstico que, aun preliminar, resultaba suficientemente expresivo: TDAH.

A partir de ese conocimiento, recae sobre la Administración educativa la carga de acreditar que se activaron los mecanismos previstos en el Protocolo más arriba descrito en aras a potenciar las capacidades del menor, a mejorar su rendimiento académico y a lograr su integración en el aula. Porque, como expone el art. 72.2 de la LO 2/2006, corresponde a las Administraciones educativas dotar a los centros de los recursos necesarios para atender adecuadamente a este alumnado.

No en vano, el art. 71.3 de la LO 2/2006 indica que la atención integral al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo se iniciará desde el mismo momento en que dicha necesidad sea identificada y se regirá por los principios de normalización e inclusión.

Esa demostración no puede cabalmente reputarse satisfecha con la asignación de 2 horas de Pedagogía (PT) y 1 hora de Audición y Lenguaje (AL), cuando ni siquiera consta que se elaborase la evaluación psicopedagógica prevista en el punto 5.3.1.

Tampoco está probado que se dispusieran a favor de un alumno que requería una atención educativa diferente a la ordinaria los medios y recursos necesarios para que alcanzase el máximo desarrollo personal, intelectual, social y emocional (art.

71 de la LO 2/2006); ni que se realizasen adaptaciones del currículo (arts. 3.8 y 20.5 del mismo texto). (...)».

3.2 Obriga do persoal docente de redactar con carácter xeral en lingua galega calquera escrito relativo ao seu desempeño profesional

A sentenza do TS do 20 de novembro de 2023 (rec. 7406/2021, relator: Lucas Murillo de la Cueva) confirma a desestimación do recurso interposto por un profesor dun centro educativo público fronte á imposición pola Xunta de Galicia da obriga de que todos os escritos que redacte no exercicio da súa función se expresen en lingua galega:

«(...) Estamos, en efecto, ante el desempeño de su cometido por un funcionario con capacidad para desenvolverse en las dos lenguas y que pretende imponer su criterio sobre el de la Administración, la cual a partir de las previsiones de la Ley gallega 3/1983 quiere contribuir a la normalización del uso del gallego con las pautas sentadas por el artículo 3 del Decreto 79/2010. (...). El objetivo de normalizar el uso de las lenguas españolas distintas del castellano es plenamente conforme con la Constitución y así lo han declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional y esta Sala. Así, en nuestra sentencia n. 1642/2020, de 1 de diciembre (casación n. 1968/2019), lo hicimos por última vez.

También sucede que el auto de 4 de diciembre de 2008 inadmitió el recurso de casación n. 685/2008 interpuesto por la Asociación Gallega por la Libertad del Idioma, precisamente, contra la sentencia de la Sala de La Coruña de 21 de noviembre de 2007 (recurso 3/2007), la cual así ganó firmeza. La recurrente consideraba contrarios al ordenamiento jurídico, además del artículo 12, el artículo 2 del Decreto 124/2007, de 8 de junio, por el que se regula el uso y la promoción del gallego en el sistema educativo, cuyo contenido es sustancialmente el mismo que el del artículo 3 del Decreto 79/2010. Y la sentencia de esta Sala de 11 de marzo de 2015 (casación n. 598/2013) ha confirmado la legalidad de esta disposición, si bien eran otros los preceptos discutidos y ha dicho que el equilibrio que establece en el uso en la enseñanza del gallego y del castellano es conforme al ordenamiento jurídico.

No tiene razón la Letrada de la Junta de Galicia al sostener que, habiéndose juzgado con anterioridad por la Sala de La Coruña la conformidad a Derecho del artículo 3 del Decreto 79/2010, ya no cabe enjuiciarlo. No es así, pero el Sr. XX no nos ha ofrecido argumentos que justifiquen llegar ahora a una solución contraria a la adoptada en su día por aquélla. En definitiva, en las singulares circunstancias concurrentes que hemos señalado antes, la sentencia de la Sala de La Coruña no es disconforme con el ordenamiento jurídico. (...) en el supuesto de autos, no se ha quebrado el principio de cooficialidad previsto en los artículos 3 de la Constitución y 5 del Estatuto de Autonomía de Galicia».

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

3.3 Anulación directa de matrícula por incorrección dos datos rexistrados na aplicación Nerta por aspirante de acceso ao sistema universitario de Galicia. Non é necesario tramitar un expediente de revisión de oficio

O TSXG, na súa sentenza do 4 de outubro de 2023 (rec. 280/2023, relator: Bolaño Piñeiro), clarifica o procedemento que cómpre seguir cando unha universidade galega detecta que aceptou incorrectamente a matrícula dun alumno procedente de fóra de Galicia, por inscribir na aplicación “Nerta” datos non veraces ou erróneos. Conclúe que se pode efectuar a revogación da matrícula directamente, cun mero trámite de audiencia previo, sen necesidade de incoar un procedemento de revisión de oficio:

«(...) De las notas que realmente tiene el recurrente, se constata claramente que no alcanza la puntuación necesaria para el grado de enfermería en Lugo. El recurrente tiene la obligación de conocer sus notas, y de introducirlas correctamente en el sistema.

No se afirma en la Sentencia apelada que se hayan falseado las notas, sino que existe una clara discrepancia entre lo que consta en la aplicación NERTA, y las notas que tiene el recurrente. Pero la realidad es que el recurrente no alcanza la nota de corte.

No debe olvidarse que el acceso a las Universidades es un procedimiento competitivo en el que únicamente pueden acceder los alumnos que alcanzan las notas de corte, y que el acceso se realiza por estricto orden de puntuación. El apelante no cuestiona que no tenga la nota mínima para el acceso al grado de enfermería en Lugo, y la realidad es que no tiene la nota exigida.

No puede compartirse tampoco la alegación del recurrente respecto a que se trataba de un acto definitivo, que solamente puede modificarse por vía de revisión.

De la normativa aplicable expuesta detalladamente en la resolución recurrida, se constata que cabe legalmente la revocación de la matrícula bien de oficio, como ocurrió en el presente caso, bien a petición de parte.

No es un acto definitivo, hasta que se comprueba la veracidad de los datos grabados por el interesado. No debe olvidarse que se trata de una declaración responsable. Por ello la actuación de la Administración no incurre en causa de nulidad.

En cuanto a la reclamación por daños y perjuicios, debe señalarse que es la propia conducta del recurrente, el cual tiene obligación de grabar correctamente sus datos y de conocer la nota de corte de la carrera seleccionada, la que causó sus desplazamientos.

Por ello no existiendo un acto nulo no puede entenderse que se hayan generado perjuicios al recurrente.

En cualquier caso, no se han acreditado los perjuicios reclamados, ni los morales, ni tampoco el abono del sueldo de un año como enfermero».

3.4 Anulación de procedemento selectivo en universidade pública por incumprimento da taxa de reposición establecida na Lei de orzamentos xerais do Estado. Cesamento obrigado de quen superou a oposición, ao non teren transcorrido máis de dous anos desde o seu nomeamento

A sentenza do TSXG do 29 de novembro de 2023 (rec. 444/2022, relator: Fernández Barrio) estima o recurso interposto pola Administración do Estado fronte á resolución da Universidade de Santiago de Compostela, de outubro de 2019, de convocatoria de probas selectivas de acceso á escala técnica superior da Administración, subgrupo A1 (DOG 14/10/2019).

Conclúe, en primeiro lugar, que non é admisible que nun procedemento selectivo de persoal as prazas reservadas a promoción interna que queden vacantes acrezan as de libre acceso cando con iso se vulnere a taxa de reposición imposta na Lei de orzamentos xerais do Estado:

«(...) Es sabido que la tasa de reposición de efectivos es una ratio que determina el número de funcionarios de nuevo ingreso que pueden incorporarse a una administración pública, en función de las bajas que se hayan producido en el año inmediatamente anterior, cuantificando las jubilaciones, retiros, fallecimientos, renuncias, declaraciones en situación de excedencia sin reserva de puesto de trabajo, pérdidas de la condición de funcionario de carrera, extinciones de contratos de trabajo o cualquier otra situación administrativa que no conlleve reserva de puesto de trabajo o la percepción de retribuciones con cargo a la administración en la que se cesa.

La Administración, en todo caso, no está obligada a incluir en la OEP la totalidad de las plazas que quedaron vacantes en el anterior ejercicio, sino aquellas que, figurando en el Cuadro de Personal y contando con dotación presupuestaria, se conceptúen como más necesarias para el funcionamiento adecuado de los servicios públicos, respetando siempre el límite establecido por la tasa de reposición de efectivos.

No cabe confundir el cómputo de las vacantes a efectos del cálculo de la tasa de reposición con la oferta efectiva de las plazas en un ejercicio.

Como tuvo oportunidad de exteriorizar esta Sala en la sentencia de 27.2.2023, hay que tener en cuenta que la tasa de reposición de efectivos es una institución

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

jurídica de carácter excepcional y temporal en materia de empleo público, normalmente condicionada por restricciones presupuestarias que emanan de la Ley de presupuestos generales del Estado y que tiene como finalidad evitar el continuo incremento de efectivos en las Administraciones Públicas. Como consecuencia de ello, la Administración tiene la obligación de respetar la legislación presupuestaria básica del Estado aprobada al amparo de los artículos 149.1.13^a y 156.1 de la Constitución española, como nuevo límite en la aprobación de la oferta de empleo público y en la selección de personal de nuevo ingreso.

La aplicación de lo decidido en la sentencia apelada ha propiciado un incumplimiento de la normativa básica, porque ha otorgado carta de naturaleza a que se rebasase la tasa de reposición de efectivos establecida legalmente, ya que en el cálculo no computan las plazas de promoción interna, y, por el contrario, sí cuentan en el turno libre, de modo que si se acumulan al turno libre –como así ha acontecido– las plazas desiertas en el turno de promoción interna, el resultado es que ha superado el número de efectivos de nuevo ingreso que se podían incorporarse a la función pública, que es precisamente el objetivo que se persigue con el establecimiento de aquella tasa de reposición de efectivos.

Piénsese que la promoción interna vertical consiste en el acceso a un grupo o subgrupo superior por parte de personal funcionario perteneciente a cuerpos o escalas del subgrupo o grupo inmediatamente inferior (artículo 80.1 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia), de modo que quien accede de ese modo ocupa una plaza del grupo superior pero deja libre la plaza que ocupaba en el grupo inferior, y sin embargo en el turno libre quien supera el proceso selectivo genera un nuevo ingreso en el empleo público con la consiguiente repercusión presupuestaria.

Es decir, personal de nuevo ingreso es el derivado del turno libre, no el procedente de promoción interna, que es la razón de que no compute este último en la tasa de reposición.

En definitiva, si se permite la acumulación al turno libre de las plazas desiertas del turno de promoción interna se hace factible el incumplimiento de la tasa de reposición (así, si se incluyen en la OEP plazas reservadas para promoción interna a sabiendas de que no se van a cubrir y posteriormente se acumulan a las del turno libre se produce un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él: artículo 6.4 del Código Civil y Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 2016 y 2017).

En cada una de las OEP ya se tienen en cuenta las limitaciones presupuestarias, pero para aplicarlas en cada convocatoria ya hemos visto que ha de impedirse que acrezcan a un turno (el libre), que computa para la tasa de reposición, las desiertas en otro turno (el de promoción interna) que no computa para dicha tasa, porque

si no se hace así no se consigue el objetivo de las Leyes de Presupuestos de impedir el mayor gasto público derivado de la incorporación al empleo público de personal de nuevo ingreso en cantidad mayor al máximo establecido (...)».

En segundo lugar, considera que non lle resulta aplicable aos catro candidatos que superaron o proceso selectivo polas prazas “acrecidas” a xurisprudencia sobre “conservación” de nomeamentos en oposicións anuladas xudicialmente:

«Analizando las resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Supremo acerca de la aplicación de ese principio, comprobamos que ninguna de ellas se refiere a un supuesto como el aquí analizado, en el que se ha conculcado la normativa estatal atinente a la estabilidad presupuestaria; y además en ellas se tomaba en consideración el largo tiempo transcurrido desde el nombramiento como funcionarios y la sentencia dictada. (...) Nuestro caso es distinto: se anula una de las bases de la convocatoria, de modo que ninguna de las cuatro plazas obtenidas por los codemandados tendría que haberse ofrecido, dado que eran fruto de un crecimiento ilícito; se ha quebrantado la legislación presupuestaria nacional; solo han transcurrido dos años desde el ingreso de los codemandados en la Universidad».

Regap



4 Estranxeiría

4.1 Sanción de expulsión por permanencia irregular en España, coa agravante de indocumentación

O TS, na súa sentenza do 29 de novembro de 2023 (rec. 7090/2020, relator: Huet de Sande), referida a Galicia, repasa o último cambio xurisprudencial sobre a diatriba entre expulsión ou multa suscitada respecto da sanción impositiva pola infracción administrativa cometida por inmigrantes pola súa permanencia irregular en España. Conclúe que, se non concorren circunstancias agravantes, só se debe impor, nun primeiro momento, a sanción de multa pecuniaria. Pero tamén que, de se acreditan agravantes, procede a expulsión directa. Respecto da agravante consistente en “acharse indocumentado”, efectúa as seguintes consideracións de interese:

«(...) la STS 1247/2022, de 5 de octubre, rec. 270/2022, ha precisado 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, comprometiendo la tramitación del procedimiento [...] [C]omo 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”.

Se añade a la situación de carecer de documentación, la circunstancia de ignorar por esa ausencia no solo los datos personales, sino la forma de entrada en territorio nacional (sentencias de 26 de diciembre de 2007; 14 de junio de 2007; y de 5 de junio de 2007). En relación con esta circunstancia, lo cierto es que la jurisprudencia también apreció como agravante únicamente la de ignorarse cuándo y por donde se efectuó la entrada en España, STS de 28 de febrero de 2007, recurso 10263/2003, ratificando este criterio la más reciente STS de 12 de enero de 2022, recurso 7746/2020, –FD 3.º párrafo penúltimo–. (...).

Este hecho, estar indocumentado, ha sido calificado por nuestra jurisprudencia como circunstancia de agravación que justifica la imposición de la sanción de expulsión. Ya hicimos referencia a esta cuestión anteriormente.

Y esta circunstancia de la indocumentación del recurrente, constatada en la resolución impugnada, no ha sido posteriormente subsanada, como se alega, siendo a este respecto contundentes las objeciones que se reflejan en la sentencia del Juzgado sobre la defectuosa acreditación de la identidad del recurrente, así como de su relación de parentesco con quien afirma ser su tío, a la vista de la insuficiente y confusa documentación aportada por éste sobre tales extremos en vía administrativa y judicial (no aporta pasaporte, no presenta la tarjeta de identidad senegalesa en el acto del juicio, la documentación sobre la identidad de la madre, con la finalidad de acreditar el parentesco con su tío residente legal, es deficiente, etc.). (...) Constatada la existencia de una circunstancia de agravación, la indocumentación del recurrente, y no concurriendo otras circunstancias relevantes, al no poder tenerse por acreditado arraigo en España, la decisión adoptada, tanto por el Juzgado como por la Sala de Galicia, de confirmar la resolución administrativa de expulsión debe ser asimismo confirmada, con desestimación del recurso de casación interpuesto».

4.2 Posibilidad de presentar simultáneamente unha solicitude de protección internacional (asilo) con outra de autorización de residencia por arraigamento laboral

Así o conclúe o TSXG, entre outras, na súa sentenza do 18 de outubro de 2023 (rec. 180/2023, relator: Bolaño Piñeiro), insistindo en que:

«(...) Aun cuando existen pronunciamientos judiciales contrarios, esta Sala considera que aunque haya de calificarse como regular la situación del demandante, con estatuto de solicitante de protección internacional, ello no implica un derecho de permanencia estable y análogo al que otorga una autorización de residencia, como pudiera ser la pretendida, siendo lógico que el extranjero en la situación de pendencia sobre su solicitud de protección internacional tenga interés en regularizar de forma estable su situación, lo cual no puede serle vetado si alcanza realmente un arraigo en el país entretanto, como puede ser el arraigo laboral

referido, y más si se considera que la situación de pendencia viene derivada de la demora de la propia Administración al resolver sobre la situación inicialmente interesada de protección internacional».

5 Medio ambiente e urbanismo

5.1 Parques eólicos. Requisitos do trámite de información pública do proxecto de obras e do seu estudo ambiental

O TSXG, nunha serie continuada de sentenzas (relacionadas en números anteriores desta revista), anulou diversas autorizacións da Xunta de Galicia outorgadas para a instalación ou ampliación de parques eólicos. Entre outros motivos, ao apreciar na maioría dos casos a concorrencia de tres defectos acumulativos:

En primeiro lugar, pola necesidade –ao seu entender– de que os informes preceptivos se soliciten e obteñan antes do inicio do trámite de información pública do proxecto e estudo de avaliación ambiental (non emendándose o defecto se se emiten despois).

En segundo lugar, ao considerar que a redución da fase de exposición pública do proxecto e estudo ambiental a só 15 días, amparada na disposición adicional 1ª.4 Lei 8/2009, do 22 de decembro, reguladora do aproveitamento eólico en Galicia (actuacións declaradas de “interese especial”), vulnera o artigo 6.7 da Directiva 2011/92, do 13 de decembro, relativa á avaliación das repercusións de determinados proxectos públicos e privados sobre o medio ambiente (modificada pola Directiva 2014/52), no que –con efecto directo– se exige un prazo mínimo de 30 días.

En terceiro lugar, pola indebida segregación en fraude de lei, como parques independentes de pequena entidade aparente, de ámbitos moito máis amplos que realmente conforman unha unidade, sometida a normativa ambiental máis restritiva.

O TS, na súa sentenza do 21 de decembro de 2023 (rec. 3303/2022, relator: Huet de Sande), resolve as dúas primeiras cuestións controvertidas, en sentido discrepante coa sala de instancia. Estima así a casación, confirmando a autorización previa e de construción do parque eólico de Corme G-3 (modificación substancial por repotenciación), no termo municipal de Ponteceso.

Rexeita o argumento do TSXG sobre o momento no que se deben solicitar e incorporar os informes preceptivos, fixando a seguinte doutrina xurisprudencial:

«La Directiva 2011/92/UE (...), y la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, no imponen que, en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental ordinaria de proyectos, antes de la información pública deba realizarse el trámite de consultas a las autoridades, sin que ello excluya que las particularidades que puedan concurrir reclame la puesta a disposición del público de alguna información que haya debido ser recabada previamente de las Administraciones afectadas por el proyecto, por demandarlo, en las circunstancias del caso, la efectividad

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

de su participación; ello demandará el imprescindible esfuerzo argumental sobre la incidencia de la omisión de tal información en la efectividad del derecho a la participación del público en el procedimiento ambiental».

E rebate tamén o criterio da sala de instancia sobre a extensión mínima da exposición pública do proxecto eólico co seu estudo ambiental:

«porque los dos preceptos en los que sustenta la improcedencia de la reducción del plazo del trámite de información pública, el art. 36.1 LEA y el art. 6.7 de la Directiva, no resultan de aplicación al supuesto analizado.

El art. 36.1 de la LEA, establece, efectivamente, que “El promotor presentará el proyecto y el estudio de impacto ambiental ante el órgano sustantivo, que los someterá a información pública durante un plazo no inferior a treinta días hábiles[...]”, pero este precepto no tiene carácter básico en cuanto al plazo, de conformidad con su disposición final octava, apartado 2.b, por lo que sólo resulta de aplicación a la Administración General del Estado y a sus organismos públicos, según en ella misma se indica.

Y el art. 6.7 de la Directiva 2011/92/UE, en la redacción dada por la Directiva 2014/52/UE, al disponer que “el plazo fijado para la consulta del público interesado sobre el informe de evaluación del impacto ambiental a que se refiere el artículo 5, apartado 1, no será inferior a 30 días”, se refiere al “público interesado” y no al “público”, conceptos diferentes, según se encarga de definir la propia Directiva en su art. 1.2, apartados d) y e), (en términos similares, el Convenio Aarhus, art. 2, apartados 4 y 5) (...). También en parecidos términos (no muy diferentes de los que utiliza la Ley 27/2006, art. 2, apartados 1 y 2) se pronuncia la LEA en su art. 5.1, apartados f) y g) (...).

La participación del “público” y la de las “personas interesadas” son dos formas de participación de la sociedad en la evaluación ambiental que no son exactamente coincidentes. La información pública es una modalidad de participación ciudadana en la que el público interviene sin necesidad de justificar la condición de interesado, como simple miembro de la comunidad, al ser el medio ambiente un bien de interés colectivo cuya protección a todos incumbe, no sólo a los poderes públicos. En cambio, la participación de las “personas interesadas” –en palabras de la LEA– o “público interesado” –en palabras de la Directiva– responde a la protección de un interés o círculo de intereses más específico que abarca a quienes se consideran interesados en el procedimiento administrativo y a las organizaciones ambientales, interés, individual o colectivo, que ha de justificarse».

5.2 Plan reitor de uso e xestión do Parque Nacional Marítimo-Terrestre das Illas Atlánticas de Galicia. Inexistencia da inclusión nel de medidas restritivas de actividades económicas para protexer as aves

A sentenza do TS do 21 de novembro de 2023 (rec. 1334/2022, relator: Lesmes Serrano) confirma a desestimación do recurso promovido pola Sociedade Galega de Ornitoloxía para o Estudo e Conservación das Aves Silvestres fronte ao Decreto 177/2018, do 27 de decembro, aprobatorio do Plan reitor de uso e xestión do Parque Nacional Marítimo-Terrestre das Illas Atlánticas de Galicia (DOG 18/02/2019). Incide en que:

«(...) El art. 20 de la vigente Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales, en su apartado 6 contempla como contenido optativo de un Plan Rector de Uso y Gestión de un Parque Nacional las medidas de compatibilidad entre las actividades económicas tradicionales a desarrollar en el interior del espacio protegido objeto de planificación y las medidas de conservación de las especies y ecosistemas concernidos, pudiendo tal determinación realizarse en otros instrumentos normativos siempre que tengan una finalidad protectora de esas especies y ecosistemas, como singularmente acontece en nuestro caso con el Plan Director de la Red Natura 2000 de Galicia y sus instrumentos de desarrollo.

En definitiva, la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales puede incluir en el PRUG aquellas medidas por las que aboga la parte actora para la mejor protección de aquellas especies de aves que pudieran estar en peligro de extinción, pero no está obligada a hacerlo por nuestro ordenamiento jurídico máxime cuando dispone de otros instrumentos con los que puede cumplir con esa finalidad protectora aunque respetando siempre el marco regulatorio establecido en el PRUG».

5.3 Revisión de plan xeral de ordenación municipal. Requisitos formais

O TSXG, na súa sentenza do 13 de novembro de 2023 (rec. 4165/2021, relator: Recio González), desestima un recurso interposto fronte á revisión do Plan xeral de ordenación municipal de Ponteareas aprobada definitivamente en setembro de 2021, na súa totalidade. Respecto do réxime transitorio aplicable a esta revisión estima que:

«(...) no puede considerarse que proceda la anulación del Plan porque se tramitara conforme a la LOUGA, atendida la circunstancia de que ya se había producido una primera aprobación provisional en la fecha de entrada en vigor de la LSG, habiéndose alcanzado el trámite previsto en el artículo 85.7 de la LOUGA, aunque con posterioridad fueran necesarias otras dos aprobaciones provisionales atendida la circunstancia de que por la Administración autonómica se impusieron ciertas

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

correcciones que impidieron la aprobación definitiva; y por aplicación de la normativa transitoria, se garantiza que el plan no nace obsoleto (...)».

Considera también, con extensa fundamentación, que non constitúe vicio determinativo da nulidade do plan a omisión durante a súa tramitación do informe en materia de solos contaminados e sobre calidade do solo exigido no artigo 47 da derogada Lei 10/2008, de residuos de Galicia, así como do informe de protección civil requirido na disposición adicional 5ª da Lei 5/2007, do 7 de maio, de emerxencias de Galicia. Analiza a solvencia do informe de sustentabilidade ambiental, con especial referencia ás zonas inundables e ás incendiadas delimitadas no plan básico autonómico. Examina as diferenzas entre o estudo económico e a memoria de sustentabilidade económica do plan, concluíndo a suficiencia de ambos. Tamén a innecesariedade de abrir un segundo trámite de información pública polos cambios operados entre a aprobación inicial e a última provisional, dado que:

«(...) puede haber modificaciones por las alegaciones en el trámite de información pública, por los informes sectoriales o como consecuencia de que se impongan correcciones por la Administración autonómica para su aprobación definitiva; de forma que no responden a una decisión potestativa de cambio de criterio respecto del modelo escogido, y los cambios impuestos no conceden margen de discrecionalidad sino que son cambios impuestos por la legalidad, como resulta de los informes técnicos municipales. Y que de los cambios a que hace referencia la parte demandante, los que estaban incorporados a la versión aprobada provisionalmente por el Pleno de 07.10.2016, son los referentes a la reducción del suelo urbanizable no delimitado.

Así, y con relación al suelo de núcleo rural y alternativa elegida, entre la versión inicial y la definitiva hubo un cambio cuantitativo del 41 % de la superficie clasificada como suelo de núcleo rural, cuya explicación viene dada por el incumplimiento de parámetros reglados del artículo 13 de la LOUGA relativo a los criterios para la delimitación de la clase de suelo de núcleo rural, dando lugar al requerimiento por la Consellería para eliminar 8 bolsas de suelo por no responder a la definición de suelo de núcleo rural; el ajuste del perímetro a las huellas físicas de diez núcleos rurales y otros diez polinucleares; el reajuste del perímetro de los núcleos histórico tradicionales a la distancia máxima de 50 metros a las edificaciones tradicionales de unos 75 núcleos y otros 50 polinucleares; subsanar el incumplimiento de la consolidación mínima en 46 núcleos y otros 25 polinucleares; eliminación de la parcelas vacantes en el perímetro de los núcleos sin crecimiento de 34 núcleos y otros 17 polinucleares. Y todos ellos son cambios tasados, corregidos en el documento definitivo según las indicaciones dadas. Ello da lugar a que se clasifique como suelo rústico, igualmente reglado y no discrecional.

Y además la Consellería indicó el incumplimiento vinculado al cálculo de la capacidad residencial del PGOM, atendida la disparidad entre las viviendas previstas

y las computadas en la justificación de la capacidad residencial, considerando los coeficientes no justificados y rechazando los métodos utilizados para el cálculo».

5.4 Proxecto de estación de subministración de carburantes *vs.* competencia técnica universal dos arquitectos superiores

O TSXG clarifica esta cuestión na súa sentenza do 29 de setembro de 2023 (rec. 4040/2023, relator: Díaz Casales), concluíndo que os proxectos de estacións de servizo que inclúan usos comerciais, aínda que sexan subscritos por un titulado en arquitectura superior, necesitan do complemento dun enxeñeiro industrial, non bastando o enxeñeiro técnico industrial.

«(...) En la sentencia recurrida el juzgador transcribe ampliamente la sentencia que dictamos el 27 de junio de 2022 (recaída en el recurso de apelación 4026/2022) y en la que confirmamos en criterio sentado por la St. del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Pontevedra, señalando que los Ingenieros Técnicos Industriales no resultan competentes para redactar proyectos de instalación de gasolineras o estaciones de suministro de combustibles y en la que, a su vez, reiteramos lo mantenido en la St. de 3 de julio de 2020 (dictada en el recurso de apelación núm. 4023/2019). (...) una vez decretada la incompetencia de los INGENIEROS TÉCNICOS la admisión por parte de la interesada, de que el proyecto de edificio comercial fue redactado por una ARQUITECTA, y que el mismo fue complementado por lo que hace a la estación de suministro por el redactado por el INGENIERO TÉCNICO INDUSTRIAL, resulta determinante de la desestimación de los recursos de apelación, ya que si el proyecto de la Arquitecta debió ser complementado es porque resultaba insuficiente por sí mismo y, siendo así, solo podría ser completado por un profesional con la habilitación suficiente que, como advertimos en la sentencia transcrita por el juez de instancia –confirmada por el TS– un ingeniero técnico no lo es».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

6 Persoal

6.1 Relación de postos de traballo. As xefaturas de servizo de especial responsabilidade deben reservarse ao subgrupo “A.1”, con exclusión do “A.2”

O TSXG, na súa sentenza do 29 de novembro de 2023 (rec. 469/2021, relator: Seoane Pesqueira), anula en parte a relación de postos de traballo (RPT) da Consellería de Sanidade e Sergas aprobada polo Consello da Xunta de Galicia o 29 de xullo de 2021 (DOG 18/08/2021) por non motivar debidamente a apertura ao subgrupo “A.2” de determinadas xefaturas de servizo para as que ata entón se exixía titulación universitaria do subgrupo “A.1”.

A sentenza insiste, en primeiro lugar, en que na modificación dunha RPT «a poptestade de autoorganización debe respectar en todo caso os principios constitucionais de mérito e capacidade, que rexen en materia de función pública (artigos 23.2 e 103.3 da Constitución española), de modo que poidan seleccionarse as persoas máis idóneas para desempeñar os postos que se convoquen». E sobre o suposto concreto analizado conclúe que:

«Según el artículo 76 del EBEP, la inclusión en cada uno de los subgrupos A1 y A2 ha de realizarse en fusión de dos criterios cuales son el nivel de responsabilidad a desempeñar en el puesto de trabajo y las características de las pruebas de acceso. La justificación que se invoca hace referencia a algo puntual y no estructural, y además desvinculado del mérito y la capacidad, así como de la alteración de la responsabilidad del puesto, cual es la dificultad para cubrir las vacantes, ya que los destinatarios encuentran en el sistema asistencial puestos más atractivos, atendidas las condiciones de trabajo, lo cual se une al objetivo de enriquecer el desarrollo de las actividades en salud pública y aumentar el carácter multidisciplinar de los puestos. Se atiende, pues, a los principios de eficacia y eficiencia, pero se desconocen los básicos de mérito y capacidad, pues no se persigue la cobertura de las jefaturas de servicios con quienes ofrezcan mejores condiciones de idoneidad, sino de asegurar esa cobertura en todo caso. Tal como afirma la actora, se prescinde de las titulaciones universitarias de grado y se apela a una hipotética formación y experiencia profesional del eventual ocupante del puesto para suplir la carencia de titulación. Y ello sin que se hayan modificado previamente las funciones de dichos puestos, pues continúan siendo las mismas que cuando la exigencia era del grupo A1. (...).

Lleva razón el demandante cuando alega que las aperturas propuestas tienen como objetivo acomodar los puestos a quien se pretende que los ocupen más que adecuar los perfiles profesionales de los cuerpos y escalas que deben proveer estos puestos a las funciones y responsabilidades de los mismos, ya que en ningún momento se realizó un estudio previo de las funciones y responsabilidades concretas de los puestos.

Tampoco puede servir como motivo justificativo que la Administración considere que la Ley 17/1989, de 23 de octubre, de Creación de Escalas del Personal Sanitario al Servicio de la Comunidad Autónoma, tiene cada vez menos efectivos sin posibilidades de recambio, porque ello se habrá producido por falta de previsión, al no haber convocado los procesos selectivos necesarios. En todo caso, esa no puede ser una razón para forzar la cobertura con personal que no presente las condiciones de idoneidad exigibles.

Hay que pensar que si se permite a funcionarios con menor titulación el acceso a puestos para los que no demuestren idoneidad, no sólo se perjudicará a quienes poseen estudios superiores, sino que se orillará la exigencia de seleccionar a los

funcionarios que acrediten mayores mérito y capacidad, ello sin perjuicio de las menores garantías de cara a la observancia de las exigencias de cumplimiento del interés público. (...).

Frente a los anteriores argumentos no cabe acoger la alegación, por la Letrada de la Xunta de Galicia, de la prevalencia del invocado principio de libertad con idoneidad, porque en el caso presente no se ha justificado que ostenten la idoneidad exigida quienes puedan acceder a las jefaturas de servicio como consecuencia de la apertura producida. De hecho, en la RPT de 2016 sólo se consideraba idóneos a quienes perteneciesen al subgrupo A1, y, sin que se acredite una modificación de funciones ni alteración del nivel de responsabilidad, se abre ahora la posibilidad al subgrupo A2, con una débil justificación derivada de las dificultades de cobertura por la inexistencia de candidatos, unido al objetivo, tampoco acreditado, de enriquecer el desarrollo de las actividades en salud pública y aumentar el carácter multidisciplinar de los puestos».

6.2 Equiparación de retribuciones (complemento específico) de postos que na realidade desempeñan as mesmas funcións

A sentenza do TSXG do 2 de novembro de 2023 (rec. 307/2022, relator: Seoane Pesqueira) estima o recurso promovido por varios funcionarios da Xunta de Galicia que exixen a equiparación, á alza, dos seus complementos específicos retributivos cos doutros postos comparables que realizan –na realidade– as mesmas funcións, considerando que:

«(...) tanto los trabajadores sociales del equipo de Pontevedra como los de Vigo realizan las mismas funciones, sin que se reseñe diferencia alguna entre los puestos desempeñados por unos y otros por razón de especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad, que son los parámetros que, según el artículo 23.3 de la Ley 30/1984, y 137 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, constituyen las condiciones particulares de los puestos de trabajo que determinan la fijación del complemento específico. Es decir, según el informe mencionado, los miembros de los órganos de valoración y asesoramiento de la discapacidad de los equipos de Vigo y Pontevedra desempeñan las mismas funciones recogidas en el artículo 7 de la Orden de 25/11/2015, y no consta diferencia alguna en las condiciones particulares de dichos puestos en contraste. Por ello, es lógico que el médico y psicólogo (que constituyen el otro personal de los EVO) tengan el mismo complemento específico, y sin embargo no se explica racionalmente la razón de la diferencia en el caso de los trabajadores sociales quienes, como hemos visto, desarrollan los mismos cometidos y no consta que los desempeñan en distintas condiciones, siendo así que sería carga de la prueba de la Administración, con arreglo al principio de facilidad probatoria (artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la demostración de esos

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

distintos parámetros de especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad».

6.3 Abuso dos nomeamentos temporais na sanidade pública galega

O TS, na súa sentenza do 12 de xullo de 2023 (rec. 641/2021, relator: Pico Lorenzo), reafirma, respecto do Servizo Galego de Saúde –SERGAS–, a súa xurisprudencia consolidada, consistente en que:

«(...) en un caso como el que enjuiciamos, en que se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 Estatuto Marco del Personal Estatutario la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 9.3, último párrafo, de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud».

É dicir, ata que se cree a correspondente praza estrutural e se provexa na forma legalmente establecida.

7 Proceso contencioso-administrativo

7.1 Requisitos formais do expediente administrativo que se debe remitir ao xulgado ou tribunal

O TS, na súa interesante sentenza do 28 de novembro de 2023, desestimatoria do recurso interposto polo Concello de Granada contra o acordo do Consello de Ministros do 5 de decembro de 2022 polo que se elixiu A Coruña como futura sede da Axencia Española de Supervisión de Intelixencia artificial –AESIA–, insiste na obriga das administracións públicas de enviar os seus expedientes ao órgano xudicial por vía electrónica, en formato dixital e cun índice detallado que permita acceder de maneira sinxela e áxil a cada un dos seus contidos (rec. 78/2023, relator: Pico Lorenzo, FD “cuarto”):

«(...) Conviene recordar que el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, nos dice lo que se entiende por expediente administrativo, esto es un conjunto ordenado de documentos que sirven de antecedente a la resolución administrativa, o en el caso de impugnación de disposiciones generales, los antecedentes de aquellas.

El mismo precepto nos indica en su apartado segundo que tendrá formato electrónico con un índice de todos los documentos en línea con las previsiones de la derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, sobre Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos.

Añade que, cuando en virtud de una norma –en lo que a la jurisdicción contencioso-administrativa concierne el artículo 48 LJCA–, sea preciso remitir el expediente electrónico se hará de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y en las correspondientes Normas Técnicas de Interoperabilidad y acompañado de un índice que garantiza su integridad e inmutabilidad. El que pueda editarse un documento no significa que pueda ser mutado. Aquí incluso se indica la referencia a un algoritmo que impide tal conducta.

El artículo 48 de la LJCA en su apartado cuarto exige también un índice, aunque los tribunales de justicia en demasiados casos para no causar perjuicios al ciudadano acepten los expedientes remitidos por las Administraciones sin el precitado índice como aquí acontece. (...). Ha de insistirse en que la exigencia legal del índice resulta no solo razonable sino también por cuestión de diligencia y eficacia a la hora de permitir una consulta ordenada de toda la documentación obrante.

Ese índice lateral izquierdo cuando el expediente es electrónico o de la Administración digital ha de permitir su consulta desplegando las hojas sin necesidad de visualizar todas las páginas cada vez que se opte por comprobar o contrastar un dato. Lo anterior es lo que permiten los documentos digitalizados en PDF con el servicio de índice, es decir, al colocar el cursor sobre el apartado correspondiente se abre en la página buscada, aunque el documento en PDF tenga miles de páginas (un ejemplo el código electrónico COVID-19 Derecho Europeo y Estatal del Boletín Oficial del Estado y los demás códigos electrónicos editados por el Boletín Oficial del Estado, otro ejemplo es la Memoria del Tribunal Supremo 2022, recientemente repartida a los Magistrados en un dispositivo pen drive).

No se trata solo de que el Ministerio de Justicia cree un Espacio Digital como la solución tecnológica que la Dirección General de Transformación Digital pone a disposición de la Administración de Justicia para acceder al servicio de acceso remoto seguro a la información y resto de soluciones que se usan en las distintas sedes judiciales. Es preciso que los expedientes administrativos remitidos por las administraciones públicas cumplan los parámetros necesarios para una consulta ordenada, rápida y eficiente. El remitido por el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática no es uno de ellos.

Y no está de más reproducir lo reiterado en las sentencias más arriba indicadas que se dijo en el fundamento octavo de la STS de 8 de mayo de 2015, recurso 422/2014 respecto a que:

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

“es el Juez quien tiene la última y definitiva palabra tanto sobre el contenido e integración del expediente como sobre su ordenación y confección.”».

7.2 Inexecución de sentenza por imposibilidade legal ou material: Establecemento simultáneo de indemnización substitutiva

A sentenza do TS do 29 de novembro de 2023 (rec. 7947/2021, relator: Requero Ibáñez), referida a Galicia, establece os seguintes criterios respecto da indemnización aboable ao recorrente en substitución dunha sentenza declarada inexecutable:

«1º Que una vez declarada la imposibilidad total o parcial de ejecutar la sentencia en sus propios términos, salvo que el ejecutante renuncie o no ejercite su derecho expresa o tácitamente, el juez o tribunal deberá procurar sustituir la ejecutoria por un equivalente económico. Así lo ordenan los artículos 105.2 de la LJCA en relación con el artículo 18.2 de la LOPJ.

2º Procedimentalmente, del artículo 105.2 de la LOPJ no se deduce que una inejecutabilidad de lugar a dos incidentes: uno para juzgar si, realmente, es imposible la ejecución total o parcial de la sentencia; y, seguidamente, firme la declaración de imposibilidad, un segundo incidente para concretar el alcance de la ejecución en el equivalente. El artículo 105.2 de la LJCA sólo prevé que la Administración plantee la inejecutabilidad en el plazo del artículo 104.2 y que con audiencia de las partes o, en su caso, interesados, el juez o tribunal juzgue sobre la imposibilidad, adopte las medidas para la mayor efectividad de lo juzgado y, en su caso –en el sentido expuesto–, fije una indemnización.

3º La improcedencia de los conceptos o de las cuantías que invoque el ejecutante para integrar su derecho a ser resarcido no extingue su pretensión expresa: que se le resarza. Esto apodera al juez o tribunal para concretarla, llegado el caso, en una cuantía a tanto alzado o global que, ponderadamente, entienda procedente. Cómo se califique el daño resarcible –moral, pérdida de oportunidad, etc.– es en buena medida secundario, pues declarada la imposibilidad de ejecutar lo sentenciado, por mandato legal debe resarcirse al ejecutante.

4º De resarcirse por “daño moral”, en puridad no es preciso probarlo pues va implícito en la frustración del derecho fundamental a la ejecución de la sentencia en los propios términos; ahora bien, al concretar el resarcimiento en una cantidad a tanto alzado, el juez o tribunal debe dar razón de cómo llega a esa cuantía y que con ella como equivalente, no obtiene el ejecutante ni un beneficio superior al que se derivaría de la ejecución de la sentencia en sus propios términos, ni superior a lo que pretendió como equivalente».

8 Responsabilidade patrimonial

8.1 Reclamación indemnizadora polos prexuízos derivados da suspensión de actividade de hostalaría e restauración polas medidas sanitarias adoptadas durante a pandemia de COVID-19

O TS, na súa sentenza do 20 de novembro de 2023 (rec. 274/2022, relator: Lesmes Serrano), desestima a demanda formulada por unha mercantil dedicada á explotación dunha área de servizo (con hotel-restaurante, cafetaría e gasoleira) fronte á Administración do Estado e a Xunta de Galicia, polos prexuízos padecidos como consecuencia das restricións sanitarias da primeira fase da pandemia de COVID-19. O alto tribunal conclúe que o funcionamento da Administración, ao establecer estas medidas, non foi “anormal”, senón adecuado e proporcionado, non incorrendo en antixuridicidade, debendo os cidadáns soportalas. Nega tamén que estas restricións tivesen natureza expropiatoria. Analiza con profusión a institución da responsabilidade patrimonial do estado lexislador, así como as peculiaridades do “estado de alarma” previsto na nosa Constitución. Finalmente conclúe que:

«A juicio de la Sala, la pandemia producida por el virus denominado técnicamente SARS-COV-2 se ajusta a esa definición de fuerza mayor porque constituyó un acontecimiento insólito e inesperado en el momento en el que surgió y por la forma en la que se extendió por todo el planeta en sus primeros momentos, inicio y desarrollo completamente ajeno a la actividad de las Administraciones Públicas. (...) [Pero] los daños que ahora se reclaman no se imputan a la pandemia, aunque esta sea causa remota de esos daños, sino a las medidas adoptadas por los poderes públicos para tratar de frenar su desarrollo. (...) Por ese motivo el juicio sobre esas medidas no puede quedar descartado por el hecho de calificar la pandemia con las características de la fuerza mayor en relación con determinados daños. No habrá ruptura del nexo causal y nacerá la responsabilidad patrimonial cuando los daños no fueren directamente imputables a la enfermedad sino a las medidas adoptadas para hacerla frente, medidas que pueden ser juzgadas desde la perspectiva de la responsabilidad por su razonabilidad, grado de intensidad, proporcionalidad o duración (...).

Ahora bien, para juzgar el acierto o desacierto de las medidas adoptadas por los poderes públicos en los primeros meses de pandemia, entre ellas las contempladas en los Reales Decretos de estado de alarma, no podemos estar a los conocimientos científicos actuales sino a los existentes cuando la pandemia comienza a desplegar sus efectos. Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en la STC 148/2021, al señalar que las medidas que se tomaron lo fueron de acuerdo con el conocimiento científico de la epidemia habido entonces, no resultando desproporcionadas esas medidas a la vista de la situación existente. Añadiendo el Tribunal que su procedencia o eventual desacierto no pueden ni deben considerarse o enjuiciarse

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

conforme a lo conocido con posterioridad –la denominada cláusula hindsight o sesgo retrospectivo de la jurisprudencia anglosajona–, ni genera responsabilidad incluso cuando fueren mejorables a la vista de los conocimientos adquiridos luego. Mismo criterio de no retrospección mantenido por nuestro Tribunal Supremo cuando ha declarado la prohibición del regreso lógico desde acontecimientos futuros (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fechas 14 y 15 de febrero de 2006; 7 de mayo de 2007 y 10 de junio de 2008 y Sala Tercera en Sentencia de fecha 14 de noviembre de 2001, Rec. 8397/1997) –contagios de Hepatitis C– y otras muchas, como se encarga de recordar el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda. (...).

Pues bien, no cabe duda de que el conjunto de medidas adoptadas por las Administraciones Públicas durante la gestión de la crisis sanitaria estuvo condicionado por los conocimientos científicos existentes en cada momento, muy escasos de certezas, tanto en lo relativo a la forma de transmisión del coronavirus y al impacto real de la propagación, como a las consecuencias a medio y largo plazo sobre la salud de las personas afectadas en mayor o menor medida por el virus. Con arreglo a esos conocimientos, las medidas de distanciamiento social, el confinamiento domiciliario y la limitación extrema de los contactos y actividades grupales fueron las únicas medidas que se acreditaron como eficaces para limitar los efectos de una pandemia completamente imprevisible y de dimensiones desconocidas hasta entonces. Como sabemos, esas fueron precisamente las medidas principalmente contempladas en los Reales Decretos de alarma, que fue el instrumento normativo adoptado por el poder público para minimizar los enormes daños que se estaban produciendo.

No resulta ocioso recordar ahora, que el Tribunal Constitucional desde su prematuro auto 40/2020, de 30 de abril –ya analizado– y sus posteriores Sentencias asimismo estudiadas en el Fundamento Quinto de esta resolución, haya validado por sus notas de necesidad, proporcionalidad e idoneidad según cada hito de evolución de la pandemia en el país –esto es, de forma dinámica– las medidas controvertidas, pese a incidir, limitando el ejercicio de los derechos fundamentales implicados por mor de la finalidad legítima de salvaguardar bienes jurídicos esenciales, –en ese momento expuestos a un riesgo efectivo y desconocido en sus implicaciones– que exigió que se postergara a un momento más propicio, según los índices epidemiológicos conocidos en el devenir diario de la evolución de la pandemia, su pleno ejercicio. (...).

Como hemos ya razonado ampliamente, los daños se imputan a las normas jurídicas dictadas para frenar la expansión de la pandemia, muy especialmente los Reales Decretos de estado de alarma, y esas disposiciones han sido juzgadas por el Tribunal Constitucional desde la perspectiva de los principios y valores constitucionales, llegándose a unas conclusiones diferentes de las sostenidas por la parte. La actuación administrativa ha sido calificada de razonable, proporcional

y adecuada a la situación existente, y eficaz para frenar la expansión de la pandemia, como se ha valorado ampliamente en esta sentencia, como lo fue en la STC 148/2021 con el mismo resultado».

9 Tributos

9.1 Constitucionalidade da lexislación estatal que obriga a tributar no IRPF os pactos ou contratos sucesorios (apartación)

A Sentenza do Tribunal Constitucional (TC) 62/2023, do 24 de maio (BOE do 24/06/2023, relator: Balaguer Callejón, contén votos particulares) desestima o recurso de inconstitucionalidade interposto pola Xunta de Galicia contra determinados preceptos da Lei estatal 11/2021, do 9 de xullo, de medidas de prevención e loita contra a fraude fiscal, nos que se suxeitan ao IRPF pactos ou contratos sucesorios (apartación), cando se vende o inmovible nos cinco anos seguintes ao seu outorgamento. Considera o tribunal que:

«(...) La demanda sostiene que nos hallamos ante un supuesto de “doble imposición tributaria” contrario al art. 31.1 CE, al quedar sometida a tributación la misma capacidad económica, primero por el ISD y, luego, por el IRPF.

Dicho argumento no puede acogerse. El ISD somete a tributación la “adquisición” del bien por el causahabiente, mientras que el IRPF grava la ganancia patrimonial generada con la posterior transmisión del mismo, lo que revela que nos hallamos ante diferentes manifestaciones de capacidad económica. Como se ha indicado, la norma impugnada no hace sino aplicar a los contratos o pactos sucesorios incluidos en ella un régimen análogo al de las donaciones, en las que cabe distinguir las capacidades económicas señaladas.

(...) Respecto a la supuesta desigualdad de trato entre las transmisiones por contrato o pacto sucesorio y el resto de transmisiones por causa de muerte, no estamos ante situaciones comparables, que es la premisa de partida de todo juicio de igualdad. Aunque en el contrato o pacto sucesorio la entrega del bien traiga causa de una herencia futura, el efecto traslativo se produce ahora (“con efectos de presente”) y esta sola circunstancia permite al adquirente disponer de él inmediatamente, lo que entraña una diferencia sustancial con la transmisión hereditaria “típica”.

De hecho, el legislador ha ido modificando el tratamiento en el IRPF de las ganancias afloradas en las transmisiones lucrativas, en atención al tipo de bien transmitido o a la naturaleza de la operación, conforme a las opciones de política tributaria de cada momento. Al respecto, no debe olvidarse que en la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del IRPF, sí tributaba la llamada “plusvalía del muerto”. Así, conforme a su art. 20.3, eran “incrementos o disminuciones de patrimonio, y como

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

tales se computarán en la renta del transmitente, las diferencias de valor que se pongan de manifiesto con motivo de cualquier transmisión lucrativa” (la cursiva es añadida). De esta forma, con dicha Ley la ganancia patrimonial generada en las transmisiones lucrativas estaba sometida a gravamen tanto si era inter vivos (donación o asimilada) como si era mortis causa (herencia o título análogo), aunque en el segundo caso, lo hacía al “tipo de gravamen más bajo de la escala” (art. 28.3). Por tanto, no es consustancial a la “plusvalía del muerto” el quedar libre de tributar en el IRPF –como asume la demanda–, sino que dependerá de la opción legislativa adoptada.

En concreto, fue la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF la que exceptuó de gravamen “las ganancias patrimoniales derivadas de las transmisiones lucrativas por causa de muerte del sujeto pasivo” [art. 44.5 a)], conservándolo para las ganancias en actos inter vivos, con la salvedad de las generadas con los donativos que gozaban de deducción en el impuesto [art. 44.5 b) en relación con el art. 77.6 c)].

La vigente Ley 35/2006 mantiene sin gravamen la “plusvalía del muerto” y, respecto de las afloradas en actos inter vivos, amplía la excepción a las donaciones de empresas o participaciones a las que se refiere el art. 20.6 LISD (la denominada “empresa familiar”). Con el matiz de que, según hemos dicho antes, para estas el régimen no es de exención (como sí lo es en los donativos a entidades fiscalmente protegidas, previstos en el art. 68.3 LIRPF), sino de diferimiento del gravamen.

En definitiva, según afirmó la STC 146/1994, de 12 de mayo, FJ 3 C), al enjuiciar la deducción por rendimientos del trabajo en el IRPF, “en el marco de su libertad normativa, puede el legislador decidirse por el establecimiento o la supresión de una deducción de esta naturaleza [aquí, exención] y, una vez establecida, regularla con la extensión que considere adecuada”».

9.2 Obriga dos concellos de actualizar anualmente a taxa de servizos de subministración de auga e saneamento en cumprimento do compromiso contractual de revisión de prezos suscrito coa concesionaria

O TSXG, na súa sentenza do 27 de outubro de 2023 (rec. 7096/2023, relator: Villares Naveira), declara a obriga do Concello de Sarria de revisar anualmente, conforme o IPC, a taxa do referido servizo público, que en definitiva se lle aboará á mercantil concesionaria como prezo do seu contrato, no que se prevé a súa actualización anual conforme o IPC:

«(...) Este contido contractual de cláusulas e pregos é coherente e desenvolve o contido do art. 104 do Real decreto Lexislativo 2/2000, do 16 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas.

En consecuencia, o contido contractual, respectando a lei imperativa, integra á súa vez a coñecida como “lei do contrato” e é plenamente vinculante para ambas partes, como lembra a invocada STS 511/2018, de 23 de marzo, entre moitas outras.

O réxime que fixan tanto a Lei como as previsións contractuais sitúannos no marco da revisión anual e automática dos prezos nos termos establecidos no art. 9.4., que ademais funciona ope legis, sen necesidade de requirimento polo contratista.

Por outra banda, como tamén lembran a demanda e máis o informe de Tesourería do Concello de Sarria, a Lei 2/2015, do 30 de marzo, de desindexación da economía española indica na súa DT, logo de excluír os contratos que se rexen polo TRLCSP de 2011, que “2. O disposto nesta Lei será de aplicación ao resto de contratos celebrados por organismos e entidades do sector público que se perfeccionen a partir da súa entrada en vigor”. En consecuencia non resulta de aplicación a prescrición desta norma para os efectos litixiosos.

Neste estado de cousas, resulta evidente que dado que a última revisión tivo lugar en 2015, a solicitude feita en 2020 e posteriormente a de 2021, que é a que interesa para os efectos litixiosos, que recolle a proposta de actualización dun 6,5 % pola variación do IPC dende 2015 a 2021 resulta coherente coas previsións legais e contractuais, e que ademais nin sequera tiña que ser solicitada polo interesado para ser efectiva, posto que se prevé a súa actualización automática por parte do Concello.

(...) en nome da potestade discrecional o Concello non pode decidir non levar a cabo a revisión de prezos cando esta está prevista legal e contractualmente, agás que se revele causa legal para iso, o que non foi alegado nin moito menos acreditado. Esa interpretación que parece desprenderse da oposición formulada implicaría que as circunstancias da devindicación do prezo quedasen ao albur dunha das partes contratantes, algo que contraviría directamente a Lei (art. 11.2.d., 14.1. –que impón o pago do prezo convidado–) e é negado por constante xurisprudencia.

Con esta premisa, debe afirmarse que a potestade tarifaria é, como mecanismo de revisión de prezos, unha potestade regrada, que non admite unha negativa á marxe das disposicións legais. En consecuencia, nos supostos contractual e legalmente previstos debe ser exercida para dar cabo ao cumprimento exacto do contrato. Restará á administración local un marxe para decidir de que xeito confeccionar o instrumento municipal de exercizo da devandita potestade, pero os seus elementos substantivos veñen determinados pola Lei e o contrato, ao non estar neste caso a administración facultada contractualmente a facer nada diferente. Así o recoñeceu a STS 1703/2019, de 12 de decembro de 2019 no seu FX 5º, invocando xurisprudencia que perfila a potestade tarifaria e poñéndoa en relación a dous casos que se citan como resoltos de forma diferente, expoñendo as diferenzas entre eles e xustificándose, por razón do caso concreto, que a potestade tarifaria

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

só permite non realizar a actualización prevista no contrato cando unha cláusula lle dá esa facultade excepcional á administración –algo que por suposto haberá que motivar e xustificar suficientemente–, pero que en todo caso non concorre no caso de autos, onde a regra non admite excepcións. (...).

Sobre o que poda ser obxecto de condena, a Sala pode condenar ao Concello a cumprir o contrato, e polo tanto a que en exercizo da potestade tarifaria regrada que lle asiste, tramite o expediente para aprobar a revisión de prezos prevista na Lei e no contrato. Non corresponde á Sala determinar a forma na que ha quedar configurado o acto ou disposición en que se recolla, pero si a condena a facelo, co que se acolle substancialmente a pretensión principal. (...) condenamos ao Concello de Sarria a ditar a ordenanza que aprobe a revisión de prezos prevista legal e contractualmente e ao mesmo tempo recoñecemos o dereito do recorrente a obter a diferenza económica entre o percibido pola prestación do servizo a partir de 2016 e o que tería percibido de se ter realizado a revisión de forma regular, máis os xuros correspondentes á cantidade resultante (artigos 71.1.a e b LXCA)».

9.3 Imposto de plusvalía. Devolución de ingresos indebidos. Esgotamento da vía administrativa previa. Efectos da STC 182/2021

A sentenza do TSXG do 19 de setembro de 2023 (rec. 15004/2023, relator: Rivera Frade) aborda dúas cuestións de interese acerca das solicitudes de rectificación de autoliquidación do imposto sobre o incremento de valor dos terreos de natureza urbana (plusvalía) desestimadas por silencio administrativo.

Conclúe, en primeiro lugar, que en tales supostos de desestimación presunta, para poder acudir á vía xurisdiccional non é preceptivo esgotar previamente a administrativa mediante a interposición de reclamación económico-administrativa ou recurso de reposición. Nin sequera no caso de que sobrevidamente se produza a resolución expresa despois de iniciado o proceso contencioso-administrativo (sentenza do TS do 3 de maio de 2023 –rec. 4792/2021–). Sobre o fondo do asunto, confirma a desestimación da reclamación de devolución de ingresos indebidos, ao considerarlle inaplicables os efectos da Sentenza do Tribunal Constitucional 182/2021 por razóns cronolóxicas:

«(...) la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 2021 que declaró inconstitucional el método de cálculo del Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, declaró su irretroactividad al recoger que no pueden considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en dicha sentencia aquellas obligaciones tributarias devengadas por este impuesto que, a la fecha de dictarse la misma, hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme. Añadiendo que a estos exclusivos efectos, tendrán también la consideración de situaciones consolidadas: las liquidaciones provisionales o definitivas que no

hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse esta sentencia y las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada ex art. 120.3 LGT a dicha fecha.

En consecuencia como quiera que en el presente caso el día 29 de octubre de 2021 don XXXX presentó solicitud de rectificación de la liquidación de plusvalía generada a raíz de la escritura de pacto de mejora de fecha 27 de diciembre de 2017 autorizado por el notario don YYYYYY solicitando la devolución en concepto de ingresos indebidos del importe de 2.133,73 €, no cabría la devolución de ingresos indebidos impetrada».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Regap

Recensiones

3



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 66_xuño-decembro 2023 | pp. 239-240
Santiago de Compostela, 2023
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5149>
© Belén Canedo Antelo
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 07/12/2023 | Aceptado: 19/12/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Las reservas demaniales. Instrumentos de utilización y conservación ambiental del dominio público

66 Regap

Regap



RECENSIONES

BELÉN CANEDO ANTELO
Funcionaria da Administración de Xustiza
belencanedo19@hotmail.com

NAVARRO CABALLERO, T.M.: *Las reservas demaniales. Instrumentos de utilización y conservación ambiental del dominio público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, 160 pp. ISBN: 978-84-1346-689-7.

Nesta obra, a profesora de dereito administrativo na Universidade de Murcia Teresa María Navarro Caballero leva a cabo un estudo das reservas demaniais, e para iso divide o libro en dous partes distintas. A primeira fai referencia ao réxime das reservas na lexislación de patrimonio (estatal e autonómica) e na segunda abórdaas na lexislación sectorial.

Dentro destas dúas partes ben diferenciadas, o libro estrutúrase en nove capítulos que nos permiten chegar a comprender as reservas demaniais de forma completa, dada a inexistencia dun réxime xurídico único e as particularidades que estas teñen

nos distintos sectores. A primeira parte engloba os capítulos I e II, onde se describen as reservas demaniais e o seu uso tanto para a utilización do dominio público como para a súa protección. A segunda parte, que inclúe desde o capítulo III ao capítulo IX, aborda as reservas demaniais en distintos ámbitos e a vis expansiva da función de conservación ambiental da reserva demanial.

A través de todas estas páxinas, a autora mostra que, aínda que tradicionalmente as reservas foron unha técnica de utilización dos bens demaniais pola Administración, que supuñan unha excepción do principio xeral de accesibilidade ou uso público daqueles, na actualidade atópanse tamén reguladas, ademais de na LPAP (Lei 33/2003, do 3 de novembro, de patrimonio das administracións públicas) e a lexislación sectorial (minas, augas, costas, espectro radioeléctrico...), en case todas as lexislacións de patrimonio autonómicas. Coa súa análise, fai que nos preguntemos: poden cumprir as reservas demaniais unha función diferente á tradicional?, serven para algo que non sexa a estrita utilización ou aproveitamento do dominio público pola Administración titular dos bens ou recursos?

Pois ben, ao longo deste estudo ponse de manifesto a función de conservación ambiental das reservas demaniais (mencionando como exemplo a lexislación de augas que contempla tamén a función de protección e conservación do recurso hídrico), e como esta función está a alcanzar unha “dimensión expansiva” chegando a constituírse reservas con fins meramente proteccionistas no ámbito do dominio público marítimo-terrestre ou reclamándose esta función no ámbito mineiro.

As reservas demaniais non son só a vía xurídica en virtude da cal a Administración utiliza ou aproveita o dominio público con exclusión total ou parcial doutros usos. Tamén poden ser o instrumento a través do cal se pode protexer, por motivos ambientais, un ben desta natureza.

En conclusión, esta obra achéganos outro punto de vista sobre as reservas demaniais con consideracións que deben ser tidas en conta na actualidade a través dunha lectura fácil e comprensible, mesmo recomendable como instrumento de ensino do dereito administrativo para ampliar a concepción clásica das reservas demaniais.

SELECTION AND EVALUATION PROCESS OF ORIGINALS

The selection of texts that will be included in the *Galician Magazine of Public Administration* is based on the following criteria; originality, novelty, relevance and accuracy. Original texts that do not meet requirements listed below will be returned to the authors to be corrected before being submitted for evaluation. Once originals have been received and checked that comply with publication requirements, the Secretary will confirm that the original texts have been received and give an estimated date to be accepted. Texts will be reviewed by two (Phd or equivalent) experts from out of the editorial board. Evaluation process will be anonymous to ensure the independence in the selection. The texts will be evaluated as accepted, accepted with modifications or rejected. In the case the text is accepted with modifications, the publishing team will be in charge of following up the resubmission of the text (author will be informed). In the case of the text being rejected, the original will be returned to the author together with the evaluation assessment. Before the text is published the author will receive by email a final copy to make any changes on the final edition if needed in the next fifteen days.

PUBLICATION REQUIREMENTS

1. Proposals of collaboration with the *Galician Magazine of Public Administration* will be through the electronic platform available at the following link: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. The original texts will be received before 15th of May and of May and before 15th of November for the two annual issues. Dates of reception and acceptance will appear in a visible place of the magazine.
3. The texts should meet the following requirements:
 - a) Be original and not being included in any other evaluation process.
 - b) Be written in Galician, Spanish, English, German, Portuguese, Italian or French.
 - c) Constraining a number between 30.000 and 40.000 characters (40 pages at the most) for the works written out as "Studies"; and of a maximum of 15.000 (in the more than 30 pages) for the ones edited as "Comments and Chronicles".
4. The works proposed as articles will include in the following order:
 - a) A title describing contents together with name, surnames, profession, position, name and country of the institution, and email address of the author(s).
 - b) A summary (maximum of 120 words) in the language in which the main text is submitted and translation to English language if this wasn't the language of choice.
 - c) A minimum of five key words, and a maximum of ten, stressing the contents of the main text. They will be translated to the English language if this wasn't the language of choice.
 - d) Index would follow a CDU structure. (Example: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).



- e) Text's main body.
 - f) Bibliography.
5. The works should be checked carefully by the author(s) in regards with style. In addition, the originals should comply with the following requirements:
- a) All the works will have to be presented to a space and to a half, with format of source *Times New Roman*, size 12.
 - b) Notes will appear as footnotes and keeping a correlative numeration in all the work. Notes should be adjusted to the next model:
 - BOOK: AUTHOR, *Title of the publication*, number. Publish, place of publication, editor, year, page.
 - AUTHOR, "Title of the article", *Title of the source* (magazine or review), number, year, pages.
 - c) Bibliography must include all information sources consulted and mentioned in the work (authorship, completed title, editor, city and year of publication; should the source belong to a serie, the number of the volume will be also included).
 - d) Documents, online sources and/or databases will contain its URL and date of last. For example: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26th September 2013)
6. Author's copyright. Once the Editorial Team decides to publish any text (article or review), the exclusive and unlimited rights to reproduce and distribute these pieces works in any form of reproduction, language and country will be transferred to the Galician School of Public Administration (EGAP).

