

Revista Galega de Administración Pública

67

Revista Galega de Administración Pública

Núm. 67 (xaneiro-xuño 2024)

_ESTUDIOS [01] ALEMANY GARCÍAS, Juan. As sociedades urbanísticas mixtas no ámbito local [02] CLEMENTE MARTÍNEZ, Jaime. A Defensoría Veciñal e o seu papel garante do bo goberno local [03] FERNÁNDEZ SCAGLIUS, María de los Ángeles. O protagonismo dos principios xerais no Código italiano de contratos públicos [04] ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. A ideoloxía da perspectiva de xénero [05] RIVERO ORTEGA, Ricardo. Temos balas de prata contra a corrupción na contratación pública? **_COMENTARIOS E CRÓNICAS** [06] GONZÁLEZ DONA, José Manuel. O imposto compensatorio ambiental mineiro como tributo propio de Galicia: exame conforme o ordenamento xurídico da Unión Europea [07] DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Xurisprudencia contencioso-administrativa **_RECENSIÓNS** [08] ANTOUN, Sophie. Martín Fernández, Carmen, El régimen sancionador de la seguridad ciudadana, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2023

_ESTUDIOS [01] ALEMANY GARCÍAS, Juan. Las sociedades urbanísticas mixtas en el ámbito local [02] CLEMENTE MARTÍNEZ, Jaime. La Defensoría Vecinal y su papel garante del buen gobierno local [03] FERNÁNDEZ SCAGLIUS, María de los Ángeles. El protagonismo de los principios generales en el Código italiano de contratos públicos [04] ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. La ideología de la perspectiva de género [05] RIVERO ORTEGA, Ricardo. ¿Tenemos balas de plata contra la corrupción en la contratación pública? **_COMENTARIOS Y CRÓNICAS** [06] GONZÁLEZ DONA, José Manuel. El impuesto compensatorio ambiental minero como tributo propio de Galicia: examen conforme al ordenamiento jurídico de la Unión Europea [07] DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Jurisprudencia contencioso-administrativa **_RECENSIONES** [08] ANTOUN, Sophie. Martín Fernández, Carmen, El régimen sancionador de la seguridad ciudadana, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2023



XUNTA
DE GALICIA

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; **Portugal; 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.v0i67 Depósito legal: C-1.596-91 Tradución e supervisión lingüística: Ramiro Combo García Deseño cuberta: Campus na nube, SL Deseño gráfico e impresión: Campus na nube, SL	Siglas utilizadas: UDC: Universidade da Coruña USC: Universidade de Santiago de Compostela UVigo: Universidade de Vigo UAM: Universidad Autónoma de Madrid UB: Universitat de Barcelona UCM: Universidad Complutense de Madrid UdG: Universitat de Girona UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia USAL: Universidad de Salamanca IUAV: Università IUAV di Venezia RUB: Ruhr-Universität Bochum UC: Universidade de Coimbra UNIBO: Università di Bologna
---	---

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

Revista Galega de Administración Pública

ISSN-L: 1132-8371

Núm. 67, enero-junio 2024 \ Number 67, January-June 2024

Sumario/Summary

1 ESTUDIOS / STUDIES

Juan Alemany Garcías

Las sociedades urbanísticas mixtas en el ámbito local.

Una nueva perspectiva tras la crisis sanitaria 175

Mixed urban societies in the local scope.

A new perspective after the sanitary crisis

Jaime Clemente Martínez

La Defensoría Vecinal y su papel garante del buen gobierno local 197

The Neighbourhood Ombudsman and its role as guarantor of good local government

María de los Ángeles Fernández Scaglius

El protagonismo de los principios generales en el Código italiano de
contratos públicos 223

The prominence of general principles in the Italian Code of Public Contracts

Ignacio Álvarez Rodríguez

La ideología de la perspectiva de género 251

The ideology of gender mainstreaming

Ricardo Rivero Ortega

¿Tenemos balas de plata contra la corrupción en la contratación pública? . . . 275

Are there silver bullets in the war against corruption in public procurement?

2 COMENTARIOS Y CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

José Manuel González Dona

El impuesto compensatorio ambiental minero como tributo propio de Galicia: examen conforme al ordenamiento jurídico de la Unión Europea. . . .293
The mining environmental compensatory tax as a Galician specific tribute: examination in accordance with the legal system of the European Union

Francisco de Cominges Cáceres
Jurisprudencia contencioso-administrativa.311
Contentious-administrative jurisprudence

3 RECENSIONES / REVIEWS

Sophie Antoun
Martín Fernández, Carmen, El régimen sancionador de la seguridad ciudadana, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2023.337

Regap

Estudios

1



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_enero-junio 2024 | pp. 175-196
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v67i1.5115>
© Juan Alemany Garcías
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 06/06/2023 | Aceptado: 19/12/2023
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

As sociedades urbanísticas
mixtas no ámbito local.

Unha nova perspectiva
tras a crise sanitaria

**Las sociedades urbanísticas
mixtas en el ámbito local.**

**Una nueva perspectiva
tras la crisis sanitaria**

Mixed urban societies
in the local scope.

A new perspective after
the sanitary crisis

67 Regap

Regap



ESTUDIOS

JUAN ALEMANY GARCÍAS
Abogado y Doctor en Derecho
Profesor Asociado de Derecho Administrativo
Universidad Illes Balears (España)

Orcid iD: <https://orcid.org/0009-0005-1921-8282>

alemany10@icaib.org

Resumo: As sociedades municipais mixtas no ámbito urbanístico foron creadas, en opinión unánime da doutrina consolidada, como alternativa á xestión urbanística das sociedades de capital integramente público. Non obstante, na práctica non tiveron o éxito esperado, especialmente no ámbito urbanístico, pola participación do sector privado, cuxos resultados foron moitas veces confusos, sendo a participación privada un verdadeiro obstáculo aos obxectivos urbanísticos, mesturándose réximes xurídicos diferenciados, que dificultaron na práctica a xestión urbanística que inicialmente se lles encomendara. A época poscovid debería servir para reflexionar sobre a colaboración público-privada institucionalizada, especialmente nos ámbitos de rexeneración, rehabilitación e renovación urbana.

Palabras clave: Colaboración público-privada, socio privado, crise sanitaria, urbanismo concertado, rexeneración, renovación, rehabilitación urbana.

Resumen: Las sociedades municipales mixtas en el ámbito urbanístico, fueron creadas, en opinión unánime de la doctrina consolidada, como alternativa a la gestión urbanística de las sociedades de capital

íntegramente público. Sin embargo, en la práctica no han tenido el éxito esperado, especialmente en el ámbito urbanístico, por la participación del sector privado, cuyos resultados han sido muchas veces confusos, siendo la participación privada un verdadero obstáculo a los objetivos urbanísticos, mezclándose regímenes jurídicos diferenciados, que han obstaculizado en la práctica la gestión urbanística que inicialmente se les había encomendado. La época poscovid debería servir para reflexionar sobre la colaboración público-privada institucionalizada, especialmente en los ámbitos de regeneración, rehabilitación y renovación urbana.

Palabras clave: Colaboración público-privada, socio privado, crisis sanitaria, urbanismo concertado, regeneración, renovación, rehabilitación urbana.

Abstract: Mixed municipal companies in the urban area were created, in the unanimous opinion of the consolidated doctrine, as an alternative to the urban management of fully public capital companies. However, in practice they have not had the expected success, especially in the urban sphere, due to the participation of the private sector, the results of which have often been confusing, with private participation being a real obstacle to the urban objectives, mixing differentiated legal regimes, that have hindered in practice the urban management that had initially been entrusted to them. The post-COVID era should serve to reflect on institutionalized public-private collaboration, especially in the fields of regeneration, rehabilitation and urban renewal.

Keywords: public-private collaboration, private partner, sanitary crisis, concerted urban planning, regeneration, renewal, urban rehabilitation.

SUMARIO: 1 La colaboración público-privada institucionalizada en el derecho comparado como punto de partida. 1.1 Análisis general del concepto de colaboración público-privada institucionalizada en el ámbito urbanístico-local en España. 1.2 La influencia de la Ley 27/2013 de racionalización del sector público en la creación de sociedades mixtas en el campo del urbanismo. 1.3 Ventajas e inconvenientes en relación a la creación de sociedades mixtas (capital público-privado) en el ámbito urbanístico. 1.4 El procedimiento de constitución de las sociedades mixtas y la elección de socio privado. 2 El objeto social de las sociedades urbanísticas mixtas. 3 La transformación de una sociedad mercantil íntegramente pública en una sociedad de economía mixta. La decisión de transformación de la sociedad pública. 4 Conclusión. 5 Bibliografía.

1 La colaboración público-privada institucionalizada en el derecho comparado como punto de partida

1.1 Análisis general del concepto de colaboración público-privada institucionalizada en el ámbito urbanístico-local en España

Las sociedades urbanísticas de carácter mixto¹ durante bastante tiempo han sido un instrumento eficaz para que las administraciones locales realizaran actuaciones de promoción de vivienda y suelo con el apoyo e intervención del capital privado. ALBI² definía la sociedad de economía mixta como “*un modo de gestión en forma de sociedad mercantil, en cuyos capitales y dirección cooperan la Administración y los particulares para realizar finalidades económicas de la Administración*”. Contemplada

¹ SERRA SERRA, N., ROCA JUNYENT, M; SOLER LLUSÀ, J., *Las sociedades de economía mixta de actuación urbanística*, Editorial Cocin, Barcelona, 1969, p. 31.

² ALBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Editorial Aguilar, Madrid, 1960.

con relativa atención en la legislación de régimen local, ya constituye la misma un modo de gestión indirecta de servicios públicos a través de una sociedad mercantil de capital. Gestión indirecta caracterizada por dar entrada al capital privado en la dirección de la empresa y en la gestión del servicio público, sin excluir la participación de la Administración. SALA ARQUER³ señala al respecto que “*el socio privado aporta ayuda financiera, experiencia industrial y eficacia gerencial a un servicio público, sin que la Administración pierda por ello presencia en la dirección y gestión*”. El interés manifestado por las sociedades de economía mixta de actuación urbanística se acrecienta con la consideración de la agilidad y flexibilidad propias de su constitución y funcionamiento que se contraponen a las excesivas rigideces que obstaculizan la gestión pública, y con ciertas ventajas respecto a las sociedades urbanísticas de capital íntegramente público como más adelante señalaremos. Es por ello que las sociedades mixtas se inscriben en el marco de una actuación pública dinámica y han de permitir a la iniciativa de los entes locales señalar prioridades urbanísticas con garantías de éxito, atrayendo a la iniciativa privada a colaborar de forma decisiva en la consecución de objetivos que, de otra forma, o estarían difícilmente al alcance de la iniciativa pública –a causa de dichas rigideces, jurídicas o de orden financiero– o tampoco serían alcanzables confiando exclusivamente en la iniciativa privada⁴. Se trata, pues, de ver en las sociedades de economía mixta de actuación urbanística un poderoso instrumento de gran utilidad por sus mayores posibilidades de gestión frente a la gestión pública directa, aun cuando la participación privada no fuese significativa o no comportase ventajas en la financiación y régimen económico de las operaciones a emprender. Si la participación privada añade a la flexibilidad del instrumento una mayor capacidad financiera, parece justificada, dentro del esfuerzo señalado tendente a encontrar nuevos instrumentos que amplíen la capacidad de actuación urbanística, la elección de la fórmula para explorar sus verdaderas posibilidades dentro del marco jurídico y financiero español. Es por ello que el interés suscitado por las sociedades de economía mixta de actuación urbanística halla su concreción máxima en la preparación del suelo, con la consiguiente oferta del mismo a precios que constituyan un coste adecuado para asentamientos posteriores. También cabe asignarles otros cometidos, como puede ser el de la construcción de viviendas, e incluso, edificios industriales y la renovación urbana, futuro de las mismas como comentaremos posteriormente, al estudiar su objeto. Existen, en segundo término dos objetos posibles que no son de carácter estrictamente urbanístico pero se hallan vinculados a la actuación de las sociedades anteriormente sugeridas. Se trata de la construcción de grandes obras de infraestructura (autopistas, abastecimientos de aguas, túneles, etc.) y de la prestación de servicios públicos derivados de la actuación urbanística. El primero de ellos, sobre todo, puede convenir perfectamente a las posibilidades de las sociedades de economía mixta como instrumento de actuación

³ SALA ARQUER, J.M., “La empresa mixta como modo de gestión de los servicios públicos en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 90, 1996, pp. 233-244.

⁴ GASCÓN MARÍN, J., *Tratado de Derecho Administrativo, Principios y Legislación Española*, tomo I, C. Bermejo, Madrid, 1935, p. 239.

eficaz y coordinación de voluntades, como pueden ser los convenios⁵ de colaboración público-privada. El menor desarrollo de la actuación urbanística, impropia desde mi punto de vista a una iniciativa privada, cuyos intereses se han hecho en numerosas ocasiones incompatibles con la res pública, haciendo difícil acudir a formas instrumentales de carácter mixto, debiendo responder las mismas a un intento de acrecentar una actuación urbanística deficiente recabando simultáneamente la seguridad que da una administración pública junto con los capitales particulares.

1.2 La influencia de la Ley 27/2013 de racionalización del sector público en la creación de sociedades mixtas en el campo del urbanismo

La disposición novena de la Ley 27/2013 de racionalización del sector público ha ido limitando la creación, participación de entidades, organismos públicos y administraciones públicas. Por ello, afecta plenamente a las sociedades urbanísticas mixtas, y aun que la ley no prohíbe taxativamente su nueva creación, las enumera en dos categorías diferentes. La primera de ellas son aquellas que se encuentran encuadradas dentro del endeudamiento, pero están sometidas a un plan de ajuste o de saneamiento. En este caso, excepcionalmente, se puede evitar su disolución; sin embargo, aquellas empresas urbanísticas mixtas que no hayan realizado un plan de ajuste, y que no puedan cubrir sus deudas con ingresos propios⁶, se verán abocadas a su disolución y liquidación. Nos percatamos de que la disposición que hemos tenido la oportunidad de estudiar a fondo inicialmente parecía una solución eficaz y eficiente para la Administración pública, sobre todo respaldada por el socio privado, para la gestión del urbanismo. Sin embargo no es lo suficientemente eficaz por los problemas derivados de la convivencia público-privada en materia de contratación, y por las limitaciones presupuestarias-financieras al ser calificadas las mismas como

⁵ Se trataría de un contrato interadministrativo, es decir, de un contrato en el que una administración pública contrata con otra como si fuese un particular. Sobre esta cuestión, ENTRENA CUESTA, R., "Consideración sobre la teoría general de los contratos de la administración", *Revista de Administración Pública*, n. 24, 1957, pp. 70 y ss. No obstante, hay que señalar que la posibilidad de suscribir un contrato interadministrativo de gestión de servicios públicos, que existe en el plano teórico, no es frecuente en la práctica, pues, como ha dicho en reiteradas ocasiones la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el modo normal de colaborar las administraciones públicas no es el contrato sino el convenio. Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 68/96, de 18 de diciembre de 1996, "*Convenios de celebración. Convenio de colaboración entre un Organismo autónomo y una Universidad*", Consideración Jurídica 2, dice que "con carácter reiterado y uniforme viene sosteniendo esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa que la forma normal de relacionarse las administraciones públicas, como antes a la legislación de contratos del Estado, es la vía del convenio de colaboración y, sólo excepcionalmente cuando una de las partes que entran en relación a la Ley de contratos de las administraciones públicas, como antes a la legislación de contratos del Estado, es la vía del convenio de colaboración, y, sólo excepcionalmente cuando una de las partes que entran en relación sea un Ente público, podrá acudirse a la celebración de un verdadero y propio contrato sujeto a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". Sobre este instrumento de colaboración, en general, véase RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., "Los convenios interadministrativos en el Derecho italiano", *Revista de Administración Pública*, n. 163, 2004, pp. 393-396.

⁶ PAGÈS I GALTÉS, J., *Fiscalidad de las sociedades municipales*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 237; Gramaticalmente, en la acepción que aquí nos interesa del vocablo "gestionar", tenemos que, según el *Diccionario de la Real Academia Española*, significa "Hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera. Por tanto, gestionar un ingreso público será hacer diligencias conducentes al logro de un ingreso público. Cuáles sean estas diligencias dependerá, lógicamente, del tipo de ingreso público; sea cual sea su naturaleza, gira en torno a la declaración de la existencia y determinación de la cuantía del ingreso, así como a la realización del mismo.

sociedades de segundo escalón. El llamamiento a la iniciativa privada para poner fin a los abusos que los propios particulares están cometiendo en materia urbanística, en su día supuso para las sociedades mixtas un freno a la especulación inmobiliaria, sin embargo en la actualidad las realizaciones urbanísticas se traducen en notables incrementos de valor de unos pocos propietarios que se benefician en exclusiva y, desde mi punto de vista, merman el rendimiento social. En nuestra opinión, las sociedades mixtas deberían recuperar ese rendimiento, como espíritu de su creación, y como alternativa, a la crisis inmobiliaria en la que estamos inmersos. Debería haberse tenido en cuenta, al limitar la creación de estas sociedades, y especialmente en la argumentación que la Ley 27/2013 maneja en cuanto a su disolución, sometida a la condición fundamental de no estar inmersa en un plan económico de ajuste, sin tener en cuenta, aparte de los argumentos de índole jurídica y social, la capacidad de financiación del socio privado como garantía de autofinanciación de la propia sociedad, frente a terceros o a posibles acreedores de la misma, argumento que hasta la fecha servía para justificar en el expediente acreditativo de oportunidad y conveniencia en la gestión urbanística como un sistema indirecto de prestación de servicio público. El calificar la Ley 27/2013, a las sociedades urbanísticas mixtas de segundo grado no tiene desde mi punto de vista ninguna lógica, ya que numerosas leyes urbanísticas, tanto estatales como autonómicas, suelen utilizarlas de manera habitual para desarrollar suelos o actividades que tengan que ver con su objeto social, todo ello sin perjuicio de que dicha ley no respeta el espíritu del legislador europeo y por supuesto de nuestro ordenamiento jurídico, que potencian de manera evidente y clara la colaboración público-privada⁷, especialmente a través de los nuevos planes de la vivienda. Aún nuestra crítica es mayor en lo que hace referencia al tratamiento del legislador respecto a las sociedades urbanísticas mixtas que la referencia que ya hice en relación a las sociedades de capital íntegramente público. Decimos esto porque la propia ley, cuando señala la disolución de instrumentos o sociedades de segundo grado, distingue entre aquellos controlados, de pertenencia o de capital exclusivo, de la pertenencia no exclusiva al capital público, refiriéndose a las sociedades urbanísticas mixtas, cuyo efecto inmediato será que las mismas sin consideración alguna a su viabilidad económica deberán proceder a la transmisión de su participación en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la ley. Todo ello no solamente es absurdo desde la perspectiva social y económica, sino que plantea muchas dudas sobre su posible inconstitucionalidad, respecto a la autonomía de las entidades locales, y sobre todo del principio de suficiencia financiera, invadiendo competencias respecto a leyes urbanísticas estatales y autonómicas que apoyan e incentivan a la creación y colaboración público-privada, inspirada por el ordenamiento jurídico europeo.

⁷ GASCÓN Y MARÍN, J., *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, p. 239. El autor aborda el tema de la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta, aunque ya había señalado ambas posibilidades manifestando, no obstante, cierta preferencia por la adopción, a la hora de crear este tipo de entes, de una personificación jurídico-pública. En este sentido señala el autor que "como sistemas intermedios figura el de compartir la propiedad el Estado y los particulares, estableciendo sociedades de economía mixta; la propiedad está distribuida entre el Estado y otras colectividades y accionistas. Las modalidades de este régimen son muy diversas, pudiendo utilizarse incluso formas jurídicas del derecho privado (sociedades de responsabilidad limitada), en las que las acciones pertenezcan en parte a entidades públicas y en parte a particulares o a diversas entidades públicas (Estado y municipios), y los puestos del consejo de administración distribuidos en relación con la aportación de cada elemento".

1.3 Ventajas e inconvenientes en relación a la creación de sociedades mixtas (capital público-privado) en el ámbito urbanístico

La proliferación de las sociedades mixtas, y su utilización por la Administración local pueden destacarse lo siguiente. En primer lugar mantener un cierto control directo sobre la gestión del servicio público de que se trate, mejorar la eficacia y la eficiencia en la prestación del servicio, para lo que se cuenta con la experiencia empresarial y de gestión del socio privado en el ámbito del objeto material de dicho servicio público. Finalmente, obtener, a través de la entrada de capital privado, una fuente de financiación complementaria para la implantación o prestación del servicio público en cuestión. Además, la responsabilidad económica de las corporaciones locales se limita a su aportación a la sociedad, ya que estas presentan para los ayuntamientos ciertas ventajas con respecto a la entrega a un particular de la gestión que supone la gestión indirecta, como en la figura de la concesión. De esta forma, se hace “visible”, hacia el exterior, que la Administración local tiene el control sobre el servicio y que es la responsable última de su prestación, aunque con la colaboración del socio privado (o los socios, en su caso). Si bien es cierto que, en la realidad, frecuentemente es el socio privado el que tiene la dirección y administración efectiva del servicio, reservándose la Administración una función de mero control. Y, así, frecuentemente se denuncia la opacidad en el funcionamiento de estas sociedades que están escasamente dotadas de recursos humanos y de control de gestión provocando carencias y de tutela que ejerce el respectivo ayuntamiento. En estos casos, es el socio privado, con más conocimientos técnicos y experiencia, el que en realidad gestiona un servicio tan complejo como es el urbanismo, ventaja inherente a la propia composición de la sociedad mixta respecto a la sociedad íntegramente pública. Dentro de estas sociedades⁸ de economía mixta, podemos distinguir entre aquellas en cuyo capital es mayoritaria la participación de la Administración pública (y que son las que propiamente se denominan “sociedades de economía mixta”); y las sociedades en las que el capital público es minoritario, que son denominadas “sociedades participadas”. Al no ser de capital íntegramente público de la administración matriz, ya no estamos ante una forma de gestión directa, sino indirecta. Estaremos en presencia de una gestión indirecta cuando la participación no sea íntegra, con independencia de que esta sea mayoritaria o minoritaria, y esto aunque haya otros partícipes públicos. La empresa pública de capital mayoritario puede ser forma de gestión pública, pero indirecta, y por tanto, requiere su instrumentación mediante contrato de gestión de servicios públicos. Una sociedad mercantil de propiedad íntegramente perteneciente a un ente público es una personificación estrictamente instrumental. La misma está matizada, sin embargo, cuando el ente público mayoritario comparte su condición

⁸ ALBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Editorial Aguilar, Madrid, 1960, p. 364. Señala el autor que el contenido de dicha disposición reglamentaría, aplicando la misma argumentación que utiliza al tratar esta cuestión para las sociedades íntegramente públicas, cuando señala que la no exigencia del desembolso íntegro a las entidades locales “habría de permitir a las corporaciones maniobras de escasa ortodoxia económica y jurídica, obligando a las empresas por ellas organizadas a operar con capitales ficticios, en perjuicio de los acreedores y, a la larga, en detrimento del crédito de las mismas. En evitación de todo esto, el núm. 3 del art. 89 del Reglamento obliga a que la dotación de la empresa esté desembolsada desde el momento de su constitución, es decir, plenamente desligada del patrimonio de la entidad local creadora”.

de accionista con otras personas, ya que en este caso la empresa no puede limitarse a servir al puro interés general, sino que ha de atender también al interés particular de los restantes socios privados. Y la relación de instrumentalidad cambia de sentido con la participación en sí, la cual puede desempeñar diversas funciones. A este diverso papel que el estado puede desempeñar, según el grado de participación, responde la distinción elaborada por VILLAR PALASÍ⁹ entre *accionariado gestor* (cuando el ente público ostenta una posición de claro predominio, bien por su carácter mayoritario, bien por un dominio de hecho – socio minoritario, pero hegemónico – en una sociedad de capital muy dividido, o combinada con la existencia de un Delegado del Gobierno) y *accionariado fiscal* (cuando la participación pública es de carácter meramente patrimonial, persiguiendo una finalidad de obtención de rendimientos). A esta dualidad, ha añadido GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁰ la posición de “*accionariado testigo o de presencia*”, justificado en la finalidad de estar presente en la gestión de empresas relevantes para fiscalizar internamente su gestión (por ejemplo, las participaciones en diversas sociedades privadas de radiodifusión). Junto a estas, SANTAMARÍA PASTOR¹¹ añade la situación de “*accionariado promotor*”, en la que la participación del ente público responde a la finalidad de financiar parcialmente y apoyar proyectos privados de rentabilidad problemática (así, por ejemplo, las participaciones múltiples que ostentan las sociedades de desarrollo industrial de diversas regiones). De forma muy resumida, se puede afirmar que estas sociedades gestoras de servicios públicos tienen una naturaleza jurídica privada, pero un régimen jurídico mixto, público-privado, esencialmente de derecho privado, aunque con importantes peculiaridades de derecho público. La Administración, así, toma del derecho privado la fórmula societaria pero, una vez que esta figura, propia del derecho mercantil, entra en la esfera pública, su régimen jurídico sufre inevitablemente modificaciones. De entrada, el que uno de los socios sea una administración pública determina algunas especialidades en el régimen de funcionamiento de estas sociedades (como puede ser la posibilidad de que dicha administración pueda vetar las decisiones del consejo de administración). Además, existen una serie de normas imperativas de derecho público que se aplican, en diferente medida, lo que determina que se produzcan modulaciones en el régimen general de personal o de contratación de estas sociedades. Así, el TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), recurso de apelación, de 24 de marzo de 1987, afirma que “*las empresas mixtas constituidas en forma de sociedad mercantil para la gestión de servicios públicos son entidades sometidas en su constitución, organización y funcionamiento interno al derecho mercantil, en las que las corporaciones participan, en concepto*

Regap



ESTUDIOS

⁹ VILLAR PALASÍ, J. L., “La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 3, pp. 53-129.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Editorial Civitas, Navarra, 2006, p. 827. Señala el autor que “*este doble sistema se justifica por la dificultad de que los socios fundadores asuman todo el capital en la constitución de sociedades con capital cuantioso. Entonces el procedimiento de suscripción pública de las acciones puede facilitar la formación del capital. Pero, en la práctica, dadas las formalidades y los trámites de este procedimiento, la constitución de las grandes sociedades suele hacerse también por el sistema de fundación simultánea, mediante la intervención de entidades financieras que asumen inicialmente todo el capital para repartirlo o colocarlo después, en su caso, entre su clientela o entre sus inversores*”.

¹¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Gobierno y administración: Una reflexión preliminar”, *Revista Documentación Administrativa*, n. 215, 1988, pp. 67-84.

de socios, con los derechos que, como a tales, les reconocen los estatutos y la legislación mercantil, pero sin que dentro de cada sociedad tengan facultades exorbitantes derivadas de sus potestades públicas, porque esas empresas mixtas, con personalidad distinta de los socios, actúan en la prestación de servicio de una manera análoga a la de un contratista particular". Por tanto, a estas sociedades locales de economía mixta les resulta de aplicación, en primer lugar, la legislación básica contenida en la TRLCSP, de conformidad con la remisión que el art. 85.3.B) LBRL realiza a la regulación del contrato de gestión de servicios públicos del art. 275 y ss. TRLCSP. Igualmente les resulta de aplicación el TRRL, en lo que no se oponga al contenido de lo anterior. También, la legislación de desarrollo dictada por las comunidades autónomas, en materia de contratación administrativa¹² y de administración local; y por último, en defecto de normativa autonómica, por la legislación estatal no básica (TRRL y RSCL, en cuanto no se opongan a ninguna de las normas citadas, y los preceptos no básicos del TRLCSP). En este sentido, hay que tener en cuenta un importante rasgo de estas sociedades y es la limitación de la duración temporal máxima de las mismas, que es de cincuenta años, conforme impone el art. 108 TRRL y el art. 111 RSCL. Una vez expirado el período que se fijare, revertirá a la entidad local su activo y pasivo, en condiciones normales de uso todas las instalaciones, bienes y material integrante del servicio. Además, en la constitución o estatutos de la empresa habrá de preverse la forma de amortización del capital privado durante el plazo de gestión del servicio por la misma, y, expirado el plazo que se fije, revertirán a la entidad local, sin indemnización, el activo y pasivo. Esta intervención, colaboración público-privada, en ocasiones era necesaria para lograr integrar a los propietarios de un sector determinado (en muchos casos sociedades promotoras o entidades financieras) en otras, para permitir que ciertas actuaciones se realizaran con una doble perspectiva de actuación, la pública y la privada con sus distintas finalidades y motivaciones; en otros supuestos, era necesario para la obtención de financiación¹³ del socio privado, que suscribía las acciones, ante la insuficiencia de fondos públicos para acometer actuaciones de gran calado.

1.4 El procedimiento de constitución de las sociedades mixtas y la elección de socio privado

El procedimiento de constitución y de selección del socio privado estaba perfectamente claro a nivel local, pues el reglamento de servicios de las corporaciones locales, en vigor desde el año 1955, lo establecía con bastante claridad. Además, una vez constituida la sociedad, el ayuntamiento podía perfectamente encargarle cualquier actividad relativa a la vivienda o el urbanismo de forma directa sin necesidad de someterla a concurso, pues dicha sociedad, aun cuando participaba en ella un socio

¹² SANTIAGO IGLESIAS, D., *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Editorial Iustel, Madrid, 2010, pp. 220-223.

¹³ SERRA SERRA, N.; ROCA JUNYENT, M.; SOLER LLUSÀ, J., *Las sociedades de economía mixta de actuación urbanística*, Editorial Cocin, Barcelona, 1969, pp. 209.

privado, se consideraba un medio propio de la administración. El sistema era efectivo, se constituía la sociedad mixta con un socio privado constructora, urbanizadora o entidad financiera estableciendo como ventajas inherentes a la condición de socio privado la posibilidad del encargo directo por el ayuntamiento de obras o servicios, o derechos de preferencia en la adjudicación en procesos de selección de las obras de urbanización-construcción o de los contratos de financiación de actuaciones de la sociedad. Naturalmente, estas ventajas llevaban inherentes las obligaciones de colaborar en la programación y diseño de las actividades, así como la obligación de realizar las obras o la financiación en el caso de ausencia de licitadores a las mismas, con lo que la Administración se garantizaba así su realización. Expresamente se reconocía esta posibilidad de encargo directo de las obras de urbanización o edificación en la Ley de contratos de 1995¹⁴, que en su artículo 155¹⁵ excluía de las reglas de adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos en los supuestos, cuando las administraciones hubieran creado para la prestación del mismo una “*sociedad de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma*”. Como se observa, se excluía la aplicación del sistema concurrencial y se permitía el encargo directo tanto a una sociedad instrumental (100 % capital público) como mixta (capital mayoritario pero no exclusivo público). La posibilidad de dicho encargo directo a las sociedades mixtas fue cuestionada al considerar que era contraria a la normativa europea de contratación pública, que impone la aplicación de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad de trato, por el hecho de encontrarse participadas por sujetos privados. Tras distintas resoluciones e incluso sentencias contrarias a la regulación que de la contratación pública hacía la norma española, se elabora un texto refundido de la ley, en el que el nuevo artículo 154, teniendo una redacción casi idéntica al anterior 155, deja fuera a las sociedades mixtas de la exclusión antes indicada del párrafo segundo¹⁶. Por lo que, para encargar directamente, se requiere que la sociedad en capital sea “*exclusiva*” la participación de la administración o de un ente público de la misma. La reciente Ley de contratos del sector público (Ley 30/2007, de 30 de octubre), en su artículo 8, mantiene este criterio utilizando la expresión “*en su totalidad*”¹⁷. Ante esta nueva regulación, el problema que se ha suscitado es el es-

Regap



ESTUDIOS

¹⁴ Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas.

¹⁵ El referido artículo 155 (régimen general) de la Ley 13/1995, en sus disposiciones generales al definir el contrato de gestión de servicios públicos, establecía lo siguiente: “*1. Los contratos mediante los que las administraciones públicas encomienden a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por la presente ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio. 2. No serán aplicables las disposiciones de este título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la administración o de un ente público de la misma*”.

¹⁶ El artículo 154 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas establece en su párrafo segundo que: “*no serán aplicables las disposiciones de este título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la administración o de un ente público de la misma*”.

¹⁷ El artículo 8.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, indica que: “*las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública*”.

tablecer un procedimiento de selección del socio privado que otorgue la necesaria seguridad jurídica por ser acorde no solo con la normativa interior sino también con los principios de contratación pública o mercado interior de la Unión Europea, para poder establecer la posibilidad de que el socio privado pudiese realizar parte de las obras o servicios objeto de la sociedad como ventajas inherentes a su condición. La realidad ha sido que, desde ese momento, no se han constituido apenas sociedades mixtas y las que lo han hecho no han gozado de seguridad jurídica, al no existir una clara regulación, con los riesgos que ello conlleva y más si se tiene en cuenta que las operaciones urbanísticas son de considerable cuantía y pueden generar millonarias indemnizaciones en caso de nulidad de procedimiento. Esta problemática, puesta de manifiesto por los promotores públicos de toda Europa, agrupados en el Cecodhas, fue asumida por el Parlamento Europeo, que en su resolución legislativa sobre la colaboración público-privada, de 26 de octubre de 2006, tomaba nota de que los operadores deseaban claridad en la aplicación de la legislación sobre contratos públicos a la creación de empresa público-privadas en relación con la adjudicación de un contrato o una concesión, e invitaba a la comisión a formular “*con la mayor brevedad, las aclaraciones pertinentes*”. En cumplimiento de dicha invitación, la Comisión Europea emitió recientemente una comunicación interpretativa de fecha 5 de febrero de 2008, sobre lo que en Europa se denominan PPPI (Partenariado Público-Privado Institucional) o que se han traducido como colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) en España, concepto que comprende las sociedades mixtas, a través de convenios¹⁸, por expresa referencia en el texto. Esta comunicación interpretativa parte del hecho de que, durante años, “*el fenómeno de la colaboración público-privada*” se ha desarrollado en numerosos ámbitos. La característica de esta cooperación, en general a largo plazo, es la función asignada al socio privado, que participa en las distintas fases del proyecto de que se trate (diseño, ejecución y explotación), soporta los riesgos tradicionalmente asumidos por el sector público y contribuye con frecuencia a la financiación del proyecto. Pero que no obstante dichas ventajas, la incertidumbre jurídica que, al parecer, rodea la participación de socios privados en las colaboraciones público-privada institucionalizadas puede afectar al éxito de la fórmula. El riesgo de crear estructuras basadas en contratos que más tarde podrían no ajustarse al derecho comunitario puede, incluso, disuadir a las autoridades públicas y a las entidades privadas de fundar colaboraciones público-privadas institucionalizadas. Ante dicho problema, la comunicación señala las modalidades de aplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones en caso de creación y explotación de estas sociedades mixtas, para reforzar la seguridad jurídica y, sobre todo, responder a las dudas frecuentemente manifestadas de que

¹⁸ ALONSO UREBA, A., *La sociedad mercantil de capital como forma de la empresa pública local*, Universidad Complutense de Madrid, 1988, p. 98. Señala el autor que “*en la doctrina administrativa, ni siquiera aquellos que participaron en la ponencia que redactó estos preceptos, como es el caso de ALBI, llegan a delimitar con claridad qué supuestos se están contemplando en dicho precepto. En segundo lugar, se trata, como decimos, de un “convenio”; es decir, de una vinculación puramente contractual, lo que parece excluir la adquisición de participaciones o acciones en una sociedad ya existente y el de participación en la fundación de una sociedad de capital en las distintas formas ya examinadas, supuestos estos últimos contemplados separadamente por el Reglamento en los números 1 y 2 del art. 104. Pese a lo indeterminado del supuesto contemplado en el art. 104.3 del Reglamento, creemos, sin embargo, que tiene la virtualidad de poder operar como una especie de cláusula abierta a la que reconducir algunos casos diversos a los contemplados hasta ahora*”.

la aplicación del derecho comunitario a la participación de socios privados en las colaboraciones público-privadas institucionalizadas, convierta estas fórmulas en poco atractivas o, incluso, resulten imposibles. Es por tanto la finalidad del presente trabajo de investigación realizar el análisis de la referida comunicación, el proceso de constitución y el régimen subsiguiente de las sociedades mixtas que la misma establece, efectuando, con carácter previo, un breve análisis del concepto y régimen jurídico de las sociedades urbanísticas mixtas.

2 El objeto social de las sociedades urbanísticas mixtas

La Ley de contratos del sector público define la sociedad de economía mixta como aquella “en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”¹⁹. En esta misma línea, la normativa europea en la comunicación interpretativa de la Comisión Europea de fecha 5 de febrero de 2008 considera que esta sociedad mixta es la “cooperación entre actores públicos y privados que constituyen una entidad con personalidad jurídica y capital mixto para ejecutar obras o servicios públicos”. Precisando que “la aportación privada a los trabajos de la colaboración público-privada institucionalizada, además de la contribución al capital u otros activos, consiste en la participación activa en la ejecución de las tareas confiadas a la entidad de capital mixto y/o la gestión de dicha entidad. En cambio, la simple aportación de fondos por un inversor privado a una empresa pública no constituye una colaboración público-privada institucionalizada”. Como características esenciales de estas empresas mixtas se pueden extraer las siguientes:

- La heterogeneidad de su capital (público/privado), al concurrir la Administración y los particulares, lo que establece ventajas: compartir objetivos públicos/privados, el riesgo compartido, la facilidad de financiación e inversión conjunta y los beneficios mutuos económicos y de gestión.
- La permanencia y duración temporal de la misma. Tanto el texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, el reglamento de bienes de corporaciones locales, como la Ley de contratos del sector público, imponían un límite de duración de cincuenta años²⁰.
- La responsabilidad económica de las corporaciones locales se limitará a su aportación a la sociedad, como en cualquier otra sociedad mercantil de responsabilidad limitada.

¹⁹ Artículo 253, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

²⁰ El artículo 254. (Duración) El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes periodos: a) Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que este sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta 60 años.

Es muy interesante la constitución de una sociedad urbanística mixta, pues el objeto, y por lo tanto las finalidades para las que puede crearse, son muy variadas, ya que se constituyen “*para todos los fines de esta naturaleza incluidos en el ámbito urbanístico sin excluir ninguno de los fines comprendidos en el ámbito urbanístico*”²¹. De forma más concreta, el Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre “*constitución de sociedades urbanísticas por el Estado, organismos autónomos y corporaciones locales*”, dictado en desarrollo del artículo 115 del texto refundido de 1976²², en el artículo 1.1 establece que:

“El Estado y las entidades locales podrán constituir sociedades anónimas o empresas de economía mixta para la ejecución del planeamiento urbanístico. La misma facultad corresponde al Instituto Nacional de Urbanización y a los demás organismos autónomos con funciones urbanísticas que estén facultados por su normativa para crear o participar en estas sociedades. También podrán adquirir acciones de estas sociedades que se hallen constituidas”.

Para completar el análisis de su objeto²³ social, es necesario que se establezcan dos precisiones que limitan su actuación en un doble campo. Por un lado, no son administraciones y, por lo tanto, no pueden realizar actos que impliquen autoridad; y, por otro, son sociedades gestoras de servicios públicos, no empresas constructoras, por lo que no pueden ejecutar por sí mismas las obras. En primer lugar, a las sociedades urbanísticas no les está permitido realizar actos de autoridad que se encuentran reservados a la Administración o a esas personificaciones sometidas al derecho administrativo. En el campo de los servicios públicos locales, la LBRL lo deja perfectamente claro en su artículo 85.3 al indicar que: “*En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad*”. En el derecho urbanístico de las comunidades autónomas se sigue claramente esta línea. Así, en la Comunidad Autónoma de Valencia se indica que “*La actividad urbanística es una función pública que se desarrollará conforme a lo dispuesto en esta ley y en cualquiera de las formas autorizadas por la legislación reguladora de la administración actuante. En todo caso, las facultades que supongan ejercicio de autoridad se ejercerán siempre en*

²¹ Exposición de motivos del Reglamento de Gestión Urbanística (Aprobado por el Real Decreto 3288/1978).

²² El TR76 en su artículo 115 dispone que “*el estado y las entidades locales podrán constituir sociedades anónimas o empresas de economía mixta, con arreglo a la legislación aplicable en cada caso para la ejecución de los planes de ordenación*”.

²³ SANTIAGO IGLESIAS, D., *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios público*, Editorial Iustel, Madrid, 2010, p. 147. Señala la autora que, “*si el objeto social de las sociedades de economía mixta son las actividades de contenido económico que no implican el ejercicio directo de poderes públicos y que se hallan configuradas como un servicio público de competencia de una administración local, se plantea aquí cuál puede ser el alcance de dichas actividades: el contenido material de un solo servicio público o de varios servicios públicos. Dicho de otro modo, el problema que se plantea aquí es si las sociedades de economía mixta han de ser monofuncionales o si, por el contrario, pueden ser plurifuncionales. La conveniencia de que existan sociedades de economía mixta plurifuncionales se plantea desde el punto de vista económico: la gestión conjunta de varios servicios pueden generar economías de escala (por ejemplo, se pueden reducir los costes de gestión) y pueden mejorar, entre otros aspectos, la eficacia y eficiencia en la erogación del servicio. Para analizar correctamente esta cuestión, es necesario fraccionarla en dos. En primer lugar, debe estudiarse si es posible constituir una sociedad de economía mixta cuyo objeto social englobe actividades económicas diversas de modo que se posibilite la adjudicación a la misma de la gestión de varios servicios públicos y, en segundo lugar, si a una sociedad de economía mixta, constituida con un determinado objeto social que se traduce en la atribución de la gestión de uno o varios concretos servicios, se le puede encomendar la gestión de un nuevo servicio público*”.

régimen de derecho público y de gestión directa”²⁴. En segundo lugar, el artículo 3.5 del citado Decreto 1169/78 es perfectamente claro al indicar que “*la ejecución de obras se adjudicará por la sociedad en régimen de libre concurrencia, sin que, en ningún caso, pueda dicha sociedad ejecutarlas directamente*”. Sin embargo, es interesante destacar la clasificación de las sociedades urbanísticas mixtas, en relación a su objeto y su actividad. Se pueden clasificar cinco diferentes tipologías, tal y como se establece en el derecho comparado europeo, especialmente en la legislación francesa²⁵, que precisa la clasificación de las mismas por su objeto.

2.1 Sociedades de economía mixta para la preparación del suelo.

Son las que mejor responden a la naturaleza de la actuación urbanística. Se trata aquí de preparar y equipar –por esta razón se denominan en la legislación francesa sociedades de equipamiento– determinadas zonas o terrenos, no urbanizados, con la finalidad de hacerlas aptas para la ubicación en las mismas de polígonos industriales, de viviendas, terciarios o combinando dos o tres de estas finalidades en un mismo polígono. En estos supuestos, se trata no sólo de realizar las obras necesarias para la construcción de la red viaria, sino que, en muchos casos, puede tratarse de una verdadera conversión del terreno, explanándolo, demoliendo edificaciones, etc. Asimismo, y en esto estriba la característica más acusada de la operación, la sociedad gestora procede a proveer de servicios a la zona donde actúa. Estos servicios pueden ser muy diversos y están directamente vinculados a la condición o naturaleza del polígono resultante. Así, aparte de las más elementales obras de infraestructura, comprensivas de los servicios de agua, luz y alcantarillado en una zona industrial, puede resultar imprescindible la realización de una estación ferroviaria o marítima según se trate. Es más, especialmente en polígonos de viviendas, toda una serie de edificaciones, etc. deben entenderse como servicios elementales de que debe proveerse la zona. Se hace referencia a escuelas, centros administrativos y deportivos, culturales y comerciales, jardines, lugares públicos de esparcimiento y reposo sin los que la zona se convierte en una absurda aglomeración. Desde un punto de vista urbanístico, la desconcentración que anima en la actualidad la mayor parte de las actuaciones de aquella índole, especialmente en las grandes ciudades, no tiene sentido si en el polígono resultante las familias que en el mismo se ubican no encuentran los medios y servicios necesarios para atender a todas sus necesidades. Hasta el momento se ha hecho referencia a los polígonos industriales y de vivienda, como resultado de la actuación de una sociedad cuyo objeto fuera la preparación del suelo. Cabe también incluir dentro de sus posibles actividades la de construcción de polígonos terciarios, dedicados fundamentalmente a grandes centros comerciales. Sin embargo, en muchas ocasiones responden estos a una deficiencia inicial de no haber equipado u ordenado correctamente los polígonos de vivienda; por ello, en la

²⁴ Artículo 3.1 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat Urbaniística Valenciana – LUV.

²⁵ SERRA SERRA, N.; ROCA JUNYENT, M.; SOLER LLUSÀ, J., *Las sociedades de economía mixta de actuación urbanística*, Editorial Cokin, Barcelona, 1969.

práctica deben confundirse en muchas ocasiones estas dos distintas características. Sea cual fuere la naturaleza del polígono resultante de la actuación de la sociedad, es evidente, no obstante, que en ningún caso la misma emprenderá, cuando su objeto social sea exclusivamente la preparación del suelo, la construcción de viviendas o la edificación en general. Su actividad se terminará en la venta de los terrenos aptos para su edificación inmediata, en los que se incluirán naturalmente, los edificios públicos, sociales, socio-educativos, escolares, comerciales, etc., en el supuesto de que ningún organismo público o concesionario deba hacerse cargo de los mismos.

2.2 Sociedades de economía mixta para la construcción de viviendas.

Este tipo de objeto social puede dar lugar a una sociedad distinta o constituirse como un aditamento a alguna sociedad de las de preparación del suelo. En ambos supuestos, la finalidad constante es la asunción directa de la edificación de viviendas²⁶ para fines sociales²⁷. Las características especiales de este tipo de operación, vinculada íntimamente a la política general de la vivienda que en cada momento se siga, aconsejan la plena diferenciación con las sociedades de preparación del suelo. Especialmente se fundamenta ello en la necesidad de un control más rígido en las de construcción de viviendas, y en sus posibles fuentes de financiación, distintas a las de otros tipos de sociedades de economía mixta, por cuanto la construcción de viviendas de alquiler moderado podría gozar de unas subvenciones o primas de carácter estatal. La materia exige indudablemente un minucioso estudio, distinguiendo entre tipos de vivienda a construir y clasificando los recursos con que se pueda contar. Por otra parte, es obvio que la escasez de medios de actuación en este campo es muy inferior a la existente con respecto a la de los demás objetos definidos. Es por ello que, inicialmente, la construcción de viviendas puede quedar marginada de los objetos posibles de una sociedad de economía mixta de actuación urbanística, atendido, además, que resulta presumible que el abaratamiento del precio de venta de los solares tenga una repercusión igualmente beneficiosa en el precio o renta de las viviendas que en los mismos se construyan y que nada impide, además, fijar estos extremos en los contratos de venta a suscribir con los constructores o promotores.

²⁶ El Real Decreto Estatal 233/2013, de 5 de abril, define el concepto de vivienda protegida: *"En todo caso habrán de cumplir como mínimo con los requisitos siguientes: La vivienda protegida deberá destinarse a residencia habitual y permanente del propietario o del inquilino. Deberán contar con un precio máximo de venta de la vivienda protegida en venta o un alquiler máximo de referencia de la vivienda protegida en alquiler. Disponer de una superficie útil máxima de 90 m², sin incluir, en su caso, una superficie útil máxima adicional de 8 m² para trasteros anejos y de otros 25 m² destinados a una plaza de garaje"*.

²⁷ La doctrina administrativa portuguesa interpreta el artículo 5 del RJSEL en el sentido de que el legislador ha decidido con este precepto limitar el fin lucrativo que se pretende conseguir a través de la creación de sociedades de economía mixta. Se habla de una "subalternización" de fin lucrativo. Véase COSTA GONÇALVES, P., *Regime jurídico das empresas municipais*, Editorial Almedina, 2007, p. 131.

2.3 Sociedades de economía mixta de renovación urbana²⁸.

La Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas acierta en el diagnóstico al poner un énfasis especial en las oportunidades económicas que se plantean como consecuencia de la Ley de las tres R y señala adecuadamente que el proyecto de futuro de la ciudad está en su transformación interior, en sus tres escalas de actuación, aunque la ley no alcanza a resolver el marco económico en el que se puede desarrollar y además abunda en técnicas de difícil aplicación e interpretación jurídica. Por ello, la Ley 8/2013 fomenta la colaboración público-privada a través de la figura de la colaboración público-privada institucionalizada. Por otro lado, la crisis sanitaria del Covid-19 nos ha obligado a pensar en nuevas perspectivas y soluciones que generen nuevas alternativas tanto para la convivencia poscovid de los ciudadanos como para la mejora de la ciudad consolidada, con instrumentos de intervención más sencillos, claros y transparentes, con ciudades con más espacios abiertos y más sostenibles. Con ello, pretendemos volver a recolocar a las sociedades urbanísticas mixtas en el eje de atención de la colaboración público-privada en materia de urbanismo. La intervención en la ciudad consolidada, y en concreto la promoción de la rehabilitación, constituye una materia donde las sociedades urbanísticas mixtas pueden ayudar a una correcta gestión integral de la zona, ya que fundamentalmente existe un problema de financiación, de coordinación e incentivación de todos los agentes intervinientes. Consideramos que las sociedades mixtas pueden ser útiles en el marco de una nueva convivencia pospandemia, pueden ser un instrumento de gran ayuda para incentivar la transformación de nuestras ciudades bajo los auspicios de la regeneración, rehabilitación y renovación urbana. Todo ello va a conllevar la necesidad de políticas transversales en la potenciación de la rehabilitación de nuestras ciudades como del sector de la economía, dado que incentivar la construcción es un motor de empleo y de riqueza. En época de pospandemia se podría proponer dar un nuevo impulso a las sociedades urbanísticas mixtas, porque si una cosa ha demostrado la crisis sanitaria del Covid-19 es que Administración y particulares (en nuestro caso, promotores de suelo y entidades financieras) deberían ir frecuentemente de la mano pactando, colaborando y llegando a acuerdos para temas que afecten a la colectividad, al interés público y, por supuesto, al urbanismo de nuestras ciudades. Esa etapa de poscovid debería fomentar la existencia de la colaboración público-privada institucionalizada, precisamente para reubicar nuevos espacios en el Plan General de Ordenación Urbana, en los planes parciales o en los planes especiales de nueva convivencia social, con espacios abiertos, con superficies redimensionadas que faciliten la cohesión social y la integración de todos los ciudadanos. El replantearse espacios más abiertos, muchos de ellos con terrazas que

Regap



ESTUDIOS

²⁸ CASTELAO RODRÍGUEZ, J., *Ley de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*, Editorial La Ley, Madrid, 2013, p.159. Al respecto, el autor establece lo siguiente: "Las actuaciones de regeneración y renovación urbanas tendrán, además, carácter integrado cuando articulen medidas sociales, ambientales y económicas enmarcadas en una estrategia administrativa global y unitaria".

²⁹ ARAGÓN REYES, M., "Covid-19: Aproximación constitucional a una crisis", *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 32, 2020, pp. 1-5.

den al aire libre dentro del marco de un urbanismo más social, buscando espacios energéticamente sostenibles y cumpliendo con los mandatos que vienen del viejo continente, hará que propietarios de suelo y promotores quieran reactivar el sector de la construcción mediante la colaboración público-privada institucionalizada, bastante golpeada, en primer lugar, por el estallido de la burbuja inmobiliaria del año 2008, y en la actualidad, por la crisis sanitaria de la pandemia del Covid-19.

Por tanto, las sociedades urbanísticas mixtas deben servir dentro de su objeto social para preparar, equipar y construir, pero con la circunstancia muy calificada de hacerlo en una zona ya urbanizada, para su remodelación y mejor encuadre dentro del conjunto urbanístico de una mayor ordenación. Ello supone importantes obras de demolición con los consiguientes problemas jurídicos que esto plantea, especialmente en orden a las indemnizaciones a los habitantes de la zona. En este orden, no es el montante de estas indemnizaciones lo que encarece y dificulta la operación, sino los problemas que lleva aparejados el desahucio y la necesidad de atender a una nueva instalación de los habitantes de la zona, aun cuando sea temporalmente y para regresar después en los inmuebles de nueva construcción. A los problemas jurídicos deben adicionarse los meramente técnicos, de importante envergadura. Se trata de aprovechar unas instalaciones que sólo lo pueden ser en parte, pero que obligan a trabajar en unas condiciones de limitación notables. Por otra parte, en las operaciones de renovación urbana deben, normalmente, emprenderse obras que son exigidas, más que por la misma zona a renovar, por el planeamiento de la mejora de todo el núcleo urbano en que esta se halle (grandes viales de descongestión, etc.). Todo este conjunto de características repercuten en un coste económico de enorme trascendencia; son, las de renovación urbana, operaciones muy costosas, que requieren grandes volúmenes de inversión, y en las que, además, la autofinanciación resulta prácticamente imposible. Téngase presente que las sociedades de preparación del suelo o de construcción de viviendas pueden mediante actuaciones parciales realizar con cierta rapidez parte de la zona ya equipada, lo que repercute sensiblemente en la marcha de su situación financiera. Por el contrario, en la renovación urbana, la actuación parcial sólo es posible cuando se han efectuado inversiones muy notables; prácticamente sólo en la etapa de construcción, cuando la demolición, preparación y equipamiento ha supuesto ya un notable volumen de gastos.

2.4 Sociedades de economía mixta para la realización de grandes obras de infraestructura.

Se consideran en este apartado la construcción de túneles, autopistas, abastecimientos de aguas y obras similares, que afectando a los municipios u organismos territorialmente competentes, desbordan por su trascendencia los límites jurisdiccionales de los mismos, para incidir plenamente en el campo del interés general nacional. Por otra parte, se trata de obras de gran envergadura que sin la ayuda estatal –en una u otra forma– resultan prácticamente inviables. Es por ello que su régimen jurídico y financiero no puede ser el mismo que para las restantes sociedades de economía

mixta de actuación urbanística, exigiendo un tratamiento especial. Diversos problemas se plantean en el estudio de este tipo de sociedades. Estas grandes obras³⁰ de infraestructura se configuran normalmente al margen de aquellos planes o proyectos, o en todo caso, el sistema elegido para su actuación no es ninguno de los propiamente urbanísticos. Serían muchos los razonamientos que podrían abogar por el mantenimiento de esta separación, especialmente en función de la protección de los derechos de los particulares. Sin embargo, es evidente que estas grandes obras de infraestructura suelen ir acompañadas de una inmediata revalorización de los terrenos colindantes, que para perfeccionarse precisará la realización de típicas obras de urbanización. En tales supuestos, el precio de venta de los solares resultantes de la actuación urbanística en las zonas colindantes de grandes obras de infraestructura debería calcularse en razón del valor de los terrenos adquiridos y costes de las obras necesarias para la urbanización de aquellos solares, más la incidencia en los mismos –determinada mediante un coeficiente– de aquellas grandes obras. Esta fórmula, aparte de suponer un sistema de financiación de las obras de infraestructura, pone de manifiesto la conveniencia de vincular la actuación urbanística a la realización de aquellas. El medio o instrumento más apropiado parece ser una sociedad de economía mixta, a la que cabría determinar dos distintos orígenes. En primer lugar, mediante la constitución de la misma, con el concurso de las corporaciones afectadas y particulares³¹ interesados, con el doble objeto de la actuación urbanística en la zona colindante y construcción de las grandes obras de infraestructura. En tal supuesto, aparte de los medios directos de financiación de estas últimas, el precio de venta de los solares de la zona, una vez urbanizados, sería incrementado en un determinado coeficiente que se aportaría al costeamiento de las obras de infraestructura. Ello sólo sería posible si el precio de expropiación fuera muy económico y la incidencia de éstas notable en el orden de aprovechamiento y utilización de la zona. En segundo lugar, mediante la constitución de una sociedad de economía mixta, con la exclusiva finalidad de construir determinadas grandes obras de infraestructura, y que contaría entre sus medios de financiación con las sumas que por aplicación de aquel coeficiente le reconocería otra u otras sociedades mixtas de preparación del suelo, que actuarían en la zona que se considera como influenciada por aquéllas. Con arreglo al criterio de discriminación y separación de objetos, este último camino sería el más aconsejable, a los efectos de no confundir las distintas operaciones a realizar, e impedir posibles abusos. Además, tal sistema no alteraría las normas generales trazadas para el conjunto de sociedades de economía mixta de actuación urbanística, regulando únicamente el supuesto especial de las que se dedicaran a las grandes obras de infraestructura. La única salvedad estribaría en los casos en que los

Regap



ESTUDIOS

³⁰ SERRA SERRA, N.; ROCA JUNYENT, M.; SOLER LLUSÀ, J., *Las sociedades de economía mixta de actuación urbanística*, Editorial Cocin, 1969, Barcelona.

³¹ SANTIAGO IGLESIAS, D., *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Editorial lustel, Madrid, 2010, p. 144. Señala la autora que "ha de tratarse de una actividad que, estando configurada como un servicio público, sea susceptible de explotación por empresarios particulares, lo que implica que dicha actividad tenga un contenido económico. Esta exigencia es consecuencia del ánimo de lucro que subyace en todo provecho económico puede provenir de las tarifas que se perciban de los usuarios, del precio que abone la administración o bien, de la explotación de los bienes o derechos que la administración le ceda a dichos particulares".

terrenos colindantes ya estuviesen urbanizados. Sin embargo, en la práctica, ni lo estarán totalmente ni será imposible encontrar otros medios sustitutivos.

2.5 Sociedades de economía mixta para la explotación de servicios públicos derivados de la actuación urbanística.

Normalmente de una actuación urbanística programada e integral, se derivan una serie de servicios públicos, que, asimismo, la lógica impone que sean atendidos por las propias corporaciones, a las cuales revierten de inmediato. Sin embargo, como en muchas ocasiones dichos servicios son atendidos mediante la figura de concesionarios, se plantea el problema de si las propias sociedades mixtas de preparación del suelo o de renovación urbana pueden ser concesionarias de aquellos servicios. Aun incurriendo en un desbordamiento de la finalidad originaria de la sociedad economía mixta de actuación urbanística, podría defenderse la procedencia de que esta fuera a su vez titular, como concesionaria de determinados servicios públicos. Sin embargo, manteniendo lo argumentado anteriormente, creemos que las sociedades mixtas deben tener objetos exclusivos y perfectamente delimitados y delimitables que no requieran la utilización de técnicas diferentes, ya que deberían ser sociedades mixtas, específicas, aquellas que acometieran la explotación de servicios públicos³² derivados de la actuación urbanística. Nada impide vincular una sociedad con la otra, mediante la determinación de los correspondientes convenios, de todas maneras no se trataría de que la sociedad de economía mixta de preparación de suelo contribuyera a la financiación de una sociedad de economía mixta detentadora de un determinado servicio público, sino viceversa. Esta, que en algunos casos encontraría las instalaciones ya realizadas, solo debería atender a su mantenimiento y explotación, pudiendo venir obligada a satisfacer determinados cánones a la sociedad mixta de preparación de suelo, con lo que esta vendría a disponer de unos ingresos regulares o según fuera la solvencia de la que tuviera que pagar; estaríamos en poder de un documento bancario negociable y capitalizable que ayudaría a la financiación de dichas sociedades. Por ello, desde nuestro punto de vista era mucho más optimista de antaño en la prosperidad y practicidad de dichas empresas en relación a su objeto, que en la actualidad, en un marco de crisis económica. En estos momentos, nuestro optimismo se ha vuelto opaco debido a la clasificación de la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, al calificarlas como sociedades de segundo escalón con las drásticas consecuencias económicas que conlleva para las mismas dicha clasificación.

³² CHINCHILLA MARÍN, C., *Servicio Público, ¿crisis o renovación?, Régimen jurídico de los servicios públicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 92.

3 La transformación de una sociedad mercantil íntegramente pública en una sociedad de economía mixta. La decisión de transformación de la sociedad pública

Los entes locales cuentan con total libertad para elegir, de entre las opciones previstas en el art. 85.2 LBRL, por la constitución de una sociedad local para la prestación de un servicio público local. En todo caso, el art. 276 TRLCSP establece un límite, que no podrán ser gestionados de forma indirecta aquellos servicios públicos que impliquen el ejercicio de autoridad³³. En la Empresa Municipal de Obras y Proyectos Urbanos de Palma de Mallorca (EMOP), tuve la oportunidad de participar en la creación de una empresa mayoritariamente pública, pero con capital privado, y como socio de la misma, otra administración, de carácter supramunicipal, que intervenían en el capital social, para un objeto concreto y determinado, por el tiempo que duren las obras y la explotación de la misma. Nos estamos refiriendo a la Empresa Pública Mixta del “Palacio de Congresos S.A.”, que empezó con la participación pública del Ayuntamiento a través del EMOP (actualmente SMAP³⁴) y de la Consellería de Turismo de les Illes Balears (a través del INESTUR S.A.), con cierta inversión privada de hoteleros mallorquines de prestigio consolidado. El gran problema que tuvo la empresa mixta no estuvo vinculada a su estructura interna y sus motivos de constitución, ya que coincidió con la crisis del sector inmobiliario. En relación a su ubicación en la primera línea de la fachada del Paseo Marítimo de Palma, y la protección del edificio de GESA como bien de interés cultural (BIC), por parte del Consell Insular de Mallorca, que impedía su demolición al ser un bien protegido, pese a los inconvenientes urbanísticos que existían en la zona donde se ubicaba dicho edificio, para el desarrollo urbanístico de la fachada, porque el problema de las sociedades urbanísticas mixtas no siempre se refleja en su estructura interna, y en el motivo que llevó a su creación, ya que todo ello debe ir acompañado de una voluntad política clara y firme en materia de urbanismo, calculando las inversiones financieras a realizar juntamente con aquellas unidades de actuación que están sometidas a un sistema de expropiación para la adquisición por parte del Consistorio de zonas verdes, calculando el coste de las mismas. El anteproyecto de urbanización de la fachada marítima de Palma, elaborado por el prestigioso arquitecto Patxi Mangado y gestionado por la EMOP, tenía como eje principal del “proyecto estrella” el Palacio de Congresos³⁵ y un hotel

³³ DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. y RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., *El régimen de constitución, organización y contratación de las sociedades mercantiles locales*, Editorial La Ley, 2013, p. 262. Señalan los autores que “esta limitación es también muy frecuente en la legislación urbanística autonómica, que impide que las sociedades urbanísticas realicen actividades que impliquen ejercicio de autoridad o prerrogativas o potestades públicas (salvo las expresamente autorizadas como la expropiación, en ocasiones)”.

³⁴ SOCIAS CAMACHO, J. M. y BLASCO ESTEVE, A., *Derecho local de las Islas Baleares*, Ed. Iustel, Madrid, 2014, p. 210-211. Señalan los autores que “el Ayuntamiento de Palma gestiona servicios públicos a través de cuatro sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal: EMAYA S.A., EMT S.A., EFM S.A. y SMAP S.A. Dispone, a través de la sociedad SMAP S.A., del 50% del capital social de PALACIO DE CONGRESOS DE PALMA S.A.”.

³⁵ SOCIAS CAMACHO, J. M. y BLASCO ESTEVE, A., *Derecho local de las Islas Baleares*, Editorial. Iustel, Madrid, 2014, p. 211. Señalan los autores que “el Palacio de Congresos de Palma S.A., con capital social al 50% de SMAP S.A. y de INESTUR S.A., se creó para

de lujo anexo al mismo. A día de hoy, las administraciones públicas responsables no han llegado a ponerse de acuerdo, principalmente por problemas de financiación y falta de claras ideas urbanísticas consensuadas, con todos los agentes afectados, influyendo gravemente en la imagen urbanística y turística de Palma de Mallorca, ya que los números visitantes que llegan a la isla, especialmente en época estival, provenientes del aeropuerto de Son Sant Joan, se enfrentan al enorme impacto visual que produce el Palacio de Congresos inacabado, en un solar totalmente inadecuado por su ubicación, tapando las vistas a nuestra reconocida Catedral Gótica palmesana. Todo ello con independencia de los numerosos litigios contencioso-administrativos que la Empresa Núñez y Navarro S.A., promotora de las mismas, ha tenido que interponer a las administraciones competentes de Baleares, derivadas de millonarias indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos en materia de responsabilidad patrimonial, y que han afectado claramente a la planificación del urbanismo de la ciudad. Precisamente por la falta de coherencia urbanística con la que se ha actuado, a día de hoy tenemos las obras inacabadas, y sin perspectivas claras de solucionar el problema a corto plazo. Ello implica, por nuestra experiencia en una sociedad urbanística mixta, que no sea del todo positiva, no tanto por tener un socio privado, sino por la falta de planificación y financiación derivados del sector público, en colaboración con el sector privado. Ahora bien, cosa totalmente diferente es “transformar” una sociedad de capital íntegramente público en una sociedad de economía mixta, ya que para ello no es necesario tramitar el expediente regulado en el art. 97 LBRL, cuyo objetivo fundamental es justificar la conveniencia y oportunidad de la implantación de un determinado servicio. Eso ahora no es procedente, por lo que es suficiente el acuerdo del Pleno en el que se decida el cambio de la forma de gestión, junto con la mención a las características de la sociedad a la que se pretende atribuir la gestión del servicio. No vamos a profundizar en el estudio de los expedientes de municipalización en relación a la fase interna de la sociedad y su relación con la Administración matriz. En relación con la constitución³⁶ de una sociedad de economía mixta a partir de otra sociedad preexistente, el art. 104 RSCL establece que la constitución de la sociedad de economía mixta puede tener lugar, bien por “adquisición por la corporación interesada de participaciones o acciones de empresas ya constituidas, en proporción suficiente para compartir la gestión social” o bien por “convenio con una empresa única ya existente, en el que se fijará el estatuto por el que hubiere de regirse en lo sucesivo”. Ninguna de estas previsiones encaja con la modalidad de constitución de la sociedad mixta que vemos en este apartado, pues se ocupan de supuestos en los que la entidad local adquiere parte del capital de empresas privadas, y no es el caso. Por tanto, la creación de sociedades de economía mixta a partir de la privatización

la construcción, gestión y promoción del Palacio de Congresos de Palma de Mallorca’.

³⁶ SERRA SERRA, N.; ROCA JUNYENT, M. y SOLER LLUSÀ, J., *Las sociedades de economía mixta de actuación urbanística*, Editorial Cocin, Barcelona, 1969, p. 207. Señalan los autores que “el expediente de municipalización, de ajustarse a las normas que al efecto previene la legislación local, contiene algunos extremos que se presentan como prácticamente insuperables en el supuesto de una actuación urbanística. Fundamentalmente, el problema planteado por la fijación de las tarifas. En todo expediente de municipalización tiene que existir un cuadro de las tarifas del servicio. ¿Qué tarifas deberían incluirse en una actuación urbanística? Para González-Berenguer, estas tarifas podrían sustituirse por un cuadro de precios de venta de los terrenos urbanizados. Puede admitirse que, a lo sumo, esta sea una solución teórica, pero nunca práctica, y casi siempre inviable’.

parcial de empresas públicas locales a través de la venta de parte de sus acciones no está prevista ni en el RSCL, ni en el TRRL, aunque tampoco existe ninguna norma que prohíba expresamente esta posibilidad.

4 Conclusión

Las sociedades mercantiles locales de carácter mixto constituidas por empresas de capital público y socios privados se presentaban como una solución alternativa a la prestación directa por parte de las sociedades de capital íntegramente público; sin embargo, nuestra interpretación es mucho más restrictiva, desde la aprobación hace ahora diez años de la Ley de racionalización del sector público local, en referencia a las taxativas restricciones que la misma realiza a la creación de entidades de segundo nivel, en las que nos atrevemos a incluir a las sociedades urbanísticas mixtas. Dichas sociedades que hasta ahora en el campo del urbanismo habían desarrollado una gestión bastante opaca, en tiempo de pospandemia no debería ser del todo descabellado apostar por un sistema de gestión indirecta a través de las empresas mixtas, ya que es el socio privado el que gestiona el urbanismo, porque es el único que tiene recursos técnicos y económicos. Sin embargo aunque por su especial constitución hubieran podido suponer un alivio para la crisis del urbanismo, especialmente para el debilitado ámbito local, no lo han conseguido debido a las especiales peculiaridades, harto complicadas de su sistema de contratación pública, especialmente en la elección del socio privado y en la gestión cotidiana de la empresa. No han sido en la práctica las sociedades mixtas todo lo ágiles que se les presuponía, aunque en la época de crisis económica en la que todavía estamos inmersos no estoy totalmente en desacuerdo en apostar por esa colaboración público-privada para agilizar el urbanismo y, por supuesto, para llegar a una actuación pública más eficiente en la reestructuración del sector público-local, siguiendo los criterios provenientes de Europa. Combinar derecho público-privado en el régimen jurídico de un mismo ente instrumental como son las sociedades urbanísticas mixtas muchas veces, como hemos visto a lo largo del presente trabajo, no ha dado el resultado esperado, y quizá sería un buen momento para replantearse el futuro de las mismas.

5 Bibliografía

- LBI, F., Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales, Editorial Aguilar, Madrid, 1960.
- ALEMANY GARCÍAS, J., La colaboración público-privada institucionalizada en el ámbito urbanístico local, Editorial Reus, Madrid, 2018.
- ALONSO UREBA, A., La sociedad mercantil de capital como forma de la empresa pública local, Universidad Complutense de Madrid, 1988.
- ARAGÓN REYES, M., “Covid-19: Aproximación constitucional a una crisis”, Revista General de Derecho Constitucional, n. 32, 2020.
- CANE, P. Administrative Law, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Regap



ESTUDIOS

- CASTELAO RODRÍGUEZ, J., *Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas*, Editorial La Ley, Madrid, 2013.
- CHINCHILLA MARÍN, C., *Servicio Público, ¿crisis o renovación?*, Régimen jurídico de los servicios públicos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- COSTA GONÇALVES, P., *Regime jurídico das empresas municipais*, Editorial Almedina, 2007.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., y RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B. *El régimen de constitución, organización y contratación de las sociedades mercantiles locales*, Editorial La Ley, Madrid, 2013.
- ENDICOTT, T., *Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- ENTRENA CUESTA, R., “Consideración sobre la teoría general de los contratos de la administración”, *Revista de Administración Pública*, n. 24, 1957.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “El derecho a una buena administración. Una nueva mirada a la Administración y al derecho administrativo”, *Anuario de Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación: ABGCR*, n. 1, 2020.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Editorial Civitas, Navarra, 2006.
- GASCÓN MARÍN, J., *Tratado de Derecho Administrativo, Principios y Legislación Española*, tomo I, C. Bermejo, Madrid, 1935.
- PAGÈS I GALTÉS, J., *Fiscalidad de las sociedades municipales*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., “Los convenios interadministrativos en el Derecho italiano”, *Revista de Administración Pública*, n. 163, 2004.
- SALA ARQUER, J.M., “La empresa mixta como modo de gestión de los servicios públicos en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 90, 1996.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “Gobierno y administración: Una reflexión preliminar”, *Revista Documentación Administrativa*, n. 215, 1988.
- SANTIAGO IGLESIAS, D., *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Editorial Iustel, Madrid, 2010.
- SERRA SERRA, N.; ROCA JUNYENT, M. y SOLER LLUSÀ, J., *Las sociedades de economía mixta de actuación urbanística*, Editorial Cocin, Barcelona, 1969.
- SOCIAS CAMACHO, J.M. e BLASCO ESTEVE, A., *Derecho local de las Islas Baleares*, Editorial Iustel, Madrid, 2014.
- VILLAR PALASÍ, J.L., “La actividad industrial del estado en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 3.
- VILLAREJO GALENDE, H., “Colaboración público-privada para la revitalización de espacios urbanos: la introducción de los business improvement districts en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de Gestión Pública*, volumen III, n. 2, 2014.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_enero-junio 2024 | pp. 197-222
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v67i1.5125>
© Jaime Clemente Martínez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 06/10/2023 | Aceptado: 19/12/2023

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

67 Regap

A Defensoría Veciñal e o seu papel garante do bo goberno local

La Defensoría Vecinal y su papel garante del buen gobierno local

The Neighbourhood Ombudsperson and their role in ensuring good local governance

Regap



ESTUDIOS

JAIME CLEMENTE MARTÍNEZ

Profesor de Derecho Constitucional de la Universitat Jaume I de Castelló

jaime.clemente@urv.cat

ORCID 0000-0002-3092-0401

Resumo: Este traballo versa sobre a utilidade que ten na Administración local a creación dunha Defensoría Veciñal, como unha ferramenta para previr actuacións arbitrarias que poidan levar a cabo o executivo municipal. Abórdase a regulación que permite a súa creación e como iso se viu ampliado pola lexislación autonómica. Así mesmo, estúdase o réxime xurídico de designación das defensorías, as competencias asignadas e os recursos que se puxeron á súa disposición. Todo iso, co obxecto de poñer en valor unha figura que, malia que descoñecida no ámbito local, pode axudar notoriamente a garantir o bo goberno nas entidades territoriais máis próximas á cidadanía.

Palabras clave: Defensoría Veciñal, bo goberno, autonomía local, incompatibilidades, interese xeral, Defensor do Pobo.

Resumen: El presente trabajo versa sobre la utilidad que tiene en la Administración local la creación de una Defensoría Vecinal, como una herramienta para prevenir actuaciones arbitrarias que puedan llevar a cabo el ejecutivo municipal. Se aborda la regulación que permite su creación y como ello se ha visto

ampliado por la legislación autonómica. Asimismo, se estudia el régimen jurídico de designación de las defensorías, las competencias asignadas y los recursos que se han puesto a su disposición. Todo ello, con el objeto de poner en valor una figura que, aunque desconocida en el ámbito local, puede ayudar notoriamente a garantizar el buen gobierno en las entidades territoriales más cercanas a la ciudadanía.

Palabras clave: Defensoría Vecinal, buen gobierno, autonomía local, incompatibilidades, interés general, Defensor del Pueblo.

Abstract: This work deals with the usefulness of the creation of a Neighborhood Ombudsman in the local administration, as a tool to prevent arbitrary actions that the municipal executive may carry out. The regulation that allows its creation is addressed and how this has been expanded by regional legislation. Likewise, the legal regime for appointing ombudsmen, the powers assigned and the resources that have been made available to them are studied. All of this, with the aim of highlighting a figure that, although unknown at the local level, can help, notably, to guarantee good government in the territorial entities closest to citizens.

key words: Neighbourhood Ombudsperson, good governance, local autonomy conflicts of interest, public interest, Ombudsperson

SUMARIO: 1. Introducción al papel del Defensor Vecinal: competencias y actuaciones. 2. La regulación normativa de los defensores vecinales. 3. La elección de la Defensoría: requisitos, incompatibilidades y convergencia con otras figuras. 4. La Defensoría Vecinal como vigilante del buen gobierno local 5. La asignación de recursos y la eficacia de las acciones emprendidas por las defensorías vecinales: una asignatura pendiente. 6. Instituciones análogas a las defensorías vecinales y vínculos con el Defensor del estatal y los autonómicos. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1 Introducción al papel del Defensor Vecinal: competencias y actuaciones

En los últimos años, la Administración local ha mostrado numerosos casos de arbitrariedad que han generado gran desconfianza de la ciudadanía hacia dicha institución. En aras de tratar de conseguir que la actuación de estos entes locales sea adecuada a la normativa y a los intereses generales, se han comenzado a crear instituciones como los defensores vecinales. De tal modo, resulta de interés abordar cómo actúan dichos defensores y qué ámbitos competenciales tienen, cuál es su régimen de elección e incompatibilidades, su papel para garantizar el buen gobierno local, los recursos que se le asignan y su efectividad, actuaciones y la semejanza de dichas defensorías con otras similares con las que además deben colaborar para mejorar la eficiencia en sus actuaciones. Todo ello, con el objeto de poner en valor la gran oportunidad que tienen los ayuntamientos de crear dichas defensorías para proteger los intereses de su comunidad local.

Aunque comienza a extenderse, la figura del Defensor Vecinal es todavía poco habitual en nuestro país, pero, como apuntábamos, con un potencial inmenso. Aquellas entidades locales que han querido implantarlo han hecho que se trate de un verdadero garante de los derechos de la ciudadanía frente a las actuaciones, no siempre ajustadas a derecho, que realizan las administraciones locales.

Así pues, las funciones que se acostumbra a asignar a dicho Defensor por parte de las entidades locales son las de recibir quejas sobre retrasos, errores o deficiencias en

los servicios municipales, vigilar arbitrariedades y falta de motivación de decisiones, inexecuciones de resoluciones, trato indebido con la ciudadanía, falta de respuesta a solicitudes o negativa a facilitar información municipal¹. De tal forma, se trata principalmente de funciones de atención de quejas sobre una inadecuada actuación de la entidad local, aunque no son las únicas que se asignan a dichos defensores, ya que, por ejemplo, en el Ayuntamiento de Cabra² se le asigna a su Defensor de la Vecindad funciones de información a la ciudadanía sobre dudas que les surjan de los trámites que deban realizar con la entidad local. En efecto, tanto las funciones de investigación sobre quejas como la de información a la ciudadanía son tareas que hacen de las defensorías instituciones que permiten cumplir la necesaria inmediatez y cercanía que merece la ciudadanía, dos principios propios de la actuación de dichas defensorías, como apunta García-Calabrés Cobo³.

Así mismo, en el Ayuntamiento de Alhama de Murcia, el Defensor del Vecino tiene entre sus competencias la realización de informes a petición del Pleno de la Corporación⁴, lo que serviría a dicho órgano colegiado para tener un criterio adicional antes de tomar una decisión de trascendencia local. Además, se asigna no solo la vigilancia de la legalidad sino también funciones de informe a los defensores municipales que existan en el ámbito de la Comunidad Valenciana⁵, en concreto como órgano de consulta del Consejo Social del municipio. En consecuencia, se aprecia que no siempre tienen un papel antagónico a los servicios municipales, sino que también pueden apoyarlos en su día a día.

En todo caso, téngase en cuenta que el trabajo realizado por los defensores del vecindario será percibido en muchas ocasiones por los dirigentes públicos de las entidades locales como una traba o una injerencia en su actuación municipal, en la medida en que pondrán de manifiesto los errores o actuaciones reprochables que hayan efectuado. Si bien, no debe verse de tal modo a dichos defensores, ya que el papel que pueden llevar a cabo es una verdadera actividad de control hacia la Administración para la que trabajan, asegurándose de que no caen en la prohibición constitucional de actuar de forma arbitraria. De hecho, los defensores llevan a cabo una función mediadora entre la ciudadanía y el ayuntamiento, por lo que no debe ser vista dicha figura como un enemigo del consistorio, sino como una oportunidad de mejorar una situación que ha perjudicado a un ciudadano y a la que se le puede poner remedio sin necesidad de acudir a la vía judicial. En efecto, como ya apuntaba

¹ Podemos encontrar estas funciones en la mayoría de defensores vecinales, tales como los siguientes: Defensora del Ciudadano del Ayuntamiento de Aspe (<https://aspe.es/defensora-ciudadano/>), Defensoría de la Ciudadanía del Ayuntamiento de Mataró (<https://entitatsmataro.cat/es/el-ayuntamiento/el-defensor-del-ciudadano>, consultado el 2/9/2023) o la Oficina del Defensor del Vecino del Ayuntamiento de Alboraya (<https://www.alboraya.es/es/oficina-del-defensor-del-vecino>, consultado el 2/9/2023).

² Véase el artículo 2 del Reglamento del Estatuto del Defensor/a de la Vecindad del Ayuntamiento de Cabra, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba n. 32, de 26 de febrero de 2022.

³ GARCÍA-CALABRÉS COBO, F., "Derechos vecinales y defensores locales de la ciudadanía", Escobar Roca, G. (ed.), *Protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo: actas del I Congreso Internacional de PRADPI*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 197-208, p. 197.

⁴ Así se indica en el artículo 4.c del Estatuto del Defensor del Vecino del Ayuntamiento de Alhama de Murcia, de 2 de diciembre de 2011, publicado en el *Boletín Oficial de la Región de Murcia*, de 15 de diciembre de 2011.

⁵ Así lo determina el artículo 32 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunidad Valenciana.

el Ministerio de Justicia a la hora de abordar la eficiencia en la jurisdicción contencioso-administrativa⁶, la existencia de instituciones como la Defensoría Vecinal ayuda a evitar que se lleven ciertos litigios a los tribunales, lo que sirve para evitar una saturación de tareas en el poder judicial.

En efecto, dichas defensorías tienen una verdadera función de intermediación al tramitar quejas vecinales sobre la actuación de las entidades locales, ya que son un punto de conexión entre ambas partes. Algunos consistorios, como el citado de Alhama de Murcia⁷ o el Ayuntamiento de Elche⁸, hacen hincapié en su papel mediador para resolver disputas, ya que, de hecho, si las entidades han creado servicios de mediación para los conflictos vecinales⁹, crear herramientas como el Defensor del Vecindario para mediar entre conflictos de ciudadanos con el ayuntamiento es también una oportunidad de mejora continua, y esto, al mismo tiempo, permite buscar métodos de resolución de conflictos jurídicos sin necesidad de acudir a los tribunales, lo que, como apunta Rojas Pozo¹⁰, implica también un “refuerzo de los controles administrativos de legalidad”.

La actuación de los defensores para llevar a cabo sus funciones encomendadas consiste, principalmente, en realizar una investigación sobre los hechos denunciados por un interesado ante una posible actuación incorrecta por parte del consistorio local. Así pues, los defensores emiten una recomendación a los servicios municipales¹¹ para aconsejar, en su caso, un cambio de criterio en una decisión que se ha adoptado y que puede ser contraria al interés general. Adicionalmente, dichos defensores acostumbra a presentar un informe anual al pleno de la corporación¹² con las principales actuaciones realizadas de manera que sirva como síntesis del trabajo de protección de derechos ciudadanos que ha efectuado dicha institución. En efecto, como señala

⁶ Comisión General de Codificación, Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803259-Informe_explcativo_y_propuesta_de_anteproyecto_de_ley_de_eficiencia_de_la_Jurisdiccion_Contencioso.PDF, consultado el 7/9/2023 p. 29.

⁷ En artículo 3 del citado Estatuto del Defensor del Vecino del Ayuntamiento de Alhama de Murcia se indica, de hecho, que dicho defensor ejerce una función mediadora.

⁸ El Pleno del Ayuntamiento de Elche, en sesión de 30 de enero de 2023, acordó la creación de la figura del Defensor del Vecino, poniendo énfasis en su papel mediador, si bien todavía queda pendiente la regulación de cómo llevará a cabo dicha tarea el designado defensor o defensora. Véase el acta de dicha sesión plenaria aquí: https://sede.elche.es/sta/CarpetaPublic/doEvent?APP_CODE=STA&PAGE_CODE=PTS2_PLENO_TABLON&lang=ES#, consultado el 7/9/2023.

⁹ Véase, por ejemplo, el servicio de mediación policial, donde las autoridades locales hacen de intermediarios entre varios vecinos, que podemos encontrar ampliamente arraigado, entre otros, en el Ayuntamiento de Vila-real (véase aquí https://www.vila-real.es/portal/p_85_contenedor5.jsp?seccion=s_fdes_d4_v2.jsp&codbusqueda=609&codMenu=360&layout=p_85_contenedor5.jsp&codResi=1&language=es, consultado el 12/9/2023)

¹⁰ ROJAS POZO, C. “La mediación administrativa”. *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, n. 98, 2016, pp. 183-200, p. 186.

¹¹ Ello se puede observar, entre otros, en el art. 115.10 del Reglamento Orgánico Municipal del Ayuntamiento de Salt, que regula los aspectos del Defensor del Ciudadano del municipio (véase aquí: <https://www.seu-e.cat/documents/28465/6874759/02+-+Normativa+que+regeix+la+instituci%C3%B3+B3/81715d99-8f07-4a7d-acac-48aa5f8e0014>, consultado el 16/9/2023)

¹² Así lo vemos, por ejemplo, en el artículo 9 del Reglamento del Estatuto del Defensor del Vecino del Ayuntamiento de Mutxamel, publicado en el *Boletín Oficial de la Provincia de Alicante* n. 93, de 18 de mayo de 2017, que indica: “El defensor o defensora del vecino dará cuenta anualmente al Pleno del Ayuntamiento sobre la gestión realizada en un informe que presentará en sesión extraordinaria convocada al efecto. En su informe anual dará cuenta del número y tipo de peticiones presentadas, de aquellas que hubiesen sido rechazadas y sus causas, así como de las que fueron objeto de investigación y el resultado de las mismas, especificando las sugerencias o recomendaciones admitidas por el Ayuntamiento de Mutxamel”.

Pajares Montolio¹³, dicho informe ha de centrarse en “el estado de los derechos” no en el “estado de la defensoría”, ya que el objetivo es conocer los motivos de la actividad de la defensoría municipal, lo que nos dará una idea de en qué situaciones se ha perjudicado a la ciudadanía por la actuación de la Administración, lo que podrá servir de ejemplo para evitar futuras actuaciones arbitrarias de la entidad local.

2 La regulación normativa de los defensores vecinales

Como se ha analizado, las diferentes competencias asignadas a los defensores del vecindario y la forma de ejercerlas nos recuerdan a las que tiene el Defensor del Pueblo¹⁴ o sus homólogos autonómicos correspondientes, aunque en este caso centrados en vigilar que no se produzcan actuaciones de arbitrariedad únicamente en las entidades locales. Si bien hemos de indicar que aunque la existencia del Defensor del Pueblo o sus equivalentes autonómicos es una exigencia constitucional o de los respectivos estatutos de autonomía, los ayuntamientos, en cambio, no están obligados a crear dicha figura del Defensor del Vecindario, en tanto en cuanto no es una exigencia prevista en la normativa básica de régimen local¹⁵, ni tampoco es una obligación que deban cumplir las entidades locales fruto de la normativa autonómica de régimen local que pueda existir.

En todo caso, debemos mencionar que algunas de dichas comunidades sí que establecen la posibilidad expresa de crear la figura del Defensor del Vecindario, aunque sin tratarse de una exigencia. Es solo el caso de Cataluña, que establece la figura de la Sindicatura Municipal de Greuges¹⁶, para defender los derechos fundamentales y las libertades públicas del vecindario, y también de la Comunidad Valenciana¹⁷, que en su normativa de régimen local indica la posibilidad de crear un defensor o defensora de los vecinos para comprobar las quejas y las deficiencias de los servicios municipales. Se trata, por tanto, de las dos únicas autonomías españolas que han incluido en su artículo una referencia a dichas defensorías municipales. Sin duda, si una entidad local catalana o valenciana quisiera crear dicha figura, debería seguir las pautas indicadas en la normativa autonómica de régimen local, si bien, surge la

¹³ PAJARES MONTOLÍO, E. J., “Diez observaciones sobre los informes defensoriales y la promoción de los derechos humanos desde una perspectiva constitucional”, Escobar Roca, G. (ed.), *Protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo: actas del I Congreso Internacional de PRADPI*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 288-289.

¹⁴ El artículo 9.1 de la Ley orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, establece como competencia de dicha institución comisionada de las Cortes Generales la vigilancia del cumplimiento de los principios considerados en el artículo 103.1 CE en las administraciones, hecho que sucede de igual forma con los defensores vecinales, que tienen encomendadas dichas tareas de vigilancia de cumplimiento de una actuación pública adecuada en sus entidades locales.

¹⁵ No encontramos referencias a la figura del Defensor del Vecindario o similar en la principal normativa básica de régimen local, esto es la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local y el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, ni tampoco en otra normativa básica aplicable a las entidades locales.

¹⁶ El artículo 48.2.c del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, establece que deberá existir dicha Sindicatura Municipal si lo acuerda el pleno del consistorio, y en el artículo 59 de la norma establece el procedimiento de elección y sus funciones.

¹⁷ En concreto, el artículo 29 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunidad Valenciana, establece la posibilidad de crear dicho Defensor en lugar de crear la Comisión Especial de Sugerencias y Reclamaciones, ya que ambos supervisan la actividad municipal.

cuestión de si sería posible o no la creación de la Defensoría si se trata de una entidad local no situada en dichas comunidades autónomas.

Así pues, podemos considerar que la posibilidad de crear dicha figura se ampara en la creación de órganos complementarios prevista en el artículo 20.3 LRBRL¹⁸, una regulación que deberá hacerse mediante el reglamento del órgano municipal y siempre de conformidad con la normativa estatal y autonómica. Ello parece traducirse en que sería posible la creación de órganos complementarios por el ayuntamiento (como podría ser el caso de la Defensoría del Vecindario), y de esta forma, como apunta Luciano Parejo¹⁹, crear órganos en la entidad según las necesidades de su comunidad local. Ahora bien, de la dicción del precepto parece que la creación de los mismos está supeditada a lo que puedan establecer la normativa autonómica o estatal en la materia, de forma que si dicha regulación establece una forma de configurar un determinado órgano complementario deberá respetarse; como es el caso de la normativa autonómica catalana y valenciana que regula la figura de la Sindicatura y de la Defensoría, por lo que, si una entidad local lo regula en su territorio, deberá seguir sus pautas. En la misma línea se pronuncia Serrano Torres²⁰, que indica que a la hora de crear órganos complementarios una entidad deberá dar prevalencia a la normativa estatal y autonómica en la materia.

Por tanto, entendemos que, aunque la normativa autonómica no establezca expresamente una regulación sobre la Defensoría Municipal, ello no es impedimento para que se cree dicho órgano por parte de un consistorio local²¹, según el art. 20.3 LRBRL, lo que va en consonancia también con la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 214/1989, de 21 de diciembre²², que, aunque abordó la inconstitucionalidad de unos incisos de los apartados 1.c y 2 del citado art. 20, en su fundamento jurídico sexto apuntó que, en referencia a la creación de nuevos órganos complementarios, las entidades locales tenían un importante margen de actuación, ya que el alto tribunal: “admite, al propio tiempo, la existencia de un ámbito reservado a la autonomía organizativa municipal, ámbito este que no podrá ser desconocido o invadido por las normas que, en materia de organización municipal complementaria, dicten las comunidades autónomas”, lo que va en consonancia con la potestad de autoorganización

¹⁸ Dicho artículo 20.3 LRBRL indica que: “Los propios municipios, en los reglamentos orgánicos, podrán establecer y regular otros órganos complementarios, de conformidad con lo previsto en este artículo y en las leyes de las comunidades autónomas a las que se refiere el número anterior”.

¹⁹ PAREJO ALFONSO, L., “La potestad de autoorganización de la Administración Local”, *Revista de Documentación Administrativa*, n. 228, 1991, pp. 13-43. p.28. Aunque el autor escribió el artículo citado con anterioridad a la aprobación de la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y otras medidas para el desarrollo del gobierno local, en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y en materia de aguas, que es la que estableció el texto actual del artículo 20.3 LRBRL, lo cierto es que sí que puso entonces ya de manifiesto la idea de que la creación de nuevos órganos complementarios por parte de un ayuntamiento permite atender a las particularidades de la comunidad vecinal.

²⁰ SERRANO TORRES, A., “La organización de la participación en el ámbito local”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 14, 2016, p. 1663.

²¹ Prueba de ello son los defensores que podemos encontrar en entidades locales que están en comunidades autónomas donde no existe una regulación de régimen local sobre defensorías, como es el caso, por ejemplo, del Valedor del Ciudadano del Ayuntamiento de Vigo (Galicia) o el Defensor del Ciudadano de Granada (Andalucía).

²² Sentencia del Tribunal Constitucional n. 214/1989, de 21 de diciembre. Boletín Oficial del Estado núm. 10, de 11 de enero de 1990.

reconocida con el art. 4.1.a LRBRL y la autonomía local constitucionalmente reconocida en el art. 140 CE.

De hecho, permitir a las administraciones locales crear esta figura va en consonancia con el principio previsto en el art. 4.3 de la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985, que estableció que, preferentemente, las competencias públicas deben ser asumidas por las autoridades más cercanas a la ciudadanía, por lo que, si dichos ayuntamientos asumen cada vez más actuaciones públicas, resulta también lógico que exista un órgano en estas entidades que vigile la adecuada ejecución de las políticas municipales. En esta misma línea, Otaola y Trapote²³ apuntan que el surgimiento de las defensorías está amparado en la potestad de autoorganización prevista también en el art. 137 CE o, como expone García-Calabrés Cobo²⁴, en una capacidad de los entes locales de “autonormarse”, lo que sería el fundamento jurídico de la creación de dicha figura.

Por tanto, los defensores se configuran como una oportunidad que tiene cada administración de poder revisar las actuaciones de los servicios municipales para conseguir una mejor gestión local. De hecho, como apunta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n. 1128/2003, la función que realizan los defensores es emitir recomendaciones sobre actuaciones públicas, sin invadir el ámbito competencial de cada consistorio ni anular o modificar actos administrativos, sino solo aconsejar sobre su modificación al órgano competente²⁵. De hecho, el único límite a tener en cuenta que indica dicha resolución del TSJ de Cataluña para el presente caso se refiere a que no pueden darse al defensor funciones de vigilancia que excedan la Administración local donde las ejerce, pero más allá de dicha situación, tiene plena capacidad de actuación como órgano complementario de la entidad local.

Regap



ESTUDIOS

3 La elección de la Defensoría: requisitos, incompatibilidades y convergencia con otras figuras

Habiendo quedado clara la competencia de cada consistorio para poder aprobar dicha Defensoría, debemos detenernos en primer lugar en cómo debe adoptarse la decisión

²³ OTAOLA, J. y TRAPOTE, P., “Participación y mediación institucional: la defensoría local y la Comisión de Sugerencias: el caso de Vitoria-Gasteiz”, Escobar Roca, G. (ed.), *Protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo: actas del I Congreso Internacional de PRADPI*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 543-549, p. 545.

²⁴ GARCÍA-CALABRÉS COBO, F., “Derechos vecinales y defensores locales...”, *op. cit.*, p. 202.

²⁵ Así pues, dicha sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n. 1128/2003, de 19 de noviembre, rec. 69/1999, establece respecto a los defensores que no suponen injerencia sobre otros órganos municipales en tanto en cuanto: “Sus funciones se limitan a la formulación de advertencias, recomendaciones o sugerencias, sin que pueda en ningún caso modificar o anular actos o resoluciones administrativas. De igual modo, interviene en funciones de conciliación o, previo acuerdo de las partes, de arbitraje, por lo que en ningún caso cabe considerar que se produzca una invasión o usurpación de las facultades legalmente atribuidas a otros órganos municipales”.

de crearla. La forma de hacerlo de forma general para la mayoría de ayuntamientos españoles debe ser por reglamento orgánico, conforme establece el art. 20.3 LRBRL, si bien en el caso de las entidades locales de la Comunidad Valenciana, al tener preferencia la normativa de régimen local de la autonomía, será suficiente mediante un acuerdo plenario por mayoría simple, frente a la necesidad de una mayoría absoluta para aprobar el reglamento orgánico²⁶. Por ello, vemos como la normativa valenciana parece favorecer la creación de dicho Defensor porque solo exige una mayoría simple y, además, no requiere la aprobación o modificación del reglamento orgánico municipal, cosa que acostumbra a ser una regulación que “levanta disputas” entre los cargos públicos, ya que afecta a otras cuestiones de organización de los debates en los principales órganos colegiados y a la regulación interna del consistorio. Por esta razón su modificación puede ser un motivo para desincentivar a los ayuntamientos a crear la figura de la Defensoría. En el caso de Cataluña, que también establece una regulación propia de su Sindicatura Municipal, deberá adoptarse la decisión de crear la figura por mayoría absoluta a propuesta de un grupo municipal²⁷, aunque sin necesidad de modificar el reglamento orgánico. Esto favorece su aprobación más que la normativa estatal, aunque menos que la valenciana. Una vez acordada por el consistorio la decisión de crear la figura, procede elegir a un candidato o candidata, y para ello, los reglamentos municipales acostumbran a exigir que sean personas residentes en la localidad²⁸, de hecho, en algunos casos incluso se exige antigüedad en el empadronamiento, o que sea una persona de reconocido prestigio en el municipio²⁹. Esto reforzaría que el papel sea asumido por una persona que tenga fuertes lazos con la localidad y, por tanto, sea escuchada, con mayor probabilidad, por el gobierno municipal. Los procedimientos de votación de candidaturas acostumbran a ser por mayorías reforzadas de dos tercios³⁰ o de tres quintos³¹, y en algunos casos se reducen dichas mayorías en segunda vuelta si en la primera vuelta no se consiguen³², con el objeto de intentar obtener un candidato o candidata de consenso, si es posible,

²⁶ Téngase en cuenta que al referirse el art. 29.1 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunitat Valenciana, a un simple acuerdo plenario, será suficiente con una mayoría simple de los miembros de la corporación para decidir crear dicho defensor, mientras que si nos regimos por la normativa estatal habría que acordar la aprobación mediante reglamento orgánico, que conforme al art. 47.2.f LRBRL, debe ser aprobado por mayoría absoluta.

²⁷ Conforme al art. 48.2.c del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña.

²⁸ Véase, por ejemplo, el art. 5.1 del Reglamento orgánico del Estatuto del Vecino del Ayuntamiento de Aspe, publicado en el *Boletín Oficial de la Provincia de Alicante* n. 182, de 24 de septiembre de 2013.

²⁹ El art. 5.1 del Reglamento orgánico del Estatuto de la figura del defensor o defensora del vecino/a del Ayuntamiento de Llibrilla, aprobado en Pleno del consistorio de 29 de marzo de 2019, véase aquí: <https://librilla.sedelectronica.es/transparency/f4219b03-16d7-4614-8915-4034ab843f41/>, consultado el 20/9/2023.

³⁰ Así se indica, por ejemplo, en el art. 3 del citado Reglamento del Estatuto del Defensor/a de la Vecindad del Ayuntamiento de Cabra y también en el art. 2 del Reglamento de Constitución, Organización y Funcionamiento del Defensor del Ciudadano ante el Ayuntamiento de Mislata (véase aquí: <https://www.mislata.es/sites/default/files/2021-12/reglament-del-defensor-del-ciutada.pdf>)

³¹ Como expone el art. 2.1 del citado Reglamento del Estatuto del Defensor del Vecino del Ayuntamiento de Mutxamel o el art. 5 del Reglamento del Defensor/a Vecinal del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz (véase aquí: <https://www.vitoria-gasteiz.org/docs/wb021/contenidosEstaticos/adjuntos/es/11/10/1110.pdf>, consultado el 14/9/2023).

³² Es el caso de Amposta, donde se realiza una primera vuelta por mayoría de tres quintos y, si no, se aprobará un candidato por mayoría absoluta; así se indica en el art. 9 del Reglamento Municipal regulador del Defensor/a de la Ciudadanía de Amposta, véase aquí:

pero tampoco impedir el nombramiento si no se logra la mayoría reforzada. Para conseguir más asenso y solvencia en la propuesta presentada, algunos consistorios solicitan incluso que se consulte la candidatura previamente a los órganos de participación ciudadana del municipio³³, que los grupos municipales reciban propuestas de candidaturas por las organizaciones sociales municipales³⁴ o que la persona candidata presente unas líneas básicas del trabajo que va a desempeñar en el puesto³⁵.

Especial referencia merece el régimen de incompatibilidades al que deben estar sujetas las defensorías. Esto se justifica en que los defensores o defensoras deberán realizar una labor de supervisión de la actividad municipal, lo que exige necesariamente altas cotas de objetividad, y por ello debe vigilarse la ausencia de conflictos de intereses, cosa que puede darse si ostentan o han ostentado algún otro cargo que pueda afectar a su imparcialidad. De tal modo, la mayoría de las entidades locales han regulado la incompatibilidad para el cargo, aunque varíe dependiendo del consistorio. Debemos detenernos, en primer lugar, en aquellas prohibiciones relativas a aspectos políticos, y se debería impedir ejercer el cargo a quien tiene un cargo representativo³⁶, uno de libre designación o una afiliación a un partido político, sindicato u organización empresarial³⁷. El motivo de esta prohibición se justifica en evitar que una defensoría sea ocupada por una persona que se mueva por intereses políticos únicamente, lo que perjudicaría al propósito de la institución y, como plantea Pintado³⁸, a crearse una “politización” de la figura en lugar de que se centren los esfuerzos en mejorar el municipio. En determinadas ocasiones esta incompatibilidad se amplía incluso a que no se haya desempeñado un puesto como cargo electo en los últimos años³⁹ o incluso que no se haya formado parte de una lista electoral en la circunscripción de la que forme la entidad⁴⁰, de manera que con ello se pretende evitar que los partidos políticos propongan a candidatos para el puesto que, al tener vínculos con ellos, sirvan más sus intereses que al interés general municipal.

<https://www.amposta.cat/ca/n3/ajuntament/defensora-ciudadania/reglament>, consultado el 17/9/2023. Idéntico procedimiento de una primera vuelta por tres quintos y una mayoría absoluta en segunda vuelta se indica para el Ayuntamiento de Palma, véase el art. 2.1 del Reglamento orgánico de los derechos de la ciudadanía del Ayuntamiento de Palma, publicado en el *Boletín Oficial de les Illes Balears* n. 36, de 3 de marzo de 2005.

³³ Es el caso del art. 3.1 del Reglamento del Defensor de la Ciudadanía del Ayuntamiento de Sagunto, véase aquí: https://ayto-sagunto.es/media/xkrjiuen/reglamento_-_defensorciudadan%C3%ADa.pdf

³⁴ Así se indica, en el art. 6 del citado Reglamento Orgánico del Estatuto del Vecino del Ayuntamiento de Aspe.

³⁵ Así se expone en el art. 6.1 del Reglamento del Defensor/a de la Ciudadanía de Ripollet, véase aquí: <http://upload.ripollet.cat/FILES/PDF/ripollet-reglament-defensor-270218.pdf>, consultado el 9/9/2023.

³⁶ Ayuntamientos como el de Palma establecen que es incompatible con un cargo representativo local, mientras que otros, como el de Aspe, amplían la prohibición e indican que no podrán tener ningún cargo representativo de elección popular, sea local o no. De forma similar actúa el Ayuntamiento de Amposta, que establece la prohibición para cualquier cargo político, lo que incluso parece extenderse, por ejemplo, a puestos de personal eventual.

³⁷ Así se indica, entre otros, en el Ayuntamiento de Mutxamel.

³⁸ PINTADO SÁNCHEZ, F., “La participación ciudadana en el ámbito local”, *FEMP*, Madrid, 2008. Disponible en: <http://documentos.famp.es/documentacion/publicaciones/2004grupo12.pdf>, p. 14.

³⁹ Es el caso del art. 11 del citado Reglamento del Defensor/a de la Ciudadanía de Ripollet que establece que es incompatible el puesto de defensor o defensora con haber sido cargo electo en los últimos cuatro años.

⁴⁰ Se establece de tal modo en el art. 5.e del citado Reglamento del Estatuto del Defensor/a de la Vecindad que expone que: “Será una persona ajena a la corporación Municipal y no podrá haber formado parte de ninguna lista electoral, municipal, autonómica, estatal o europea en cualquier partido con o sin representación municipal en el Ayuntamiento de Cabra en las últimas tres legislaturas o mandatos corporativos”.

En segundo lugar, encontramos aquellas incompatibilidades en relación con ser empleado público, estableciendo que no se permite estar en servicio activo en el consistorio o con sus entidades dependientes⁴¹. Alguna entidad local permite la compatibilidad entre ser defensor o defensora y empleada o empleado público del mismo consistorio, pero establece que en aquellas quejas recibidas como defensor o defensora que afecten al servicio donde trabaja deberá abstenerse⁴², lo que permite el cumplimiento también del requisito previsto en el art. 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. La opción de elegir a un empleado o empleada municipal, a pesar de que pueda parecer una situación en la que se generen numerosos conflictos de intereses, puede ser positiva porque el defensor o defensora será una persona que conoce sobradamente el funcionamiento del ayuntamiento (ya que trabaja en él) y por ello puede aprovechar su conocimiento sobre las dinámicas internas del mismo para ayudar a la ciudadanía ante un problema que le haya surgido. Si bien, será necesario establecer un sistema ágil en el caso de que dicha persona deba abstenerse, ya que de lo contrario las quejas sobre el servicio en el que trabaja el defensor o defensora podrán ralentizarse. El objeto de garantizar dicha abstención se basa, como recuerda Martínez López-Muñoz⁴³, en motivos de precaución, para evitar que intervenga en el procedimiento una persona que pueda “comportar riesgo para la imparcialidad en su actuación”, aunque, como apuntamos, la necesidad de que el ayuntamiento concretice un procedimiento rápido para dicha abstención resulta esencial, ya que, si no, el procedimiento establecido por la norma, tal y como recuerda el autor⁴⁴, se trata solo de uno elemental, tal y como está regulado en la norma, lo que puede hacer que ante la ausencia de detalles de cómo aplicarlo, algunas entidades locales no lo utilicen siempre que debieran.

Por último, algunas entidades locales amplían la lista de supuestos de incompatibilidad para desempeñar el cargo a aquellas personas que realicen una actividad profesional que tenga intereses con el consistorio⁴⁵. Serían los supuestos, por ejemplo, de contratistas o subcontratistas del ayuntamiento que se puedan ver beneficiados por las decisiones de compra pública de la entidad y donde eventualmente podrían surgir conflictos de intereses. De hecho, esta restricción iría en consonancia con el sentido de las diferentes prohibiciones para contratar que se fijan en la Ley 9/2017,

⁴¹ Se establece de tal modo, por ejemplo, en el Ayuntamiento de Sagunto o en el Ayuntamiento de Mislata.

⁴² Así lo prevé el art. 6.3 del Reglamento regulador de la Oficina del/la Defensor/a de la Ciudadanía del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María: “Si el cargo recayere en funcionario/a o empleado/a del Ayuntamiento, su desempeño será compatible con las funciones que venga realizando para el Ayuntamiento. En el caso de que deba abstenerse en algún asunto puntual relativo al funcionamiento de su Dependencia o Servicio, el Pleno encomendará la tramitación de dicho asunto a otro/a funcionario/a o empleado/a municipal, mediante acuerdo adoptado con el quórum establecido en el art. 5.1”. Véase el reglamento en cuestión aquí: <http://transparencia.elpuertodesantamaria.es/trans/D-normativa/ordenanzas/Ordenanzas%20Municipales/Participacion%20Ciudadana/MAQ-REGLAMENTO%20DEFENSOR%20CIUDADANIA.pdf>, consultado el 20/9/2023.

⁴³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., “Ética pública y deber de abstención en la actuación administrativa”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n. 67, 2011, pp. 329-357, p. 338.

⁴⁴ *Ídem*, p. 340.

⁴⁵ Se indica de tal modo en el art. 5.1.b del citado Reglamento del Defensor o Defensora de la Ciudadanía del Ayuntamiento de Sagunto, que establece que es incompatible con ser defensor/a: “Cualquier actividad profesional, mercantil o laboral que conlleve unos intereses particulares con el Ayuntamiento”.

de 8 de noviembre, de contratos del sector público, ya que aunque el defensor o defensora no es propiamente empleado o empleada municipal, y, si fuera contratista del consistorio en sentido estricto, no se tendría por qué producir necesariamente una prohibición del art. 71.1.g LCSP, lo cierto es que, sin duda, sí que está estrechamente unido al ayuntamiento al vigilar su actividad y obviamente se generarían conflictos difíciles de resolver si el defensor o defensora fuera contratado por el mismo.

En efecto, en líneas generales, vemos que la mayoría de las incompatibilidades previstas por los reglamentos de defensores son similares a las previstas para los cargos electos locales en el art. 178.2 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, donde se establece también la imposibilidad de compaginar el cargo con un puesto de trabajo en la entidad local o con ser contratista del ayuntamiento, todo ello en aras de evitar conflictos de intereses en el desempeño del cargo, ya que como expone Galindo Caldés⁴⁶, dichas prohibiciones previstas en la LOREG no pretenden perjudicar a los contratistas locales, sino ser “una salvaguarda del interés público y del principio de imparcialidad del art. 103.3 CE”. Por tanto, evitar estos conflictos es algo que también debe prevenirse en la elección de las defensorías vecinales, ya que ejercen un papel de relevancia para proteger los intereses generales locales y por ello debe asegurarse su máxima equidad.

Ante este régimen de incompatibilidades para las defensorías vemos que el cargo de Defensoría debe ser ejercido por una persona, en principio, ajena a la entidad local para así salvaguardar los intereses de la ciudadanía que acuda al Defensor. Si bien, como hemos observado, la falta de una obligatoriedad para las entidades locales de crear el órgano de la Defensoría hace que tener que buscar a una persona ajena a la actividad para llevarlo a cabo suponga una labor tan ardua que se desista de realizarla. Por ese motivo, con el objetivo de tratar de persuadir a las entidades locales de que creen el puesto de Defensoría y que la elección de un candidato no sea un problema, nos planteamos la posibilidad de que este cargo sea ejercido por otras personas de la institución que realizan labores distintas o de vigilancia de la legalidad de la entidad local. De tal modo, una primera opción de persona que podría ocupar, *a priori*, el puesto de Defensoría podría ser el juez o la jueza de paz del municipio. Tengamos en cuenta que realiza una labor en gran parte mediadora y, de hecho, resuelve disputas entre vecinos y vecinas, por lo que en la práctica realiza un papel bastante similar al que ejecutaría como defensor o defensora. Si bien, en este caso, a pesar de la honorabilidad del juez o de la jueza de paz, no podría ejercer el cargo porque según la normativa aplicable resulta incompatible el cargo de juez o jueza con otros de designación política de las entidades locales⁴⁷, con lo cual, como

Regap



ESTUDIOS

⁴⁶ GALINDO CALDÉS, R., “Prohibición de contratar e incompatibilidades de los concejales”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 51, 2019, pp. 118-139, p. 123-124.

⁴⁷ El art. 389 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial indica que: “Con cualquier cargo de elección popular o designación política del Estado, comunidades autónomas, provincias y demás entidades locales y organismos dependientes de cualquiera de ellos”. Dicha incompatibilidad prevista en el artículo 389 de la Ley orgánica 6/1985 es de aplicación a los jueces de paz según prevé el artículo 14 del Reglamento 3/1995, de 7 de junio, de los Jueces de Paz que establece que: “Durante su mandato, los Jueces de Paz estarán sujetos al régimen de incompatibilidades y prohibiciones reguladas en los artículos 389 a 397 de la Ley orgánica del poder Judicial en lo que les sea aplicable”.

el cargo de defensor es elegido por los representantes electos de la entidad local, no sería posible unificar los puestos.

Así pues, cabría también la posibilidad de plantearse que el puesto de defensor lo ocupara una persona que se encargue de la vigilancia de la legalidad de la entidad, por ejemplo, el delegado de protección de datos de la entidad local, al tratarse de un puesto obligatorio en estas entidades⁴⁸. En este sentido, no parece existir impedimento en que el puesto se pueda compaginar, de hecho, esto resultaría altamente aconsejable porque el delegado acostumbra a ser una persona ajena a la entidad local que vigila el cumplimiento de la normativa de protección de datos⁴⁹.

En última instancia, hemos de mencionar la posibilidad de aunar el cargo de defensor con la persona responsable del Sistema Interno de Información, creado en el título II de la reciente Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, que crea un sistema interno donde se pueda alertar de una infracción normativa antes de acudir al sistema judicial⁵⁰. Así pues, el art. 8 de la citada Ley 2/2023 no parece establecer ningún impedimento a que el responsable de gestionar dicho sistema pueda ser también el defensor vecinal. De hecho, el apartado 6º de dicho artículo establece que si existe en la entidad una “persona responsable de la función de cumplimiento normativo o de políticas de integridad” puede ser dicho sujeto el que asuma también las funciones de vigilante del sistema interno, lo que encajaría perfectamente con la figura del defensor, que también vigila posibles incumplimientos de las normativas de la entidad local.

Por ello, aprovechar la existencia de determinados puestos en los ayuntamientos que vigilan el cumplimiento normativo (como es el caso del delegado en materia de protección de datos o el responsable del Sistema Interno de Información) puede aprovecharse para ampliar el ámbito competencial de dicho puesto y así poder nombrar fácilmente un defensor de la ciudadanía.

4 La Defensoría Vecinal como vigilante del buen gobierno local

Como hemos expuesto, el Defensor del Vecindario es una institución que pueden crear voluntariamente las entidades locales y que se regula, en gran medida, por la organización reglamentaria que fije el ayuntamiento. En su labor de investigación, vemos que dichos defensores sirven para vigilar posibles arbitrariedades en la actuación de

⁴⁸ Conforme al art. 37.1.e del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016.

⁴⁹ En este sentido, habría que indicar que, si el delegado de protección de datos es designado Defensor de la Ciudadanía y recibe como Defensor una queja en materia de protección de datos de un vecino a raíz de su actuación como delegado del consistorio, debería abstenerse y encomendar dicha labor de investigación a otro funcionario, en cumplimiento del citado art. 23 LRJSP.

⁵⁰ En este sentido, como apunta Viguri Cordero: “es más que evidente que este sistema debería emplearse de manera preferente para canalizar la información, aunque el informante puede elegir el canal interno o externo, según las circunstancias y riesgos de represalias que pueda considerar”. VIGURI CORDERO, J., “La protección de las personas informantes en España tras la aprobación de la Ley 2/2023: el derecho en vías de consolidación”, *Revista Española de la Transparencia*, n. extraordinario 17, 2023, pp. 271 p. 280.

la Administración local, lo que permite depurar responsabilidades en el caso de que una actuación sea contraria a la normativa vigente. En este sentido, vemos en los defensores una oportunidad de poder cumplir mejor lo previsto en el título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que regula unas obligaciones de buen gobierno que las entidades locales suelen obviar. Se trata, en la mayoría de los casos, de la aplicación de una serie de principios que los dirigentes públicos locales acostumbran a olvidar: la aplicación de sus políticas públicas municipales. Así pues, los defensores pueden ayudar notoriamente a verificar la correcta aplicación de estos principios basados, principalmente, en la objetividad, la ausencia de conflictos de intereses o una conducta digna, entre otros. De hecho, a nuestro juicio, este puede ser uno de los principales ámbitos de actuación que podrían efectuar los defensores y esto es así porque, si un interesado ve que su ayuntamiento le perjudica gravemente los derechos, normalmente, acude a exigir tutela a los tribunales de lo contencioso-administrativo. En efecto, como apuntan Otaola y Trapote⁵¹, las defensorías vecinales llevan a cabo una labor que se complementa con la que realiza la jurisdicción contencioso-administrativa y que, aunque inicialmente puede concebirse como una “cierta concurrencia en cuanto al objeto de control”, deben verse dichas defensorías como una herramienta de utilidad para seguir vigilando el cumplimiento normativo que no perjudica la labor de los tribunales.

Cuando se produce una cuestión que afecta solo a los principios del buen gobierno, suele ser percibida por la ciudadanía como una irregularidad menor realizada por la Administración, y esto se suele traducir en que no se acude a los tribunales para exigir su rectificación. Por ejemplo, una situación en la que se da un dato incorrecto a un ciudadano a la hora de explicar un trámite administrativo, o cuando no se ha publicado en el portal de transparencia municipal una determinada información. El hecho de que ejemplos como los indicados sean percibidos por el ciudadano como una cuestión formal o de escasa relevancia hace que muchas veces no se presente una queja sobre el incumplimiento de dicho principio de buen gobierno (aunque haya podido generar un perjuicio considerable al ciudadano), y por eso pasa inadvertido. Es por ello que en este ámbito adquieren especial importancia los defensores, ya que el hecho de que sea un servicio sin coste hace que la ciudadanía acuda a ellos cuando se pueda producir una irregularidad en la actuación de la Administración que vaya en contra del buen gobierno local.

A modo de ejemplo, uno de los principios generales previsto en el artículo 26.2.a.5º LTBG es la obligación de los poderes públicos de fomentar el uso de la calidad. Si ponemos por situación una en la que un ciudadano se queja de la escasa calidad del servicio, por ejemplo, de atención domiciliaria en materia de servicios sociales que presta el ayuntamiento, el hecho de que el servicio prestado no cumpla unos estándares mínimos que el ciudadano considere necesarios no implica necesariamente un incumplimiento de la normativa vigente, si bien dicha merma de la calidad podría

⁵¹ OTAOLA, J. y TRAPOTE, P., “Participación y mediación...”, *op. cit.*, p. 545.

ser revisada por la defensoría, como garante de los principios de buen gobierno⁵², que podría comprobar la gestión diaria efectuada por la entidad y así verificar su adecuación a los principios de buen gobierno. Precisamente, como apunta Merino Estrada⁵³, la calidad debe ser medida a través de la gestión, por lo que las defensorías podrían ayudar notoriamente a la tarea de supervisión y vigilancia del trabajo del ayuntamiento para cumplir los estándares de calidad esperados.

Otro de los principios de buen gobierno que pueden ser estrechamente vigilados por las defensorías es el relativo a los conflictos de intereses, y en el que no deben incurrir los cargos electos. Téngase en cuenta que cada vez más se trata de un elemento que puede producirse y que, aunque se está siendo más vigilado por la normativa, en especial por aquella que regula la gestión de los fondos europeos⁵⁴, en la práctica, encontramos también múltiples situaciones de conflictos de intereses que pueden pasar desapercibidas en el ámbito local. Precisamente, Campos Acuña⁵⁵ señala cómo la gestión de los conflictos de intereses en los ayuntamientos es “una de las áreas en las que se ha manifestado una mayor debilidad frente a los comportamientos corruptos” y por ello las defensorías podrían ayudar notoriamente a evitar que dichos conflictos, que pueden afectar a la imparcialidad, puedan afectar a los procedimientos.

La normativa de buen gobierno, en efecto, en su artículo 26.2.b.1º LTBG establece la obligación de los cargos electos de no incurrir en dichos conflictos, lo que implicaría cumplir la exigencia sobre abstención prevista en la LRJSP. De tal forma, la ciudadanía puede conocer la existencia de dichos conflictos y una manera rápida de atajarlos es poniéndolos en conocimiento de la Defensoría para que lo investigue. De tal modo, podría exigirse al concejal que cumpla su obligación de abstenerse, por ejemplo, en el caso de que un ciudadano advirtiera que dicho cargo electo va a contratar a una empresa de un familiar desde el ayuntamiento⁵⁶. Así pues, situaciones como esta

⁵² En este sentido, pueden verse las siguientes noticias de prensa donde se observa una situación de pérdida de calidad en servicios públicos, que son ejemplos donde las defensorías podrían actuar, ya que se trata de situaciones que no implican necesariamente una especial gravedad que pueda hacer que los vecinos soliciten una tutela judicial, pero sí podría verse una respuesta a su preocupación a través de dicha Defensoría Vecinal:

El Ayuntamiento de Madrid conocía desde mayo los “riesgos” para la “calidad del servicio” del nuevo Bicimad: <https://www.epe.es/es/madrid/20230328/bicimad-madrid-emt-riesgos-85243494>, consultado el 19/9/2023.

Denuncia ante el Defensor de la Ciudadanía del Ayuntamiento de Granada por el peligroso estado del parque infantil del Ambulatorio de la Chana: <https://www.granada.org/inet/defenciu.nsf/2a20d3ad59c6c498c12581d900364e38/0088854598cfc11ec1258472006b89d6iOpenDocument>, consultado el 19/9/2023.

⁵³ MERINO ESTRADA, V., “La calidad total en la Administración local. fundamentos y orientaciones básicas”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 291. 2011, pp. 681-703, p. 685.

⁵⁴ Así lo vemos en el caso de la gestión por las administraciones españolas de los fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que ha derivado en la aprobación de la siguiente disposición del Ministerio de Hacienda y Función Pública: Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

⁵⁵ CAMPOS ACUÑA, C., “Transparencia en la contratación pública y prevención de los conflictos de intereses”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2017.

⁵⁶ Son numerosas las situaciones de conflicto de interés que pueden producirse en el ámbito local, sobre todo debido a la cercanía entre cargos electos y ciudadanía, que hace que fácilmente pueda producirse la coincidencia en un asunto público municipal de dos personas que tengan intereses semejantes. Así pues, puede verse, a modo de ejemplo, el siguiente informe de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana sobre un posible conflicto de intereses en la contratación de la empresa del marido de una concejala del Ayuntamiento de Camporrobles. Informe n. 3/2017 de 12 de abril de 2017: <https://hisenda.gva.es/documents/90598054/164164130/Informe+03-2017+de+12+de+abril+de+2017>

podrían ser vigiladas a través de las defensorías vecinales, ya que ayudarían a detectarlas y corregirlas rápidamente, sobre todo debido a que habitualmente suele haber poco tiempo disponible para abordar dichos conflictos en las entidades locales (ya que, por ejemplo, deben adjudicarse contratos antes de un plazo para justificar una subvención recibida por el consistorio) y, por tanto, los conflictos suelen ser mal gestionados o directamente ignorados. Las defensorías podrían poner de manifiesto estas situaciones con celeridad y emitir una recomendación con mayor rapidez que la actuación que, quizás, podría ofrecer un juzgado de lo contencioso-administrativo.

Así pues, otro de los principios de buen gobierno local que puede ser ampliamente vigilado por las defensorías es de eficiencia y eficacia y satisfacción del interés general, previsto en el art. 26.2.a.1º LTBG y también constitucionalmente previsto en el art. 103 de la carta magna. Se trata este de otro de los principios sobre el que dichas defensorías pueden tener un gran margen de actuación, porque la garantía de la eficiencia o del interés general son conceptos jurídicos indeterminados que habitualmente pueden ser entendidos por el gobierno local en un sentido cuando verdaderamente beneficia a la ciudadanía en otro distinto.

A este respecto, un ejemplo sería la exigencia de la cita previa obligatoria, una situación que, *a priori*, podríamos entender como algo que permitirá mejorar dichos principios de buen gobierno al posibilitar organizar mejor la atención ciudadana de las entidades locales, pero que puede acabar generando un perjuicio a la ciudadanía. En ese sentido, Gómez Fernández⁵⁷ indica que dicha cita impide realizar un servicio público de proximidad que sea efectivo. El autor defiende que el motivo se basa en que no existe ninguna norma, ni disposición en la Ley 39/2015, que respalde a la Administración para exigir dicha cita previa como elemento obligatorio. Sin duda, la existencia de cita puede ser una herramienta que usen las entidades locales para mejorar su gestión diaria y dar preferencia a la atención de aquellos que la tengan, pero no debe ser un motivo para excluir y no atender a un ciudadano que no la tiene. En este mismo sentido se ha pronunciado la Sindicatura de Greuges de la Comunitat Valenciana y ha indicado que la obligatoriedad de dicha cita infringe la normativa de la LPACAP y la LRJSP porque va en contra de los principios de servicio efectivo, proximidad y eficacia⁵⁸. Además, la Sindicatura indica que todavía produce “mayor trastorno” a la ciudadanía que la cita solo se puede conseguir por medios

Regap



ESTUDIOS

17. +Prohibición de contratar o conflicto de intereses en la contratación de una empresa del municipio de Lloseta. <https://www.20minutos.es/pdf/06b621c7-c946-4b48-ad70-44839574b5be?t=1516960528391>, consultado el 22/9/2023. De igual modo, podemos localizar noticias de prensa donde se observan situaciones de conflictos de intereses en las entidades locales:

El PP de Lloseta ve un "conflicto de intereses" en el contrato de un seguro a una empresa en la que trabaja una concejala: <https://www.20minutos.es/noticia/4737959/0/el-pp-de-lloseta-ve-un-conflicto-de-intereses-en-el-contrato-de-un-seguro-a-una-empresa-en-la-que-trabaja-una-concejala/>, consultado el 16/9/2023.

Un edil de Ciudadanos reconoce conflicto de intereses por su profesión: <https://www.hoy.es/caceres/201507/03/edil-ciudadanos-reconoce-conflicto-20150703003426-v.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>, consultado el 18/9/2023.

⁵⁷ GÓMEZ FERNÁNDEZ, D., “Por qué la obligación de cita previa para hacer gestiones con la Administración es ilegal”, *Economist & Jurist*, n. 270, 2023, pp. 76-83, pp. 80-81.

⁵⁸ Así se indica en p. 15 del Informe anual de la Sindicatura de Greuges de la Comunitat Valenciana del año 2022, véase aquí: <https://www.elsindic.com/wp-content/uploads/2023/03/informe-anual-2022-castellano.pdf>, consultado el 20/9/2023.

electrónicos⁵⁹, lo que acaba generando “un bloqueo y venta de citas”, por tanto, se dificulta todavía más el acceso a la Administración.

En este sentido, las defensorías vecinales podrían ayudar notoriamente a controlar dichas citas y evitar que la ciudadanía se vea ante la imposibilidad de poder realizar un trámite, por sencillo que sea, por no disponer de cita previa. En efecto, se pueden generar notorios perjuicios para el ciudadano, como ocurrió en el Ayuntamiento de Alicante, donde se impidió a un vecino empadronarse por no tener cita previa⁶⁰, lo que demuestra una mala atención ciudadana⁶¹ en perjuicio de los citados principios de buen gobierno.

Por tanto, la práctica demuestra la dificultad para obtener citas previas, generándose situaciones que hacen que la ciudadanía no pueda ver satisfechas sus pretensiones al no poder tramitar con ella. Por esto, ante dicha situación, las defensorías pueden ser de utilidad, ya que actúan con celeridad, en la medida en que, si se exige ante los tribunales que la Administración atienda a un ciudadano sin cita, en la práctica nos vemos ante una situación en la que los juzgados tardarán meses en emitir una respuesta rápida y, por tanto, no se daría una respuesta adecuada a la ciudadanía que no puede obtener dicha atención de la Administración.

En efecto, como vemos, las defensorías vecinales son una oportunidad para poder dar solución a una actuación incorrecta de la Administración que, si se exigiera ante los tribunales, se demoraría mucho en el tiempo, por lo que resulta más útil acudir a dicha institución para garantizar una actuación correcta de la entidad local. De hecho, no podemos olvidar que el papel de las defensorías es complementario a otras vías de vigilancia de la legalidad y de la buena actuación de los poderes públicos locales que realizan otros organismos externos, como los juzgados o el Tribunal de Cuentas y sus homólogos autonómicos, que ejercen funciones de control externo, entre otras entidades que vigilan el cumplimiento de la normativa en vigor. Si bien, hemos de reseñar que lo que diferencia a las defensorías del resto de instituciones de control es que serían de sencillo y gratuito acceso para la ciudadanía para cualquier cuestión en la que el ayuntamiento actúe incorrectamente, por escasa relevancia que pudiera tener, lo que permite garantizar con eficacia el interés general municipal.

⁵⁹ Véase en este sentido las siguientes noticias de prensa donde se observa la existencia de un “mercado negro” de venta de citas previas, lo que hace todavía más necesario que se adopten medidas para que las mismas dejen de ser necesarias para acceder a la Administración:

El mercado negro de las citas se extiende por la Administración. <https://elpais.com/economia/2023-03-20/el-mercado-negro-de-las-citas-se-extiende-por-la-administracion.html>, consultado el 19/9/2023.

Un juzgado de Castellón investiga las mafias que venden por 20 o 50 € las citas de acceso a Extranjería. <https://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/castellon/2023/01/22/63cc4fd4fc6c83ab348b458c.html>, consultado el 19/9/2023.

El negocio de la venta de citas: «Te puedo conseguir una en la Seguridad Social por 15 euros». <https://www.abc.es/economia/negocio-venta-citas-puedo-conseguir-seguridad-social-20230306180645-nt.html>, consultado el 19/9/2023.

⁶⁰ Véase la Resolución de cierre de la queja n. 2202855, de 15/12/2022 de la Sindicatura de Greuges de la Comunitat Valenciana, que aborda la protesta de un vecino por no poder ser atendido presencialmente para empadronarse en el municipio de Alicante por no tener cita previa.

⁶¹ Otro ejemplo de cómo la atención a la ciudadanía no siempre es adecuada lo podemos ver en el caso del Ayuntamiento de Valencia, donde ante las grandes colas que se forman para el empadronamiento se reparten paraguas a la puerta de la entrada al consistorio para evitar que la ciudadanía pase calor en la espera:

Paraguas contra el sol en las colas del padrón en Valencia. <https://www.lasprovincias.es/valencia-ciudad/paraguas-sol-colas-padron-20230509131237-nt.html>, consultado el 19/9/2023.

Esto es síntoma de que podría gestionarse mejor el servicio para evitar las reiterativas colas, lo que demuestra que en este ámbito, las defensorías vecinales podrían ayudar a paliar dichas situaciones.

5 La asignación de recursos y la eficacia de las acciones emprendidas por las defensorías vecinales: una asignatura pendiente

Tras haber analizado la forma de designación, el ámbito competencial y las posibles actuaciones que pueden llevar a cabo las defensorías, procede estudiar qué medios tienen a su disposición para realizar las actuaciones encomendadas.

La gran mayoría de reglamentos de dichas defensorías establecen que la entidad local deberá poner a su disposición recursos materiales y locales para llevar a cabo sus funciones, en especial para garantizar una atención al público y darle a la ciudadanía un trato aislado y confidencial⁶² para entender sus quejas sobre el funcionamiento de la entidad local. Otras entidades, en cambio, establecen que el acuerdo de nombramiento del defensor o defensora será el que determine los medios que se le asignan; por tanto, deja al pleno de cada corporación que designe la decisión sobre los recursos que se le asignarán⁶³ o, en otras entidades, se deja el acuerdo a la voluntad que presupuestariamente quieren establecer sus dirigentes⁶⁴. Todas las opciones son legítimas, en tanto en cuanto no existe una normativa básica estatal que regule esta figura y la legislación autonómica valenciana y catalana no se pronuncian respecto a los medios a asignar a las defensorías.

Si bien, debemos reseñar que posponer la asignación de medios al momento de la designación del defensor o defensora o a un momento posterior, como la aprobación de presupuesto, en lugar de indicarlo en un reglamento municipal, supone una decisión que puede poner en riesgo la tarea del defensor o defensora. Ello es así porque una corporación nueva podría designar a una persona que ocupe el puesto sin darle medios para llevar a cabo sus tareas (espacio físico para atender a la ciudadanía, recursos humanos que le ayuden en su tarea, etc.), lo que en la práctica le impediría llevar a cabo sus competencias y, por tanto, sería como si no se estuviera ocupando el cargo. Cierto es que el reglamento por el que se rija la Defensoría también puede ser modificado por el pleno de la corporación y, por tanto, la designación de medios que se le otorgue a la Defensoría podría alterarse. Sin embargo, como dicha cuestión está regulada en el reglamento municipal, el hecho de querer dejar sin medios a la Defensoría resulta más llamativo o complejo de llevar a cabo porque para ello hay que modificar un reglamento municipal que, como hemos indicado, requerirá en muchas ocasiones de una mayoría absoluta para su cambio, ya que, si se trata de regular la figura en una entidad local con una comunidad autónoma sin regulación en la

⁶² Así lo vemos, por ejemplo, en el art. 44 del citado Reglamento orgánico de derechos de la ciudadanía del Ayuntamiento de Palma.

⁶³ Es el caso del Ayuntamiento de Amposta, como se indica en el art. 13 de su Reglamento municipal regulador del/de la defensor/a de la ciudadanía de Amposta, o también del Ayuntamiento de Salt, conforme al art. 114.3 de su Reglamento orgánico municipal del Ayuntamiento de Salt.

⁶⁴ Así se indica en el art. 27 del citado Reglamento de constitución, organización y funcionamiento del Defensor de Ciudadano ante el Ayuntamiento de Mislata que indica: "Presupuestariamente se consignarán las cantidades necesarias para atender los medios personales y materiales que se precisen para el funcionamiento del Defensor del Ciudadano".

materia, como hemos comentado antes, deberá regularse en el reglamento orgánico municipal (art. 20.3 LRRL) y, además, deberá ser aprobado por mayoría especial.

Para poder efectuar con éxito su labor, la Defensoría debe disponer no solo de medios materiales, sino especialmente de medios humanos que le permitan vigilar la actuación incorrecta de la entidad local. Dicha exigencia se encuentra indicada en algunos reglamentos, estableciendo incluso que algunas defensorías deben enviar su propuesta de necesidades de recursos humanos y materiales al consistorio del que dependen para que, en su caso, éste lo apruebe⁶⁵. Si bien, observamos como la asignación de medios humanos no parece realizarse con tanta facilidad como en su caso los materiales, ya que en algunos consistorios simplemente se expone que se dará apoyo administrativo⁶⁶ (no pareciendo que se le asigne personal técnico cualificado a la Defensoría). La existencia de personal técnico con cualificación suficiente para estar a disposición de la Defensoría es fundamental, en tanto en cuanto para poder desempeñar su labor debe hacer una valoración jurídica de los hechos denunciados por el vecino o la vecina sobre la incorrecta actuación municipal y para ello no es suficiente con la existencia de personal administrativo, sino que se necesitan empleados con calificación suficiente para poder valorar conforme a derecho los hechos denunciados y proponer a la Defensoría una propuesta de resolución al caso.

La asignación a las defensorías de personal técnico con calificación jurídica adquiere todavía más relevancia cuando el cargo de defensor o defensora se ejerce sin retribución alguna, como suele ser habitual en la mayoría de entidades locales⁶⁷. Si la persona que ocupa dicho puesto no percibe un salario, no resulta lógico no asignarle recursos humanos cualificados que puedan auxiliarle en su labor, ya que, de lo contrario, se tratará de una tarea de difícil ejecución, máxime cuando el defensor o defensora no percibe retribución y por ello debe seguir realizando otro trabajo que venía desempeñando hasta la fecha. En efecto, como plantea Toda Castán⁶⁸ en referencia a una figura de Defensoría similar a la vecinal: “la defensa de los derechos de las personas no «sale gratis»”, por lo que debe tanto dotarse de medios suficientes

⁶⁵ Se expone de tal modo en el Ayuntamiento de Sagunto, que en su art. 19 de su citado Reglamento indica: “1. Para cumplir sus funciones el defensor o defensora de la ciudadanía de Sagunto dispondrá de una oficina, cuya organización y funcionamiento coordinará y dirigirá. Esta oficina tendrá que disponer de los medios personales y materiales necesarios, de acuerdo con las partidas presupuestarias que se incluyan en el presupuesto del Ayuntamiento. 2. Corresponderá al defensor o defensora de la ciudadanía de Sagunto la elaboración del proyecto de previsión de gastos, para que el Ayuntamiento lleve a término la necesaria dotación presupuestaria”.

⁶⁶ Es el caso del art. 6 del citado Reglamento del Estatuto del Defensor/a de la Vecindad del Ayuntamiento de Cabra en el que se indica que: “Para el ejercicio de sus funciones, dispondrá del apoyo administrativo de personal del Ilmo. Ayuntamiento de Cabra y de un despacho en un local municipal debidamente equipado con medios electrónicos y telemáticos, siempre y cuando sea posible”. De forma semejante lo vemos en el art. 19.2 del citado Reglamento del Ayuntamiento de Librilla, que parece indicar que el defensor o defensora podrá tener asistencia del “personal administrativo en el registro y tramitación de la documentación aportada en el ejercicio de sus funciones”.

⁶⁷ Es el caso del Ayuntamiento de Mutxamel, donde en su art. 10.1 del citado Reglamento del Estatuto del Defensor del Vecino se expone que: “El cargo del defensor del vecino tendrá carácter honorífico”. Igualmente lo vemos en el Ayuntamiento de Mislata, donde el art. 5 de su citado Reglamento de constitución, organización y funcionamiento del Defensor del Ciudadano establece que el cargo es no retribuido, aunque en este caso sí se le asigna una compensación por gastos ocasionados: “El ejercicio del cargo de defensor del ciudadano es honorífico y no retribuido. No obstante, en el decreto de nombramiento se establecerá el pago de una compensación económica global en la que estarán comprendidos todos los gastos que se le originen por el ejercicio del cargo, sin que haya que justificarlos”.

⁶⁸ TODA CASTÁN, D., “El nuevo Defensor de las personas mayores del Ayuntamiento de Salamanca: análisis de su régimen jurídico y propuestas de mejora”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 5, 2022, p. 137.

como acordarse una remuneración adecuada para la Defensoría con el objeto de que pueda llevar a cabo la labor encomendada adecuadamente. De hecho, si a la hora de crear dicha Defensoría se descuidan estas circunstancias, esto acabará perjudicando a la ciudadanía que acuda a dicha institución, que no verá satisfechas sus pretensiones ante la falta de recursos y de disponibilidad de la Defensoría para protegerles ante una posible vulneración de derechos que haya llevado a cabo la entidad local.

En efecto, una correcta asignación de recursos humanos y materiales resulta fundamental para lograr los objetivos de dichas defensorías, algo en lo que también coincide Ricardo Hoyos⁶⁹, y de hecho, la efectividad en las actuaciones de las defensorías se verá condicionada, en gran medida, por ello. En este sentido, encontramos consistorios donde se ha apostado por dotar de numerosos recursos a dichos organismos, tanto en lo que respecta a recursos humanos como materiales⁷⁰, lo que acaba redundando en una mejor gestión del servicio ofrecido a la ciudadanía.

Si bien, al mismo tiempo, en otras entidades, dichas defensorías directamente no disponen de recursos o personal asignado⁷¹ o el personal asignado es tan escaso que resulta insuficiente⁷². Precisamente, el hecho de asignar escasos o inexistentes recursos a dichas defensorías puede acabar desembocando en que directamente las mismas no estén operativas⁷³.

6 Instituciones análogas a las defensorías vecinales y vínculos con el defensor estatal y los autonómicos

Como vemos, la asignación de recursos a las defensorías para llevar a cabo sus funciones supone un elemento imprescindible y, de hecho, la efectividad en sus actuaciones depende en gran medida de ello. Si bien, visto que dicha institución no es obligatoria, las entidades no tienen por qué crearla, ya que el ayuntamiento puede

⁶⁹ RICARDO HOYOS, J., "Competencias y atribuciones de los síndicos o defensores locales", *Revista Ayuntamiento XXI*, n. 8. 2003, p. 50.

⁷⁰ Resulta especialmente llamativo el caso del Ayuntamiento de Palma, que el año 2022 dispuso de un presupuesto total de 257.777,42 €, que suponía un 0,054 % del total del presupuesto municipal, y de un total de 5 personas asignadas: un defensor o defensora, un adjunto o adjunta al defensor o defensora, un administrativo o administrativa y dos auxiliares administrativos o administrativas. De forma similar, encontramos el caso de la Sindicatura de Greuges de la ciudad de Barcelona, con numerosos recursos humanos asignados, tales como siete técnicos o técnicas superiores, tres personas de la escala administrativa, un o una responsable de prensa, un jefe o jefa de gabinete y un adjunto o adjunta al síndic o síndica. Esto demuestra un claro compromiso de la entidad por potenciar dicha Sindicatura.

⁷¹ Es el caso, por ejemplo, del Ayuntamiento de Mislata, según confirma la entidad en fecha 10/7/2023 en expediente de acceso a información pública n. 1497917Q.

⁷² Este podría ser el caso del Ayuntamiento de Vilafranca del Penedès donde la Sindicatura de Greuges municipal solo dispone de un administrativo o administrativa asignado, según información municipal de fecha 14/7/2023, facilitada en expediente de información pública n. 2023_EXP_896716. De forma semejante vemos el caso del Ayuntamiento de Mataró, que solo tiene asignada una auxiliar administrativa, que además no realiza una jornada completa en su Defensoría, según expediente de información pública n. 2023/000042477 de fecha 20/7/2023. En estos dos casos expuestos vemos no solo como existe poco personal para poder cumplir con las funciones, sino que además se trata de personal al que no se le exige una titulación universitaria superior, en consecuencia, esto dificulta más poder llevar a cabo las funciones de la Defensoría con la mejor solvencia.

⁷³ Como ocurre, por ejemplo, con el Ayuntamiento de Mutxamel, donde a pesar de crearse la figura en 2017, a fecha actual todavía no se ha puesto en funcionamiento. Así lo confirma la entidad local a fecha 14/7/2023 según solicitud de información pública realizada en expediente de la entidad n. 2023/3628.

optar por establecer otros medios para proteger los intereses del vecindario. Por ello, consideramos relevante analizar qué figuras similares a dichas defensorías vecinales pueden existir en las entidades locales y cómo pueden suplir o complementar a dicha institución, si es que ambas coexisten en una misma organización.

Así pues, sin duda, la principal institución con una función semejante a las defensorías vecinales la encontramos en los municipios de gran población con la Comisión Especial de Sugerencias y Reclamaciones, que sí que es una exigencia legal para dichas entidades conforme al artículo 132 LRBRL. El funcionamiento de dichas comisiones, en la práctica, realizaría un papel bastante similar al que podrían efectuar las defensorías, ya que recogerían quejas sobre actuaciones incorrectas realizadas por las entidades para así darles a estas entidades la oportunidad de rectificar los errores⁷⁴. Si bien, como diferencia principal respecto a la figura de la Defensoría, hemos de indicar que en dicha Comisión forman parte concejales de la entidad local y, aunque también están aquellos que se encuentran en la oposición política, lo cierto es que quizás determinadas actuaciones que realiza el ayuntamiento tengan el visto bueno de todos los ediles del pleno municipal. Por tanto, si un vecino considera que una decisión tomada por unanimidad en el pleno va en contra del interés general y presenta una queja ante dicha Comisión, seguramente no conseguirá resolver el problema, ya que los que deben tramitarlo son los propios concejales que votaron a favor de dicha decisión.

En cambio, si presenta una queja ante la Defensoría existe la oportunidad de que una persona diferente a los cargos electos locales estudie en profundidad el asunto y, por tanto, pueda ofrecer una solución desde un punto de vista más objetivo del que quizás puedan ofrecer los concejales que han decidido sobre el tema. Además, como apuntan Otaola y Trapote⁷⁵, otra problemática que plantea dicha Comisión respecto a la Defensoría es que al no tratarse esta de un órgano unipersonal no puede tener la inmediatez de actuaciones que quizás harían falta para poder llevar a cabo su labor con la rapidez que puede necesitar un ciudadano o ciudadana.

En todo caso, aunque dicha Comisión Especial de Quejas y Reclamaciones supone la gran alternativa a la Defensoría Vecinal, lo cierto es que encontramos en la geografía local española otras figuras con tareas semejantes que han sido creadas por los consistorios con un propósito similar de protección ciudadana. Un primer ejemplo lo encontramos con el Defensor de las Personas Mayores del Ayuntamiento de Salamanca, que realizaría una función de asesoramiento y ayuda a la ciudadanía en sus relaciones con la entidad local (como una Defensoría de la Ciudadanía) pero siendo su público objetivo únicamente las personas mayores de 60 años⁷⁶. De este modo, el Consistorio salmantino reconoce las dificultades que puede tener este colectivo para solicitar cualquier trámite ante una entidad local y por ello pone el foco

⁷⁴ En concreto, el art. 132.3 LRBRL establece que será tarea de la Comisión tramitar: "las quejas presentadas y las deficiencias observadas en el funcionamiento de los servicios municipales, con especificación de las sugerencias o recomendaciones no admitidas por la Administración municipal".

⁷⁵ OTAOLA, J. y TRAPOTE, P., "Participación y mediación...", *op. cit.*, p. 548.

⁷⁶ Así se expone en arts. 2 y 3 del Reglamento del Defensor de las Personas Mayores del Ayuntamiento de Salamanca, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Salamanca n. 59 de 26/03/2021.

en prestarles una asistencia adicional para que puedan comunicarse adecuadamente con la entidad local.

Otro ejemplo de figura similar a la Defensoría del Vecindario lo encontramos en el Defensor del Contribuyente que, en este caso, en lugar de centrarse en unos sujetos concretos que necesitan tramitar con la entidad local (como ocurre con el Defensor de Personas Mayores) se focaliza en una materia concreta que puede generar conflictos con la ciudadanía, como es la gestión tributaria municipal. De tal modo, encontramos de nuevo en el Ayuntamiento de Salamanca dicha figura, para asistir a la ciudadanía en aquellas quejas, reclamaciones y sugerencias que puedan plantear sobre la gestión económica y recaudatoria del Consistorio⁷⁷. Como expone Serrano Antón⁷⁸, los propósitos de dichos defensores del contribuyente son, por un lado, evitar la desprotección fiscal de los contribuyentes y, por otro, hacerles partícipes de las políticas tributarias para detectar anomalías a través de las quejas vecinales que se presenten.

En efecto, dicho Defensor da un trato personalizado a cada vecino que necesita ayuda sobre una cuestión recaudatoria, y hace hincapié, entre otros aspectos, en que la ciudadanía entienda de forma clara el contenido de su obligación tributaria, ya que en numerosas ocasiones radica ahí la problemática principal sobre las quejas ciudadanas⁷⁹.

El Defensor del Contribuyente también se creó en el Ayuntamiento de Madrid⁸⁰, donde además se coordinaba con la Comisión Especial de Quejas y Reclamaciones, a quién enviaba, de forma trimestral, una copia de los asuntos tramitados, de manera que así dicho órgano podía conocer las principales problemáticas en materia tributaria de los madrileños. Sin embargo, dicha Oficina del Defensor del Contribuyente del Consistorio madrileño se suprimió en 2019⁸¹, lo que supuso una oportunidad perdida para que la ciudadanía pudiera seguir protegiendo sus derechos tributarios, ya que, de hecho, se tramitaron un total de 72.533 quejas⁸² en todo el periodo que estuvo operativa la Oficina, lo que denota un gran uso de la misma por parte de la ciudadanía.

⁷⁷ Así puede verse en la carta de servicios del Defensor del Contribuyente del Ayuntamiento de Salamanca. Véase aquí: <https://www.oager.com/contenidos.aspx?ID=195>, consultado el 16/9/2023.

⁷⁸ SERRANO ANTÓN, F., "El defensor del contribuyente: ¿procedimiento para dar respuesta al principio de participación ciudadana, procedimiento de gestión o de revisión?", *Jornadas de estudio sobre la nueva ley general tributaria*, n. 22-25, 2004, Madrid, pp. 129-132, p. 129.

⁷⁹ En este sentido, en la siguiente noticia de prensa vemos cómo de un análisis de las quejas presentadas ante dicho Defensor un número relevante es porque "no se ha explicado correctamente el asunto" a la ciudadanía: *El Ayuntamiento de Salamanca ha recibido 149 consultas a través de la Oficina del Defensor del Contribuyente*: <https://www.europapress.es/castilla-y-leon/noticia-ayuntamiento-salamanca-recibido-149-consultas-traves-oficina-defensor-contribuyente-20120813143636.html>, consultado el 19/9/2023.

⁸⁰ Mediante el decreto de 9 de julio de 2004 del alcalde, se crea la Oficina del Defensor del Contribuyente, hecho publicado en el *Boletín del Ayuntamiento de Madrid* n. 5619 de 30/09/2004.

⁸¹ Se suprimió mediante decreto de 10 de mayo de 2019 de la alcaldesa, por el que se dejan sin efecto los decretos de la alcaldía de 9 de julio de 2004, por el que se crea la Oficina del Defensor del Contribuyente, y de 17 de enero de 2005, de Atención al Ciudadano en el Ayuntamiento de Madrid, publicado en el *Boletín del Ayuntamiento de Madrid* n. 8399 de 20/05/2019.

⁸² Dicho número total de quejas se debe al periodo del 2004 al 2019, que fue todo el tiempo que estuvo llevando a cabo su labor la Oficina, según datos facilitados por el Ayuntamiento en solicitud de acceso a información pública efectuada en el expediente n. 213/2023/00849.

Las entidades del Defensor del Mayor o del Defensor del Contribuyente ponen el foco en unos sujetos concretos (personas mayores) o en una actuación concreta del consistorio (la gestión tributaria) en la que se puede producir una incorrecta gestión. Por el contrario, los defensores vecinales, allí donde existen, efectúan una vigilancia de la legalidad y del interés general sobre el total de funciones y el conjunto de personas que interactúan con las entidades locales. Esta es la diferencia principal, las figuras similares a la Defensoría Vecinal se centran en unos sujetos u objetos concretos, es decir, permiten ayudar solo parcialmente a conseguir un ayuntamiento más protegido de las actuaciones arbitrarias. Sin duda, la existencia de dichas figuras supone una oportunidad mejor que simplemente la ausencia de las mismas, aunque apostar preferentemente por las defensorías vecinales permitirá cumplir mejor con unos estándares de buen gobierno local.

Unas instituciones que no podemos dejar de mencionar, en esta labor de vigilar la ausencia de arbitrariedad en las decisiones locales, son el Defensor del Pueblo y sus homólogos autonómicos. Como apuntábamos anteriormente, realizan la misma labor que se encomendaría a un Defensor Vecinal, pero sobre un ámbito subjetivo mucho más amplio. Esto implica que en las entidades locales donde existe dicho Defensor Vecinal podrían iniciarse paralelamente actuaciones, tanto por el mismo como por el Defensor del Pueblo. Si se produce dicha consecuencia, podríamos hallarnos ante dos escenarios. El primero de ellos, y quizás el más frecuente, sería que ambas instituciones realizan su labor de investigación sobre los hechos denunciados. Si bien, dicha situación podría hacer que ambos defensores recomendaran actuaciones diferentes a la entidad local, con lo cual se podría perder legitimidad en el trabajo de dichas instituciones al no poder llegar a una solución consensuada. En este sentido, autores como García Álvarez y García López⁸³ manifiestan que puede existir una “proliferación, quizás desmesurada, de defensores sectoriales y locales en numerosos ámbitos”, una idea que puede verse reforzada si vemos soluciones contradictorias ante un mismo hecho denunciado en ambas instituciones.

Es por ello que una adecuada solución para evitar que dichas defensorías vecinales sean concebidas como una pérdida de eficiencia en la actuación de las administraciones (constitucionalmente exigida en el art. 31.2 CE) sería la suscripción de convenios de colaboración entre ambas instituciones, conforme al art. 47 LRJSP, lo que permitiría coordinar acciones⁸⁴ y proteger mejor los intereses del vecindario.

Así pues, la suscripción de dicho acuerdo entre instituciones permitiría organizar mejor los esfuerzos en el caso de un asunto que fuera reclamado ante ambos defensores, sobre todo para encargar a uno de ellos la dirección de dicha investigación con el objetivo de actuar de forma más eficiente y aprovechando mejor los recursos

⁸³ GARCÍA ÁLVAREZ, M. y GARCÍA LÓPEZ, R., “El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico: una garantía adicional de desarrollo del estado social”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 26, 2010, pp. 127–166, p. 129.

⁸⁴ La idea de establecer fórmulas basadas en la cooperación y colaboración entre dichas instituciones de defensorías locales con el Defensor del Pueblo y sus equivalentes autonómicos también se reiteró en el Informe del Ararteko al Parlamento Vasco del año 1999. Disponible online en: <https://w390w.gipuzkoa.net/WAS/CORP/DBK/visorBibliotecaWEB/visor.do?ver&amicus=672673>, consultado el 19/9/2023, p. 576.

disponibles. En efecto, como recuerdan Jiménez Vacas, Morillas Padrón y Gallardo Romera⁸⁵, dichos convenios permiten la colaboración interadministrativa, lo que posibilita conseguir los principios de eficiencia y eficacia constitucionalmente previstos.

Así pues, ante un caso que se presente a ambos defensores resultará de más utilidad encargar dichas averiguaciones a la Defensoría Vecinal por ser la más próxima a la entidad local, con lo cual conocerá mejor la situación y organización interna del consistorio y, por ello, podrá obtener datos más precisos sobre lo acontecido. Del mismo modo, también resulta posible que se prefiera que las investigaciones las realice el Defensor del Pueblo o un homólogo autonómico, en tanto en cuanto pueda ser un asunto que requiere de la intervención de una institución lo más alejada posible de la corporación local con el objeto de actuar con mayor imparcialidad y ausencia absoluta de conflictos de intereses. Por todo ello, la decisión final sobre las investigaciones, aunque exista un convenio entre instituciones, deberá depender de la voluntad de los interesados, quienes deberían poder decidir, en última instancia, si prefieren que las averiguaciones sobre los hechos denunciados las realice una institución u otra.

Así pues, el convenio de colaboración entre el Defensor del Pueblo o sus homólogos autonómicos y las defensorías vecinales resultarían de gran utilidad para aunar esfuerzos y conseguir una mayor protección de la ciudadanía ante posibles arbitrariedades en las que caigan las entidades locales. De hecho, esto ayuda a ahondar en la idea que planteaba Colomer Viadel⁸⁶ de crear una “red simbiótica” de defensorías entre el Defensor del Pueblo estatal, los defensores autonómicos y los municipales. Sin embargo, hemos de indicar que no encontramos con frecuencia dichos convenios⁸⁷, aunque algunas entidades como el Defensor del Pueblo Andaluz suscribió un convenio con la Federación Andaluza de Municipios y Provincias para potenciar la creación de defensorías vecinales en las entidades locales andaluzas⁸⁸, una iniciativa que debería potenciarse a nivel estatal en beneficio de la ciudadanía municipal.

7 Conclusiones

En definitiva, se ha expuesto en este trabajo la gran oportunidad que tienen las entidades locales para crear la figura de la Defensoría Vecinal en protección de los intereses de sus ciudadanos. A pesar de la gran oportunidad que implica dicha Defensoría para vigilar la correcta gestión que realizan las entidades locales, la ausencia de una obligación legal de crearla y el hecho de que la ciudadanía no exija habitualmente la

⁸⁵ JIMÉNEZ VACAS, J. J., MORILLAS PADRÓN, L. y GALLARDO ROMERA, E., “La figura del convenio administrativo en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público y su tipología”, *Auditoría Pública*, n. 70, 2017, pp. 119 - 126, p. 122.

⁸⁶ COLOMER VIADEL, A., “El Defensor del pueblo: un órgano político-administrativo de protección de los derechos”, *Revista de Derecho Político*, n. 71-72, 2008, pp. 59.83, p. 62.

⁸⁷ Así pues, por ejemplo, vemos que según consulta n. 2320004 realizada a la Sindicatura de Greuges de la Comunitat Valenciana, la institución no tiene suscrito, a fecha 30/6/2023, ningún convenio con los defensores de los vecinos que puedan existir en el ámbito de su comunidad autónoma.

⁸⁸ Si bien dicho convenio ya no se encuentra en vigor desde el 2009, según manifiesta el Defensor del Pueblo Andaluz en solicitud de información pública realizada en el expediente n. G23/196 de fecha 13/7/2023. De aquí, se observa la necesidad de seguir potenciando convenios de colaboración entre los diferentes defensores territoriales existentes, lo que acabará beneficiando el interés general municipal.

creación de la figura han propiciado que, en la práctica, no sea un elemento habitual en la planta local española.

Sin duda, el hecho de que solo dos normativas autonómicas españolas, la catalana y la valenciana, hayan regulado expresamente la posibilidad de crear la figura es causa y también consecuencia de que de forma generalizada no encontramos la Defensoría en los ayuntamientos españoles. Si bien, como se ha afirmado, la ausencia de una regulación autonómica de régimen local que lo prevea no es impedimento para que aquellas entidades que lo deseen pueden crear la figura por la vía del artículo 20.3 LRBRL.

El siguiente reto a la hora de considerar la creación de la figura es el establecimiento de las funciones que se le asignen, el procedimiento de elección de la persona que ocupe el puesto, su estatuto y su régimen de incompatibilidades.

A este respecto, debemos destacar la necesidad de que el procedimiento de elección trate de conseguir el mayor consenso posible dentro del pleno municipal con el objetivo de que la persona que ejerza el puesto tenga un reconocido prestigio en el municipio del que debe defender los intereses del vecindario frente a posibles arbitrariedades de la entidad local. Asimismo, debe establecerse claramente que la figura del defensor no caiga en conflictos de intereses a la hora de realizar sus labores, lo cual tampoco debe ser impedimento, como planteábamos, para poder unificar esta figura con otras que realicen la vigilancia de la legalidad de las entidades locales. Todo ello, con el objetivo de persuadir a los ayuntamientos para que creen la figura de la Defensoría en tanto en cuanto la persona que la ocupe desempeñará también otras labores que son necesarias en los ayuntamientos. Se ha puesto en valor también la importancia de que dicha Defensoría Vecinal ayude a garantizar el buen gobierno local, un aspecto frecuentemente olvidado en la gestión diaria y donde la Defensoría puede, con su actuación, vigilar el cumplimiento de los principios generales de actuación que toda entidad debe cumplir. Para poder desarrollar esta función de vigilancia sobre las actuaciones de los entes locales, se ha remarcado la necesaria asignación de recursos a las defensorías, tanto humanos como materiales, todos ellos imprescindibles para que la tarea del defensor o defensora no sea en vano por no poder llegar a cubrir las necesidades de la ciudadanía ante la ausencia de dotación económica o de personal que le asista en su trabajo. De hecho, los datos reflejados sobre los recursos a las defensorías demuestran que su efectividad se encuentra en gran medida limitada, fruto de dicha falta de recursos.

En última instancia, se ha abordado la existencia de figuras análogas a la Defensoría Vecinal para remarcar la relevancia de crear dicha Defensoría frente a otras que solo actúan sobre un ámbito concreto o ayudando a unos sujetos determinados. Sin duda, se ha puesto de manifiesto la necesidad de que las defensorías vecinales establezcan convenios con el Defensor del Pueblo y sus homólogos autonómicos con el fin de coordinar acciones que eviten duplicidades, que garanticen una mayor investigación de actuaciones fraudulentas que se puedan producir en las entidades locales y que los vecinos denuncien ante ambas instituciones de forma simultánea.

Por todo ello, se resalta la necesidad de potenciar las defensorías vecinales como instrumento de ayuda a la ciudadanía ante actuaciones por parte de las entidades locales que no satisfagan necesariamente el interés general. Se requiere, sin duda, un gran compromiso de las entidades locales de querer implantar dichas instituciones ante la ausencia de exigencia legal para crearlas y, sobre todo, porque además deben tenerse en cuenta otros condicionantes para lograr que la Defensoría pueda llevar a cabo hechos subjetivos de forma satisfactoria, a saber: nombrar una persona con suficiente legitimidad (para lo cual debe buscarse el mayor consenso posible a la hora de elegirlo en el pleno municipal), establecer un régimen que garantice la ausencia de conflicto de intereses, dotar a la Defensoría de suficientes recursos para llevar a cabo sus tareas sin problema en su gestión diaria y establecer mecanismos de coordinación con figuras análogas a las defensorías, con el objetivo de mejorar su eficiencia y garantizar a la ciudadanía un trato adecuado uniforme ante una queja.

La creación de las defensorías vecinales supone una oportunidad de mejora para las entidades locales que deseen crearla, y hacerlo implica un reto para conseguir unos niveles de calidad exigidas en la institución que sean verdaderamente adecuadas para proteger los intereses de la ciudadanía; si bien, de lograrse dichos estándares, se conseguiría proteger verdaderamente el interés general municipal mediante una Defensoría que vigile el cumplimiento del buen gobierno local en aras de los intereses vecinales.

8 Bibliografía

- CAMPOS ACUÑA, C., “Transparencia en la contratación pública y prevención de los conflictos de intereses”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2017.
- COLOMER VIADEL, A., “El Defensor del pueblo: un órgano político-administrativo de protección de los derechos”, *Revista de Derecho Político*, n. 71-72, 2008, pp. 59-83, p. 62.
- GALINDO CALDÉS, R., “Prohibición de contratar e incompatibilidades de los concejales”, *Cuadernos de derecho local*, n. 51, 2019, pp. 118-139, p. 123-124.
- GARCÍA ÁLVAREZ, M. y GARCÍA LÓPEZ, R., “El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico: una garantía adicional de desarrollo del estado social”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 26, 2010, pp. 127-166, p. 129.
- GARCÍA-CALABRÉS COBO, F., “Derechos vecinales y defensores locales de la ciudadanía”, Escobar Roca, G. (ed.), *Protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo: actas del I Congreso Internacional de PRADPI*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 197-208, p. 197.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, D., “Por qué la obligación de cita previa para hacer gestiones con la administración es ilegal”, *Economist & Jurist*, n. 270, 2023, pp. 76-83, pp. 80-81.

Regap



ESTUDIOS

- JIMÉNEZ VACAS, J. J., MORILLAS PADRÓN, L. y GALLARDO ROMERA, E., “La figura del convenio administrativo en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público y su tipología”, *Auditoría Pública*, n. 70, 2017, pp. 119 – 126, p. 122.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Ética pública y deber de abstención en la actuación administrativa”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n. 67, 2011, pp. 329-357, p. 338.
- MERINO ESTRADA, V., “La calidad total en la administración local. fundamentos y orientaciones básicas”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 291. 2011, pp. 681-703, p. 685.
- OTAOLA, J. y TRAPOTE, P., “Participación y mediación institucional: la defensoría local y la Comisión de Sugerencias: el caso de Vitoria-Gasteiz”, Escobar Roca, G. (ed.), *Protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo: actas del I Congreso Internacional de PRADPI*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 543-549, p. 545.
- PAJARES MONTOLÍO, E. J., “Diez observaciones sobre los informes defensoriales y la promoción de los derechos humanos desde una perspectiva constitucional”, Escobar Roca, G. (ed.), *Protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo: actas del I Congreso Internacional de PRADPI*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 288-289.
- PAREJO ALFONSO, L., “La potestad de autoorganización de la Administración Local”, *Revista de Documentación Administrativa*, n. 228, 1991, pp. 13-43. p.28.
- PINTADO SÁNCHEZ, F., “La participación ciudadana en el ámbito local”, *FEMP*, Madrid, 2008. Disponible en: <http://documentos.famp.es/documentacion/publicaciones/2004grupo12.pdf>, p. 14.
- RICARDO HOYOS, J., “Competencias y atribuciones de los síndicos o defensores locales”, *Revista Ayuntamiento XXI*, n. 8. 2003, p. 50.
- ROJAS POZO, C. “La mediación administrativa”. *Icade. Revista De La Facultad De Derecho*, n. 98, 2016, pp. 183-200, p. 186.
- SERRANO ANTÓN, F., “El defensor del contribuyente: ¿procedimiento para dar respuesta al principio de participación ciudadana, procedimiento de gestión o de revisión?”, *Jornadas de estudio sobre la nueva ley general tributaria*, n. 22-25, 2004, Madrid, pp. 129-132, p. 129.
- SERRANO TORRES, A., “La organización de la participación en el ámbito local”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 14, 2016, p. 1663.
- TODA CASTÁN, D., “El nuevo Defensor de las personas mayores del Ayuntamiento de Salamanca: análisis de su régimen jurídico y propuestas de mejora”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 5, 2022, p. 137.
- VIGURI CORDERO J, “La protección de las personas informantes en España tras la aprobación de la Ley 2/2023: el derecho en vías de consolidación”, *Revista Española de la Transparencia*, n. extraordinario 17, 2023, pp. 271 p. 280.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_xaneiro-xuño 2024 | pp. 223-250
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v67i1.5185>
© María de los Ángeles Fernández Scagliusi
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 07/02/2024 | Aceptado: 03/12/2024

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

O protagonismo dos principios xerais no Código italiano de contratos públicos

El protagonismo de los principios generales en el Código italiano de contratos públicos

67 Regap

The prominence of general principles in the Italian Code of Public Contracts

Regap



ESTUDIOS

MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI
Profesora titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla
scagliusi@us.es

Resumo: Sete anos despois da aprobación do Decreto legislativo número 50, do 18 de abril de 2016, Italia promulgou un novo código de contratación pública: o Decreto legislativo número 36, do 31 de marzo de 2023. O código destaca tanto polo seu contido innovador como polo seu proceso de aprobación particular. Este estudo pretende analizar un dos cambios máis importantes incorporados pola norma: a inclusión do catálogo de principios xerais que deben guiar a contratación pública e o comportamento de quen opera no sector, prestando especial atención á función que cumpre cada un deles e como deben relacionarse entre si.

Palabras clave: Contratos públicos, reforma normativa, principios xerais, simplificación, dixitalización.

Resumen: Siete años después de la aprobación del Decreto legislativo número 50, de 18 de abril de 2016, Italia promulgó un nuevo Código de contratación pública: el Decreto legislativo número 36, de 31 de marzo de 2023. El código destaca tanto por su contenido innovador como por su proceso de aprobación particular. El presente estudio se propone analizar uno de los cambios más importantes incorporados por la norma: la inclusión del catálogo de principios generales que deben guiar la contratación pública y

el comportamiento de quienes operan en el sector, prestando especial atención a la función que cumple cada uno de ellos y cómo han de relacionarse entre sí.

Palabras clave: Contratos públicos, reforma normativa, principios generales, simplificación, digitalización.

Abstract: Seven years after the approval of Legislative Decree number 50 of 18 April 2016, Italy enacted a new Public Procurement Code: Legislative Decree number 36 of 31 March 2023. The Code stands out both for its innovative content and for its particular approval process. This study aims to analyse one of the most important changes introduced by the regulation: the inclusion of the catalogue of general principles that should guide public procurement and the behaviour of those operating in the sector, paying particular attention to the role of each of them and how they should relate to each other.

Key words: Public contracts, regulatory reform, general principles, simplification, digitization.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El proceso de elaboración del nuevo Código italiano de contratos públicos. 3. Principales novedades introducidas por el código. 4. Los principios generales del Código de contratos públicos. 4.1. Consideraciones generales. 4.2. Las funciones que cumplen los principios. 4.3. Los principios introducidos por el código. a) Principio de resultado. b) Principio de confianza. c) Principio de acceso al mercado. d) Criterio interpretativo y aplicativo. e) Principio de buena fe y tutela de la confianza. f) Principio de solidaridad y subsidiariedad horizontal, relaciones con los entes del tercer sector. g) Principio de autoorganización administrativa. h) Principio de autonomía contractual, prohibición de prestar obras intelectuales a título gratuito. i) Principio de conservación del equilibrio contractual. j) Principio de taxatividad de las causas de exclusión y de máxima participación. k) Principio de aplicación de los contratos colectivos nacionales de sector, incumplimientos contributivos y retraso en los pagos. l) Remisión externa. 5. Conclusiones. Bibliografía.

1 Introducción

Siete años después de la aprobación del Decreto legislativo número 50, de 18 de abril de 2016, por el que se transponen las Directivas europeas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE sobre los contratos públicos, Italia promulgó un nuevo Código de contratación pública: el Decreto legislativo número 36, de 31 de marzo de 2023, titulado “Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022, numero 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”¹. El código está publicado en la *Gazzeta Ufficiale* núm. 77, de 31 de marzo de 2023.

La entrada en vigor de esta nueva norma tuvo lugar el 1 de abril de 2023, derogando el Decreto legislativo 18 aprile 2016, número 50. Sin embargo, como establece el art. 229, se aplica –y, por tanto, sus disposiciones son efectivas– a partir del 1 de julio de 2023².

¹ El artículo 1 de esta norma delega en el Gobierno la adopción de uno o varios decretos legislativos relativos a la regulación de la contratación pública, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley, con el fin de adaptarla al derecho europeo y a los principios expresados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los tribunales superiores, tanto internos como supranacionales, y de racionalizar, reorganizar y simplificar la normativa existente en materia de contratación pública de obras, servicios y suministros, así como de evitar la incoación de procedimientos sancionadores por parte de la Comisión Europea y lograr la resolución de los procedimientos incoados.

² El artículo 229, que lleva por rúbrica “Entrata in vigore”, afirma: 1. Il codice entra in vigore, con i relativi allegati, il 1° aprile 2023. 2. Le disposizioni del codice, con i relativi allegati, acquistano efficacia il 1° luglio 2023. MASSARI, A., *Gli appalti pubblici dopo il nuovo Codice*, Maggioli editore, Rimini, 2023, explica en el capítulo 1 cuándo se produce la entrada en vigor, cuál es el régimen transitorio y las derogaciones, señalando que el código realiza una distinción inusual en el derecho italiano entre entrada en vigor de la norma y eficacia de la misma.

En este punto debe precisarse que existe un complejo período transitorio³, hasta el 31 de diciembre de 2023, que prevé la prórroga de la vigencia de determinadas disposiciones del Decreto legislativo 50/2016 y de los decretos de simplificaciones (Decreto-ley número 76, de 16 de julio de 2020, *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*, y Decreto-ley número 77, de 31 de mayo de 2021, *Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*).

Asimismo, no sólo se contemplan excepciones en la entrada en vigor, sino que, para permitir la aplicación efectiva de los nuevos artículos, muchas de las instituciones son realmente aplicables a partir del 1 de enero de 2024, lo que significa que hasta principios del año 2024 el código no estaba operativo en su totalidad.

Las licitaciones convocadas entre el 1 de abril de 2023 y el 30 de junio de 2023 han debido seguir, por tanto, la regulación del código anterior (Decreto legislativo núm. 50/2016), mientras que las publicadas con posterioridad han debido adaptarse a la nueva norma (Decreto legislativo núm. 36/2023).

El código destaca tanto por su contenido innovador como por su proceso de aprobación particular⁴. Resulta interesante repasar este proceso estrechamente relacio-

³ Sobre esta cuestión, véase el artículo 225 del código, que se ocupa de las disposiciones transitorias y de coordinación. En concreto, permanecen en vigor hasta el 31 de diciembre de 2023 los siguientes artículos del Decreto legislativo 50/2016: artículo 70 avisos de preinformación; artículo 72 redacción y modalidades de publicación de los pliegos y avisos; artículo 73 publicación a nivel nacional (incluido el Decreto del Ministerio de Infraestructuras y Transportes, aprobado en virtud del artículo 73, apartado 4 del mismo código, según el Decreto legislativo 50/2016); artículo 127, apartado 2 publicidad y aviso periódico indicativo; artículo 129, apartado 4 pliegos de licitación y avisos relacionados con los contratos adjudicados. Hasta el 31 de diciembre de 2023 continúan las publicaciones en la plataforma del servicio de contratos públicos del Ministerio de Infraestructuras y Transportes, según el anexo "B" al Decreto legislativo 33/2013.

Los siguientes artículos del Decreto legislativo 36/2023 serán efectivos a partir del 1 de enero de 2024: artículo 27 publicidad legal de los actos; artículo 81 avisos de preinformación; artículo 83 pliegos y avisos: contenidos y modalidades de redacción; artículo 84 publicación a nivel europeo; artículo 85 publicación a nivel nacional.

Las disposiciones del Decreto legislativo 50/2016 se aplicarán de manera transitoria hasta el 31 de diciembre de 2023 para la realización de actividades específicas, contenidas en los siguientes artículos: artículo 21, apartado 7 programa de compras y planificación de obras públicas; artículo 29 principios en materia de transparencia; artículo 40 obligación de usar medios de comunicación electrónicos en los procedimientos de adjudicación; artículo 41, apartado 2-bis medidas de simplificación de los procedimientos de licitación realizados por centrales de contratación; artículo 44 digitalización de procedimientos; artículo 52 reglas aplicables a las comunicaciones; artículo 53 acceso a los documentos y confidencialidad; artículo 58 procedimientos realizados a través de plataformas telemáticas de negociación; artículo 74 disponibilidad electrónica de los documentos de licitación; artículo 81 documentación de licitación; artículo 85 documento europeo único de contratación; artículo 105, apartado 7 subcontratación (depósito del contrato de subcontratación en la entidad contratante por parte del adjudicatario); artículo 111, apartado 2-bis control técnico, contable y administrativo (metodologías y herramientas electrónicas para conexión a la base de datos de la Autoridad Nacional Anticorrupción - ANAC); artículo 213, apartados 8, 9 y 10 ANAC (Gestión por parte de la ANAC de la base de datos nacional de contratos públicos); artículo 214, apartado 6 Ministerio de Infraestructuras y Transportes y Estructura Técnica de Misión, que tiene tareas de dirección estratégica, desarrollo de infraestructuras y apoyo a las funciones de alta vigilancia (habilitación por parte del Ministerio de comisionados extraordinarios en caso de incumplimiento de los sujetos competentes). Desde el 1 de enero de 2024 entran en vigor las disposiciones de los siguientes artículos del nuevo código: artículo 19 principios y derechos digitales; artículo 20 principios en materia de transparencia; artículo 21 ciclo de vida digital de los contratos públicos; artículo 22 ecosistema nacional de contratación pública (*e-procurement*); artículo 23 base de datos nacional de contratos públicos; artículo 24 expediente virtual del operador económico; artículo 25 plataformas de contratación pública digital; artículo 26 reglas técnicas; artículo 27 publicidad legal de los actos; artículo 28 transparencia de los contratos públicos; artículo 29 reglas aplicables a las comunicaciones; artículo 30 uso de procedimientos automatizados en el ciclo de vida de los contratos públicos; artículo 31 registro de operadores económicos participantes en licitaciones; artículo 35 acceso a los documentos y confidencialidad; artículo 36 normas procedimentales en materia de acceso; artículo 37, apartado 4 planificación de obras y adquisiciones de bienes y servicios; artículo 81 avisos de preinformación; artículo 83 pliegos y avisos: contenidos y modalidades de redacción; artículo 84 publicación a nivel europeo; artículo 85 publicación a nivel nacional; artículo 99 verificación del cumplimiento de requisitos para participar en la licitación; artículo 106, apartado 3, garantías para la participación en el procedimiento.

⁴ GIUFFRIDA, V., "Italia adopta un nuevo Código de contratación pública en aras de la simplificación y la lógica del resultado", *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, mes 4, 2023.

nado con la motivación de la reforma: simplificar y racionalizar la regulación de los contratos públicos. Precisamente, con el fin de conseguir esa simplificación formal, el nuevo código es un libro único de 229 artículos distribuidos en cinco libros⁵ sin referencias a otras normas y leyes. Los 36 anexos han reemplazado las 104 normas secundarias existentes con anterioridad. A pesar de que el número de artículos es similar al del código anterior, la nueva norma reduce considerablemente el número de párrafos, palabras y caracteres utilizados. Además, a través de sus anexos –que reemplazan todas las demás fuentes de implementación– elimina significativamente el número de normas, de reglamentos anteriores y las Directrices de la ANAC, contribuyendo así a simplificar y racionalizar el marco normativo de los contratos públicos, tal como lo requiere el PNRR⁶. También es innovadora la ambición del nuevo código, que va más allá de la propia ley delegada, que simplemente pedía al legislador que incorporara las líneas jurisprudenciales más recientes en materia de contratos públicos. El nuevo código tiene la ambición de establecer “una jerarquía de valores” capaz de generar principios jurídicos y directrices interpretativas en la materia.

El código se presenta como “autoejecutivo”, en cuanto no requiere ulteriores medidas de aplicación, como reglamentos o directrices. Así pues, a diferencia de lo ocurrido en el pasado, se garantiza la aplicación inmediata de toda la normativa y, en consecuencia, una mayor seguridad jurídica. Este objetivo se logró mediante la incorporación de 35 anexos, que concentran los 47 anexos de las directivas europeas, así como las directrices de la Agencia Nacional Anticorrupción Italia –en adelante ANAC– y los reglamentos vigentes. De esta manera se pretende superar la variedad de las fuentes de aplicación del código anterior, que generaba mucha controversia en la materia.

Además, los anexos están sujetos a un innovador mecanismo de desregulación: son de naturaleza legislativa en primera aplicación, pero pueden ser modificados por un reglamento, como se explica en la exposición del Consejo de Estado adjunto al esquema definitivo de código⁷. Así, aunque los anexos comienzan siendo parte del cuerpo legislativo formal, hay un procedimiento innovador que permite que posteriormente sean modificados de manera más ágil y flexible por medio de un reglamento. Esta previsión pretende facilitar la actualización y adaptación de esos anexos a condiciones cambiantes sin necesidad de someterse nuevamente a todo el proceso legislativo.

⁵ El libro I se titula “Dei principi, della digitalizzazione, della programmazione, della progettazione”, el libro II “Dell'appalto”, el libro III “Della selezione dei partecipanti e delle offerte”, el libro IV “Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni” y el libro V “Del contenzioso e dell'ANAC. Disposizioni finali e transitorie”.

⁶ BUONANNO, A. y COSMAI, P., *La riforma del Codice degli appalti*, Wolters Kluwer, Milano, 2023.

⁷ GIUFFRIDA, V., “Italia adopta un nuevo Código de contratación pública en aras de la simplificación y la lógica del resultado”..., *op. cit.*

2 El proceso de elaboración del nuevo Código italiano de contratos públicos

La aprobación del nuevo código es una de las reformas llevadas a cabo como consecuencia del Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia –en adelante PNRR–, esto es, se inserta en el ámbito de uno de los objetivos del nuevo PNRR. Realmente, no había una necesidad inmediata de adoptar un nuevo código como ocurrió en 2014 debido a la transposición de las Directivas⁸, pero sí se ha considerado que hacía falta una reforma del marco legislativo de la contratación pública en aras de la simplificación y digitalización de la misma.

El PNRR está conformado por seis objetivos: 1 “Digitalización, innovación, competitividad, cultura y turismo”; 2 “Revolución verde y transición ecológica”; 3 “Infraestructuras para una movilidad sostenible”; 4 “Instrucción e investigación”; 5 “Inclusión y cohesión”; 6 “Salud”.

Dentro del primer objetivo, Italia adopta en el PNRR medidas en los siguientes campos: la digitalización, innovación y seguridad en la Administración Pública; la digitalización, innovación y competitividad en el sistema productivo; el turismo y la cultura.

Concretamente, para conseguir la digitalización, innovación y seguridad en la Administración Pública se incorporan cinco ejes, dentro de los cuales se encuentra la contratación pública.

El eje 1 “Digitalización de la Administración pública” contiene medidas dirigidas a fomentar la digitalización de la Administración pública italiana e incluye siete inversiones y tres reformas. Las inversiones tienen por objeto, en particular: a) racionalizar y consolidar las infraestructuras digitales existentes de la Administración pública; b) priorizar el aprovisionamiento de servicios basado en tecnologías en la nube, c) prestar especial atención a la armonización y la interoperabilidad de las plataformas y los servicios de datos, la aplicación del principio de «solo una vez» y la accesibilidad de los datos a través de un catálogo de interfaces de programación de aplicaciones (API); d) mejorar la disponibilidad, la eficiencia y la accesibilidad de todos los servicios públicos digitales con el fin de aumentar el nivel de adopción y satisfacción de los usuarios, e) reforzar los medios de defensa de Italia contra los riesgos que plantea la ciberdelincuencia, f) fomentar la transformación digital de las grandes administraciones centrales; y g) abordar la brecha digital reforzando las competencias digitales de los ciudadanos.

Las reformas en el marco de este eje tienen por objeto, en particular: a) racionalizar y acelerar el proceso de contratación de servicios de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) por parte de la Administración pública; b) apoyar la transformación digital de la Administración pública; y c) eliminar los obstáculos al uso

⁸ La decisión de adoptar un nuevo código cuando probablemente nos encontremos próximos a una 6.ª generación de directivas, que obligan a incorporar al ordenamiento nacional sus previsiones, no ha estado exenta de críticas. Incluso con anterioridad a 2023, PARDI, L., “Brief Overview on Latest Intervention on Italian Public Procurement Discipline Aimed at Hindering the COVID-19 Economic Crisis”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 16, 2021, pp. 250-251.

de los servicios en la nube por parte de las administraciones públicas y racionalizar los procesos de intercambio de datos entre administraciones.

Las inversiones y reformas en el marco de este componente pretenden contribuir a abordar las recomendaciones específicas dirigidas a Italia en 2020 y 2019 sobre la necesidad de «mejorar la eficacia de la Administración pública, en particular invirtiendo en las capacidades de los empleados públicos, acelerando la digitalización y aumentando la eficiencia y la calidad de los servicios públicos locales» (recomendación específica por país 3, 2019), y de «centrar la inversión en la transición ecológica y digital, en particular en [...] infraestructuras digitales reforzadas para garantizar la prestación de servicios esenciales» (recomendación específica por país 3, 2020).

El eje 2 “Justicia” incorpora medidas orientadas a aumentar la eficiencia del sistema judicial, reduciendo la duración de los procedimientos y acercando a Italia a la media de la Unión Europea. El funcionamiento del sistema judicial italiano dista mucho del de otros Estados miembros en términos de duración de los procedimientos, como se indica en el último informe de la Comisión Europea para la eficiencia de la justicia (CEPEJ). Este componente aborda las recomendaciones específicas por país dirigidas a Italia en 2020 y 2019 sobre la reducción de la duración de los procedimientos judiciales civiles y la mejora de la eficacia de la lucha contra la corrupción (recomendaciones específicas por país 4, 2019 y 4, 2020). Además, se fomenta la digitalización del sistema judicial como requisito para la transición digital.

El eje 3 “Administración pública” incluye medidas destinadas a reformar la Administración pública italiana y mejorar la capacidad administrativa. Italia se sitúa por debajo de la media de los países de la Unión Europea tanto por lo que se refiere a la eficacia del Gobierno como por la confianza en el gobierno.

Las reformas de la Administración pública italiana se vieron afectadas por un grave déficit en su aplicación y por el escaso reconocimiento y difusión de las innovaciones. Deben proseguir los esfuerzos para reforzar la capacidad de planificación estratégica, los mecanismos de seguimiento y evaluación y los instrumentos de formulación de políticas basados en pruebas.

El principal objetivo de este componente es mejorar la capacidad administrativa de las administraciones públicas italianas a nivel central y local, tanto en términos de capital humano como en términos de simplificación de los procedimientos administrativos. En esta sección se presenta la estrategia global estructural de recursos humanos, que va desde los procesos de selección hasta las trayectorias profesionales.

La reforma incluye también medidas para simplificar los procedimientos. Este componente aborda las recomendaciones específicas por país dirigidas a Italia en 2020 y 2019 sobre la mejora de la eficacia de la administración pública (recomendaciones específicas por país 3, 2019 y recomendaciones específicas por país 4 y 2020).

El eje 4 “Contratación pública y pagos de las administraciones públicas” contempla acciones para reformar determinados aspectos clave del marco legislativo italiano en materia de contratación pública y a reducir la morosidad de las administraciones públicas a nivel central, regional y local, así como de las autoridades sanitarias regionales. El principal objetivo de la reforma es simplificar las normas

de contratación pública, aumentar la seguridad jurídica de las empresas y acelerar la adjudicación de contratos públicos, manteniendo al mismo tiempo las garantías procedimentales en términos de transparencia e igualdad de trato.

El primer paso de esta reforma consistía en la adopción de un primer conjunto de medidas urgentes de simplificación con un decreto legislativo para mayo de 2021 con el fin de: simplificar y digitalizar los procedimientos de las centrales de compras; registrar los contratos en la base de datos anticorrupción de la autoridad nacional de lucha contra la corrupción (ANAC); crear oficinas especializadas encargadas de los procedimientos de contratación pública en Ministerios, Regiones y ciudades metropolitanas; fijar un objetivo para reducir el tiempo entre la publicación y la adjudicación del contrato y entre la adjudicación del contrato y la finalización de las infraestructuras; e incentivar mecanismos alternativos de resolución de litigios en la fase de ejecución de los contratos.

La segunda etapa de esta reforma consistía en llevar a cabo una serie de modificaciones del Código de contratación pública que se aplicarían a más tardar en el segundo trimestre de 2023, con acciones encaminadas a: reducir la fragmentación de los poderes adjudicadores; exigir la creación de una plataforma electrónica como requisito básico para participar en la evaluación a escala nacional de la capacidad de contratación pública; y facultar a la autoridad nacional de lucha contra la corrupción para revisar la cualificación de los poderes adjudicadores.

Esta reforma aspiraba también a hacer operativo el sistema nacional de contratación electrónica a finales de 2023.

Finalmente, el eje 5 “Reformas presupuestarias estructurales (fiscalidad y gasto público)” incluye varias reformas destinadas a apoyar la sostenibilidad de las finanzas públicas de Italia (recomendaciones específicas por país 1 y 2019). Desde el punto de vista de los ingresos, las reformas tienen por objeto mejorar el proceso de recaudación de impuestos, fomentar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y luchar contra la evasión fiscal, con el fin de reducir los costes de cumplimiento para los contribuyentes y aumentar los ingresos de las administraciones públicas, contribuyendo a mejorar la sostenibilidad de las finanzas públicas. Desde el punto de vista de los gastos, las reformas tienen por objeto mejorar la eficiencia del gasto público, tanto a nivel central, reforzando el marco existente para las revisiones anuales del gasto, como a nivel subnacional, completando la reforma de las relaciones fiscales entre los distintos niveles de gobierno.

Dando cumplimiento a las citadas previsiones del PNRR, en mayo de 2021 se aprueba el Decreto legislativo núm. 77, de 31 de mayo⁹, que –como señala en su art. 1– define el marco normativo nacional dirigido a simplificar y facilitar la realización de las metas y objetivos establecidos por el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia, según el reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021, por el Plan nacional para las inversiones complementarias según el Decreto-ley 6 de mayo de 2021, n.º 59, así como por el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2030 según el Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo

⁹ La entrada en vigor de la norma tuvo lugar el 1 de junio de 2021.

y del Consejo de 11 de diciembre de 2018. Esta norma introduce, en su título IV (arts. 47 a 56), medidas relativas a la aceleración de los procedimientos referidos a las intervenciones en materia de transición ecológica y digital y de contratos públicos.

Posteriormente, en junio de 2022, entra en vigor la Legge delega 78/2022, que habilita al Gobierno para la adopción, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de la presente ley, de uno o más decretos legislativos que contengan la normativa de los contratos públicos, con el fin de adecuarla al derecho europeo y a los principios expresados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de las jurisdicciones superiores, tanto internas como supranacionales, y de racionalizar, reordenar y simplificar la normativa vigente en materia de contratos públicos relativos a obras, servicios y suministros, así como para evitar el inicio de procedimientos sancionadores por parte de la Comisión Europea y llegar a la resolución de los procedimientos iniciados.

3 Principales novedades introducidas por el código

Como hemos indicado, los objetivos generales de esta nueva norma son la simplificación (con la consiguiente eliminación de la sobrerregulación), la digitalización y la agilización de la contratación pública, por lo que los cambios incorporados están orientados a la consecución de los mismos.

Entre las novedades más significativas que ha introducido el código cabe citar:

3.1 La incorporación de un catálogo de principios.

Una de las principales novedades introducidas por el nuevo Código de contratos públicos consiste en la promulgación de los principios generales, a los que se dedican los primeros doce artículos, que deben guiar la materia y el comportamiento de quienes operan en el sector. Los principios son las directrices fundamentales que rigen y orientan los procesos de contratación pública.

La parte I del código, dedicada a los principios generales, es considerada, prácticamente de manera unánime, la novedad más significativa de la norma, que abiertamente aspira a enunciar principios rectores para la interpretación y aplicación de los contratos públicos.

Concretamente, el título I (arts. 1 a 12) del código lleva por rúbrica “Los principios generales” y regula los siguientes principios: principio de resultado (art. 1); principio de confianza (art. 2); principio de acceso al mercado (art. 3); criterio interpretativo y aplicativo (art. 4); principio de buena fe y tutela de la confianza (art. 5); principio de solidaridad y subsidiariedad horizontal, relaciones con los entes del tercer sector (art. 6); principio de autoorganización administrativa (art. 7); principio de autonomía contractual, prohibición de prestar obras intelectuales a título gratuito (art. 8); principio de conservación del equilibrio contractual (art. 9); principio de taxatividad de las causas de exclusión y de máxima participación (art. 10); principio de aplicación

de los contratos colectivos nacionales de sector, incumplimientos contributivos y retraso en los pagos (art. 11) y remisión externa (art. 12).

Como se ha señalado, su inclusión como un catálogo puede considerarse el elemento más innovador de la reforma, intentando otorgar a los principios un contenido concreto, al tiempo que se busca fortalecer la relación entre la Administración pública y los diferentes actores involucrados en el proceso de contratación. La invocación a estos principios también cumple una función de completitud del ordenamiento jurídico (intentando suplir las posibles lagunas jurídicas) y de garantía de la protección de intereses en juego en la contratación pública.

Como ha destacado el Consejo de Estado, la sistematicidad de éstos implica que no deben interpretarse de manera aislada o independiente, sino que están interconectados y han de aplicarse de manera conjunta para lograr un sistema de contratación pública eficiente, transparente y justo¹⁰.

3.2 La digitalización de todo el ciclo de vida del contrato.

Otra de las novedades más importantes del nuevo código es la digitalización de todo el ciclo de vida del contrato, incluido el procedimiento de licitación. En efecto, uno de los pilares del Código de contratos públicos es la digitalización de todas las fases de los contratos públicos de obras o de concesión, de cualquier importe; objetivo que también es de los más relevantes del PNR (hito M1C1-75). Por consiguiente, un ente adjudicador o concedente que pretenda celebrar un contrato de obra o servicio, o de concesión de obra o servicio, de cualquier importe, debe recurrir a una plataforma de suministro digital certificada para llevar a cabo dicha adjudicación¹¹.

Este proceso de innovación digital marca un hito en la contratación pública italiana, un avance que se alinea con la modernización y expansión en el contexto europeo. Esta transformación está destinada a tener una influencia considerable en los ciudadanos, así como en las administraciones y empresas del país. Ciertamente, la digitalización de la contratación pública es un componente esencial de esta transformación y contribuye a agilizar y acelerar los procedimientos de compra de las

¹⁰ El Consejo de Estado en su Dictamen Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della Legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", de 7 de diciembre de 2022, p. 11 indica que los principios generales de un sector expresan, de hecho, valores y criterios de evaluación inherentes al ordenamiento jurídico, que tienen una "memoria total" que las disposiciones individuales y específicas no pueden tener, aunque sean atribuibles a él. Además, los principios se caracterizan por una prevalencia de contenido deontológico en comparación con las normas individuales, incluso cuando se reconstruyen en su sistema, con la consecuencia de que, como criterios de evaluación constituyen el fundamento jurídico de la disciplina considerada.

¹¹ Las instrucciones detalladas con respecto al inicio del proceso de digitalización se proporcionan en el Comunicado adoptado, de acuerdo con el Ministerio de Infraestructuras y Transportes, mediante la resolución núm. 582 de 13 de diciembre de 2023. La obligación de recurrir exclusivamente a plataformas de suministro digital certificadas se debe al hecho de que solo estas últimas forman parte del ecosistema nacional de abastecimiento digital y, por lo tanto, son las únicas que pueden intercambiar datos e información con la Base de Datos Nacional de Contratos Públicos (BDNCP) y adquirir los CIG (Códigos de Identificación de Gestión). A partir del 1 de enero de 2024, la adquisición del CIG se realiza directamente desde las plataformas de suministro digital certificadas que gestionan el ciclo de vida del contrato, a través del intercambio de datos e información con la Base de Datos Nacional de Contratos Públicos (BDNCP).

administraciones: ampliar la participación de los agentes del mercado y hacer el ciclo de vida de las contrataciones más transparente, facilitando los controles necesarios¹².

Los objetivos que se pretenden lograr mediante la digitalización del ciclo de vida de los contratos públicos son diversos y abarcan¹³:

- a) Mayor eficiencia en la gestión de los procedimientos mediante una rápida circulación de los datos relevantes.
- b) Reducción de los tiempos reales de duración de los procedimientos, especialmente gracias al expediente virtual del operador económico, en la fase de controles sobre los sujetos participantes en las licitaciones.
- c) Contrarresto efectivo, de manera preventiva, de fenómenos patológicos de mala administración, incluida la corrupción.
- d) Máxima transparencia de los procedimientos, gracias a las mayores posibilidades de acceso.
- e) Rastreabilidad de las operaciones de pago.
- f) Control en tiempo real de la asignación del gasto público en todo el territorio nacional.
- g) Reducción de los costes de los procedimientos.
- h) Mayor facilidad en el cumplimiento de las obligaciones de publicidad y comunicación a cargo de las entidades adjudicadoras.
- i) Simplificación y reducción de las cargas para los operadores económicos.
- j) Certeza jurídica de los datos e información utilizados por las entidades adjudicadoras, especialmente en el caso del empleo de tecnologías basadas en registros distribuidos (llamadas *blockchain*).
- k) Mejor ejercicio de los derechos de ciudadanía digital, previstos por el CAD.
- l) Reducción de las variaciones (y de las posibles impugnaciones) en la fase de ejecución con el uso de la metodología BIM –por sus siglas en inglés, *Building Information Modelling*– (tecnología que también facilita la gestión posterior de la obra a lo largo de su ciclo de vida residual). Es una forma de trabajo colaborativa basada en la digitalización y en la colaboración entre agentes a lo

¹² RACCA, G. M., "La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle Pubbliche Amministrazioni e qualificazione delle imprese", CAVALLO, P. R. y GALETTA, D. U. (coords.), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giapicchelli, Torino, 2020, pp. 321-322.

¹³ CARLOTTI, G., "I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione", *Giustizia Amministrativa*, 2023, disponible en: <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/carlotti-i-principi-nel-codice-dei-contratti-pubblici-la-digitalizzazione>

largo de todo el ciclo de vida de una edificación o infraestructura, que busca una mayor eficiencia económica y medioambiental en la inversión, lo que permite también la reducción de riesgos e incertidumbres y el incremento de la calidad. Consiste en el uso de una representación digital compartida de un activo para facilitar los procesos de diseño, construcción y operación y proporcionar una base confiable para la toma de decisiones.

El uso de BIM en la contratación pública persigue un objetivo doble: mejorar la eficiencia del gasto público y servir de impulso para la transformación digital del sector de la construcción¹⁴.

Además, con el fin de preparar a todos los participantes del sistema de contratación –incluyendo las entidades adjudicadoras, los operadores económicos y las entidades públicas– para este cambio significativo previsto para el 1 de enero de 2024, la ANAC está trabajando activamente en el desarrollo y provisión de la infraestructura necesaria para llevar a cabo los procesos de licitación de manera digital. Asimismo, la ANAC y el Departamento para la Transformación Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros ha publicado recientemente una medida que contiene los requisitos técnicos y las modalidades de certificación de las plataformas de abastecimiento digital, como lo estipula el artículo 26 del nuevo Código de contratos públicos. Esto indica un paso importante hacia la implementación de sistemas digitales en los procesos de contratación pública, con el objetivo de incrementar la transparencia, la eficiencia y la conformidad con los estándares anticorrupción.

Para implementar la digitalización, se ha desarrollado un complejo sistema denominado “Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale¹⁵ –Ecosistema nacional de abastecimiento digital– (*e-procurement*)”. El ecosistema se basa en la infraestructura tecnológica de la Piattaforma Digitale Nazionale Dati –Plataforma

¹⁴ En España el Plan BIM en la Contratación Pública fue aprobado por Consejo de Ministros en su reunión de 27 de junio de 2023, y está publicado en el BOE núm. 172, de jueves 20 de julio de 2023, (Orden PCM/818/2023, de 18 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2023, por el que se aprueba el Plan de Incorporación de la Metodología BIM en la contratación pública de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes). El plan establece un objetivo único, relativo a solicitar el uso de BIM en algunos contratos públicos, en función del valor estimado de estos y del nivel BIM del órgano de contratación, y conforme a un calendario gradual y progresivo. El establecimiento de los umbrales de los contratos y el citado calendario toman en consideración el acceso de la pequeña y mediana empresa (PYME) a la contratación pública. Asimismo, el plan establece una serie de acciones para facilitar el cumplimiento de dicho objetivo. Este plan será de aplicación a la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes. Asimismo, se recomienda la aplicación del Plan BIM por el resto de entidades integrantes del sector público institucional estatal no contempladas en el párrafo anterior, es decir, las autoridades administrativas independientes, las sociedades mercantiles estatales, los consorcios, las fundaciones del sector público, los fondos sin personalidad jurídica y las universidades públicas no transferidas, de las letras b) a g) del apartado 1 de artículo 84. Composición y clasificación del sector público institucional estatal, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. El uso de BIM en la contratación presenta ventajas frente a la forma tradicional de realizar contratos relacionados con la construcción, reduciendo plazos y costes en la ejecución de contratos del sector público y mejorando la productividad.

¹⁵ El artículo 22 del Código de contratos públicos señala que el Ecosistema Nacional de Contratación Digital está formado por las plataformas y servicios de infraestructura digital que permiten la gestión del ciclo de vida de los contratos públicos, a los que se refiere el artículo 23, y las plataformas de contratación digital utilizadas por los poderes adjudicadores, a los que se refiere el artículo 25. Estas plataformas y servicios de infraestructura digital permiten, en particular: la redacción o adquisición de documentos en formato digital nativo; la publicación y transmisión de datos y documentos a la Base de Datos Nacional de Contratos Públicos; el acceso electrónico a los documentos de licitación; la presentación del documento único europeo de licitación en formato digital y la interoperabilidad con el expediente virtual del operador económico; la presentación de las ofertas; la apertura, gestión y almacenamiento del expediente de licitación en modo digital; el control técnico, contable y administrativo de los contratos, incluso durante la fase de ejecución y la gestión de las garantías.

Digital Nacional de Datos– (PDND) para la interoperabilidad de los sistemas informáticos y las bases de datos. Estas plataformas y servicios de infraestructura digital permiten, en particular: la redacción o adquisición de documentos en formato digital nativo; la publicación y transmisión de datos y documentos a la Base de Datos Nacional de Contratos Públicos; el acceso electrónico a los documentos de licitación; la presentación del documento único europeo de licitación en formato digital y la interoperabilidad con el expediente virtual del operador económico; la presentación de las ofertas; la apertura, gestión y almacenamiento del expediente de licitación en modo digital; el control técnico, contable y administrativo de los contratos, incluso durante la fase de ejecución y la gestión de las garantías.

El Ecosistema nacional tiene como núcleo la Base de Datos Nacional de Contratos Públicos (BDNCP) gestionada por ANAC, que interactúa, por un lado, con las plataformas de abastecimiento digital certificadas utilizadas por los entes adjudicadores y los concedentes para gestionar el ciclo de vida de los contratos, y por el otro, con las bases de datos estatales que poseen la información necesaria para que entes adjudicadores y concedentes manejen las diversas fases del ciclo de vida de los contratos públicos. La BDNCP intercambia datos e información de manera interoperable con todas las demás componentes del ecosistema.

En este ámbito, debe indicarse que el art. 43 del Código de contratos públicos señala que, a partir del 1 de enero de 2025, las entidades adjudicadoras y los órganos de contratación adoptan métodos y herramientas de gestión informativa digital de las construcciones, para el diseño y la realización de obras de nueva construcción y para las intervenciones en construcciones existentes por un importe base de licitación superior a 1 millón de euros. La disposición del primer período no se aplica a las intervenciones de mantenimiento ordinario y extraordinario, a menos que se refieran a obras previamente ejecutadas con el uso de dichos métodos y herramientas de gestión informativa digital.

Incluso fuera de los casos mencionados en el párrafo 1 y de acuerdo con los principios del art. 19, las entidades adjudicadoras y los órganos de contratación pueden adoptar métodos y herramientas de gestión informativa digital de las construcciones, posiblemente previendo en la documentación de la licitación una puntuación adicional relativa a las modalidades de uso de tales métodos y herramientas. Esta facultad está subordinada a la adopción de las medidas establecidas en el anexo I.9¹⁶.

1. El contrato integrado, que estaba prohibido en el anterior código, ahora se permite en el ámbito de un mismo contrato. El mismo se origina como un contrato cuyo objeto proporciona al contratista dos servicios: 1) el diseño de la obra o trabajo público; 2) la realización de la misma.

¹⁶ En el anexo I.9 se definen: a) las medidas relativas a la formación del personal, las herramientas y la organización necesaria; b) los criterios para asegurar la uniformidad de utilización de los métodos y herramientas digitales para la gestión de la información; c) las medidas necesarias para la implementación de los procesos de gestión de la información soportada por la modelación informativa, incluida la previsión de la interoperabilidad del registro patrimonial de cada entidad adjudicadora o ente concesionario con el archivo informático nacional de obras públicas; d) las modalidades de intercambio e interoperabilidad de los datos y la información; e) las especificaciones técnicas nacionales e internacionales aplicables; f) el contenido mínimo del pliego de condiciones informativo para el uso de los métodos y herramientas de gestión informativa digital.

Actualmente no está representado por una única figura jurídica, sino que se presta a diversas aplicaciones en función tanto del procedimiento de adjudicación como del contenido del contrato¹⁷.

2. El nuevo código ha eliminado la prohibición de la subcontratación en cascada. En concreto, se ha introducido esta posibilidad en el art. 119.17 que prevé que la subcontratación es el contrato por el cual el contratista confía a terceros la ejecución de parte de las prestaciones o trabajos objeto del contrato, correspondiendo la organización de los medios y riesgos al subcontratista. Así, la norma posibilita la figura de la subcontratación en cascada (aquella en la cual las entidades adjudicadoras subcontratan, a su vez, una serie de actividades a otras entidades)¹⁸.
3. El art. 14 confirma los umbrales comunitarios establecidos por los decretos de simplificaciones (Decreto-ley número 76, de 16 de julio de 2020, *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale* y Decreto-ley número 77, de 31 de mayo de 2021, *Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*), que obligan a calificar los contratos que superen dichos importes como sujetos a regulación armonizada. Asimismo, establece los métodos para calcular el importe estimado de los contratos públicos.

Regap



ESTUDIOS

4 Los principios generales del Código de contratos públicos

4.1 Consideraciones generales

Como hemos indicado anteriormente, el código de contratos dedica una parte general a la codificación de los principios por los que se rigen los contratos públicos. El legislador ha considerado que debía recoger los principios idóneos de actuación en el sector de la contratación pública. A través de la codificación de los mismos, el nuevo código contempla expresamente como objetivo favorecer una mayor libertad de iniciativa y autorresponsabilidad de las entidades contratantes, aumentando su

¹⁷ FORTUNATO, G., *L'appalto integrato dopo il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Maggioli editore, Rimini, 2023.

¹⁸ El apartado 19 del artículo 105 del Decreto legislativo 50/2016 disponía que *"L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto"*. Ahora el apartado 17 del artículo 119 prevé: 17. *"Le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori ulteriori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229"*.

autonomía y discrecionalidad (administrativa y técnica). De esta forma, indirectamente, se otorga a la Administración pública una amplia discrecionalidad, a lo largo de todo el diseño de la licitación, que había sido reducida drásticamente por las Directrices ANAC.

Junto a ellos, establece una serie de reglas que tienen un contenido específico de naturaleza técnica¹⁹, como sucede con las previstas para la digitalización. En efecto, sería erróneo considerar que los principios son solo los primeros doce artículos. En realidad, los primeros doce artículos contienen un elenco, que no es exhaustivo ni cerrado. Estas reglas, principios manifiestos contenidos en esos artículos, se acompañan de otra pluralidad, como los principios derivados de la interpretación jurisprudencial.

El código anterior –aprobado por Decreto legislativo 18 aprile 2016, núm. 50– contenía una aproximación muy diversa a la realidad de los principios²⁰, sobre todo, porque comprendía principios de tipo clásico, originariamente elaborados por la jurisprudencia, en particular por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación de las diversas directivas europeas. En otros términos, el Código 50/2016 no hacía otra cosa que, en algunas disposiciones peculiares, mencionar los principios contractuales clásicos (eficacia, concurrencia, no discriminación, proporcionalidad y publicidad...)²¹.

El nuevo código, en cambio, efectúa una regulación completamente diversa. En primer lugar, porque no regula los principios clásicos, sino de nueva formulación (principios inéditos). En segundo lugar, porque no se limita a una mera enunciación de los principios, sino que explica el contenido concreto de ellos. En tercer lugar, porque pretende indicar de qué manera pueden actuar los principios, esto es, cómo han de aplicarse²². Sin duda, ahora la función de los principios contractuales parece ser diferente de la de los principios de códigos anteriores, que esencialmente servían para delimitar el ámbito de aplicación del texto normativo y las definiciones de los términos utilizados en el propio texto²³.

La novedad que supone la inclusión de una sección sobre principios en el código va más allá de una simple formalidad legal, es decir, no se reduce al hecho de que la Comisión especial constituida en el Consejo de Estado, seguida por el Legislador delegado, haya asignado a estos principios un lugar destacado y relevante en el texto del código –a diferencia de lo que ocurría en la normativa anterior–.

El verdadero valor de incluir principios en el código es que éstos sirven para reflejar los valores jurídicos esenciales del sector en cuestión. Más aún, estos principios

¹⁹ DE BENEDETTO, M.; MARTELLI, M. y RANGONE, N., *La qualità delle regole*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 12-13.

²⁰ Los arts. 29 y 30 se ocupaban, respectivamente, de los principios en materia de transparencia y para la adjudicación y ejecución de los contratos públicos.

²¹ SAITTA, F., "I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici", *Giustizia insieme*, 8 giugno 2023, disponible en <https://www.giustiziainsieme.it/en/diritto-e-processo-amministrativo/2799-i-principi-general-del-nuovo-codice-dei-contratti-pubblici?hitcount=0>

²² Estas diferencias son importantes puesto que es inédito que el legislador explique los principios. Normalmente los principios se llenaban de contenido por la jurisprudencia, pero no por las normas sobre contratos públicos.

²³ Sobre la necesidad de recurrir a los principios generales, en la tradición jurídica italiana véase PIZZORUSSO, A., "Las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico italiano", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 3, 1989, pp. 269-321.

actúan como una guía clara y práctica para todos los sujetos involucrados en el proceso de contratación, proporcionando una referencia rápida y útil que ayuda a los operadores a actuar ante situaciones ambiguas y a encontrar la normativa aplicable a cada caso específico.

Se trata en algunos casos de principios innovadores y originales que se añaden y completan los principios europeos de libre competencia, no discriminación, transparencia, proporcionalidad, publicidad y aquellos generales de la actividad administrativa.

Concretamente, es el título I de la parte I del código, el que codifica los principios generales. Éstos incluyen: principio de resultado (art. 1); principio de confianza (art. 2); principio de acceso al mercado (art. 3); criterio interpretativo y aplicativo (art. 4); principio de buena fe y tutela de la confianza (art. 5); principio de solidaridad y subsidiariedad horizontal, relaciones con los entes del tercer sector (art. 6); principio de autoorganización administrativa (art. 7); principio de autonomía contractual, prohibición de prestar obras intelectuales a título gratuito (art. 8); principio de conservación del equilibrio contractual (art. 9); principio de taxatividad de las causas de exclusión y de máxima participación (art. 10); principio de aplicación de los contratos colectivos nacionales de sector, incumplimientos contributivos y retraso en los pagos (art. 11) y remisión externa (art. 12). Esta ubicación sistemática y la solidez de los principios demuestran claramente la importancia que el legislador les atribuye²⁴.

Como veremos, hay algunos de ellos (principios de resultado, de confianza y de acceso al mercado) que tienen una importancia incluso mayor, pues actúan como criterios de interpretación de las demás normas del código.

4.2 Las funciones que cumplen los principios

La intención del legislador, al regular los principios, es dotarlos de un valor operativo puntual con el doble objetivo explícito de²⁵:

1. Aclarar a los operadores e intérpretes los objetivos que subyacen a la adopción de este nuevo texto normativo;
2. Permitir un margen de discrecionalidad a los poderes adjudicadores, que se verán inducidos a considerar estos principios como criterios de orientación para la determinación de las normas que deben seguir en sus actuaciones administrativas.

Los principios generales, por tanto, deben entenderse no solo como máximas generales y abstractas, sino como directrices prácticas para los operadores jurídicos.

²⁴ La elección de la ubicación sistemática de los principios en el nuevo código es significativamente diferente de la del código anterior, donde los principios se enuncian en el artículo 30, y es más similar a la del primer código, donde los principios también se regularon al inicio (artículo 2). En cuanto a la solidez, el código actual se distingue de ambos códigos anteriores porque dedica doce artículos solo a los principios generales (junto a otros principios que se encuentran en diferentes partes del texto, como el de digitalización), compuestos por varios párrafos que contienen indicaciones muy detalladas.

²⁵ BERTELLI, A.; GALLO, L. y PANCONI, M.C., "Il ruolo dei principi nel nuovo codice dei contratti pubblici", DOTA, S. y DI BARI, A. (coords.), *Le principali novità del nuovo Codice dei contratti, I quaderni*, n. 43, junio, 2023, p. 5.

Su valor radica no solo en aportar orden y coherencia a una disciplina marcada por tensiones significativas entre sus instituciones individuales, sino también en situar correctamente el contrato público dentro de la teoría general del contrato.

Así, los principios introducidos por el código cumplen dos funciones primordiales²⁶:

- 1.^a Los principios tienen un contenido valorativo, es decir, implican un valor que el ordenamiento intenta mantener por un largo período. En otros términos, los principios sintetizan los valores que el ordenamiento quiere destacar y proteger.
- 2.^a Los principios sirven para orientar la aplicación de las normas, sobre todo cuando estas no son adecuadas para un contexto económico-social diferente o cuando se quiere dirigir su aplicación hacia nuevos objetivos.

También puede añadirse que la regulación por principios cumple con tres niveles diversos de funciones:

- 1) Los principios son parámetros interpretativos, esto es, cumplen con una función hermenéutica (interpretación del código en su conjunto);
- 2) Los principios llevan a cabo la función de completar eventuales lagunas; función tradicional y típica de los principios. Sin embargo, en este código, dada la meticulosa estructura y sistematización de sus artículos, esta función es menos relevante;
- 3) Los principios permiten escoger la regulación adecuada para cada situación, por ejemplo, decidir entre promover la libre competencia o apoyar la economía local. Es crucial saber organizar y priorizar los principios aplicables. Por ejemplo, el principio de resultado ofrece una directriz: el resultado tiene prioridad frente a ciertas realidades, como la situación de las pymes, ejerciendo así una función directiva.

En resumen, puede afirmarse que la idea fundamental es no tanto recordar los principios generales de la acción administrativa (ya deducibles de la propia Constitución), sino proporcionar una base normativa más precisa para una serie de principios preceptivos, con un valor operativo inmediato, con el fin de lograr, entre otros, los siguientes fines:

- a) Reafirmar que la competencia es un instrumento cuyo fin es alcanzar de la mejor manera posible el objetivo de un contrato adjudicado y ejecutado conforme al interés preeminente del licitante (y de la comunidad) (véase el art. 1, párrafo 2);
- b) Potenciar y promover la capacidad de evaluación y la iniciativa de las entidades adjudicadoras, con el fin de contrarrestar, en un contexto de renovada confianza en la actuación administrativa, el fenómeno conocido como “burocracia

²⁶ DE VINCI, d. G., “Capitolo III. I principi”, SAITTA, F. (coord.), *Appalti e contratti pubblici*, Wolters Kluwer, Cedam, Milano, 2016.

defensiva”, que puede provocar retrasos o ineficacias en la adjudicación y ejecución de contratos (véase el art. 2, párrafo 2).

4.3 Los principios introducidos por el código

A continuación, analizaremos los principios introducidos por el legislador italiano. Al examinarlos, podremos comprobar que no todos son claramente innovadores. En algunos casos se trata más bien de la incorporación expresa en el ámbito de la contratación pública de principios generales de la actividad administrativa o principios identificados por la jurisprudencia en materia de contratos públicos que ya eran aplicables a este ámbito. Por ejemplo, los principios de buena fe y de protección de la confianza (art. 5).

a) Principio de resultado

El código comienza la enumeración de principios, en el art. 1, con el principio de resultado, que establece cuál es el interés primordial que deben perseguir los entes adjudicadores y concedentes, a saber, la adjudicación del contrato y su ejecución deben realizarse con la máxima celeridad; ha de buscarse siempre la mejor relación calidad-precio; debe darse cumplimiento a los principios de legalidad, transparencia y concurrencia; todo ello en interés de la comunidad, para la consecución de los objetivos de la Unión Europea.

El principio del resultado se puede definir, así, como el esfuerzo por parte de los entes adjudicadores y concedentes para lograr el resultado deseado en la adjudicación y ejecución del contrato, lo cual debe llevarse a cabo:

- con la máxima prontitud;
- tratando de lograr el mejor equilibrio entre la calidad y el precio;
- respetando los principios de legalidad, transparencia y competencia (donde la competencia entre operadores económicos es funcional para conseguir el mejor resultado posible en la adjudicación y ejecución de contratos, mientras que la transparencia es fundamental para la máxima simplicidad y rapidez en la aplicación correcta de las reglas del código, asegurando por ende su cumplimiento).

El principio de resultado constituye, por tanto, la aplicación, en el ámbito de la contratación pública, del principio de buena administración y de los principios conexos de eficiencia, eficacia y economía, y se persigue en interés de la colectividad y para la consecución de los objetivos de la Unión Europea.

Por último, constituye el criterio primordial para el ejercicio de la potestad discrecional, que determine la norma aplicable a cada caso y para la evaluación de la responsabilidad del personal que desempeña funciones administrativas o técnicas en las fases de planificación, adjudicación y ejecución de los contratos, así como



para la asignación de incentivos de acuerdo con las modalidades previstas en la negociación colectiva.

La introducción del principio de resultado pone de relieve cómo la legitimidad ya no es suficiente para considerar eficaz una licitación. El resultado se enmarca en el contexto de la legalidad y la competencia, pero con la nueva norma se pretende reafirmar que la legalidad y la competencia por sí solas no bastan para conseguir la satisfacción del interés de la colectividad.

Los propios términos del código aclaran que el resultado representa el interés público primario del código, como finalidad principal que las entidades adjudicadoras deben asumir siempre en el ejercicio de su actividad²⁷.

Además, debe tenerse en cuenta que este principio de resultado está fuertemente condicionado por numerosos parámetros, como la protección de la salud, del patrimonio cultural, del medio ambiente...

Sin embargo, el Tribunal Administrativo Regional de Sicilia, sección III, en su Sentencia núm. 3738, de 12 de diciembre de 2023, afirma que, si bien el poder adjudicador tiene la obligación de indicar de forma clara y perceptible los requisitos para participar en una licitación, la persona que decide participar en ella actúa como persona profesionalmente cualificada y lo hace con la diligencia que le exige la ley. De ello se deduce que, si bien atañe al poder adjudicador la carga de aclarar en las bases de la licitación el alcance y la naturaleza reales de los requisitos, corresponde al operador económico, en virtud del principio de autorresponsabilidad, como corolario de las obligaciones de buena fe y lealtad, adoptar una conducta adecuada a la diligencia exigible a una persona con una cualificación profesional específica.

El procedimiento de adjudicación cumple un papel destacado en relación con el principio de resultado, pues el mejor resultado posible se consigue también seleccionando operadores que demuestren, desde las primeras fases de la licitación, diligencia y profesionalidad, como características de una confianza que debe depositarse en ellos. Esas diligencia y profesionalidad deben mantenerse también con posterioridad, cuando, una vez adjudicado el contrato, vayan a realizar el servicio que se les ha encomendado.

b) Principio de confianza

El artículo 2 del código está dedicado al innovador principio de confianza en la acción legítima, transparente y correcta de la Administración pública, de sus funcionarios y de los operadores económicos.

El principio de confianza está estrechamente relacionado con el principio de resultado, enlazando con el concepto expresado en el apartado 4 del art. 1, según el cual la confianza favorece y potencia la iniciativa y la autonomía de decisión de los

²⁷ El Consejo de Estado en el citado Dictamen Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", de 7 de diciembre de 2022 afirma que: "Il comma 1 codifica il principio del risultato ed enuncia quindi l'interesse pubblico primario del codice, come finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività: l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, che vengono espressamente richiamati".

funcionarios públicos, con especial referencia a las evaluaciones y elecciones para la adquisición y ejecución de servicios de acuerdo con el principio de resultado.

Este principio, bilateral y recíproco, debe orientar el comportamiento de todos los sujetos involucrados, esto es, tanto de la parte pública (la Administración que confía en el mercado para abastecerse de bienes o servicios) como de la parte privada (el operador que pretende conseguir la utilidad que supone la celebración del contrato)²⁸. El principio de confianza debe, por tanto, constituir la base de la relación entre los funcionarios públicos y los operadores privados, ya que ambos deben confiar, por una parte, en el ejercicio de una acción legítima, transparente y correcta por parte de la Administración pública y, por otra, en el comportamiento igualmente ejemplar de los sujetos concurrentes en la licitación.

El apartado 2 del art. 2 establece que el principio de confianza favorece y potencia la iniciativa y la autonomía de decisión de los funcionarios públicos, con especial referencia a las evaluaciones y elecciones para la adquisición y ejecución de servicios según el principio de resultado. Los contornos del principio en cuestión quedan así delineados: la confianza que el sistema reconoce a los funcionarios públicos es preparatoria de la consecución del resultado a que se refiere el art. 1. También se pretende acabar con el llamado “miedo a firmar” y la “burocracia defensiva”²⁹, que son fuente de ineficacia y, en consecuencia, un obstáculo para la recuperación económica, que requiere, por el contrario, una Administración pública dinámica y eficaz. La desconfianza en la corrección de la acción administrativa y el miedo a cometer errores habían contribuido de hecho a la ralentización –cuando no paralización– de muchos procedimientos administrativos, por lo que una confianza renovada en todos los participantes debería favorecer la reactivación de la iniciativa pública y el relanzamiento de la actividad administrativa.

Seguidamente, el apartado 3 del art. 2 sostiene que, en el marco de las actividades desarrolladas en las fases de planificación, diseño, adjudicación y ejecución de los contratos, constituyen falta grave, a efectos de responsabilidad administrativa, la infracción de las normas jurídicas y de los límites administrativos autoimpuestos, así como la vulneración flagrante de las normas de prudencia, pericia y diligencia y la omisión de las cautelas, comprobaciones e informaciones preventivas normalmente exigibles en la actividad administrativa, en la medida en que sean exigibles al funcionario público en función de sus competencias específicas y en relación con el caso concreto. No constituye negligencia grave una infracción u omisión determinada por referencia a la jurisprudencia vigente o a los dictámenes de las autoridades competentes.

²⁸ A.A.V.V., “I principi generali”, REALFONZO, U. y BERLOCO, R. (coords.), *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Tomo I | I principi e le procedure di affidamento, Graffil, Palermo, 2023, p. 22.

²⁹ Para entender esta cuestión, véase BOTO ÁLVAREZ, A., «Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital», *Documentación Administrativa*, núm. 10, 2023, pp. 43-44, quien explica que desde hace un tiempo, en Italia se viene alertando de manera intensa sobre un fenómeno de “miedo” o “huida” de la firma, también denominado burocracia defensiva, como causa de bloqueo del funcionamiento administrativo. Es un argumento de presencia recurrente en el debate público y académico transalpino, que ha sido incluso objeto de consideración por parte de su Corte Constitucional, en la sentencia 8/2022, de 25 de noviembre de 2021, publicada en el *Diario Oficial* del 19 de enero de 2022. Sintéticamente, los empleados públicos se escudan en la burocracia para evitar tomar decisiones que pueden suponerles riesgos en materia de responsabilidad, y lo hacen porque se sienten más protegidos con esa actuación defensiva, que no es necesariamente ilegal, aunque sí ineficiente.

De esta manera, el apartado 3 reintroduce el concepto de negligencia grave³⁰ en caso de violación de la ley, de la *lex specialis*, así como de las reglas de prudencia, pericia y diligencia, al tiempo que prevé que no existe negligencia grave en caso de violación de la jurisprudencia (aunque prevalezca), y de los dictámenes de las autoridades competentes.

Por último, el apartado 4 dispone que, con el fin de fomentar la confianza en la actuación legítima, transparente y correcta de la Administración, los poderes adjudicadores y adjudicatarios adoptarán medidas para la cobertura de los riesgos del personal, así como para el reciclaje de los poderes adjudicadores y para el refuerzo y valoración de las competencias profesionales de los empleados, incluidos los planes de formación a que se refiere el apartado 7 del art. 15³¹.

c) Principio de acceso al mercado

El tercer principio fundamental, introducido en el art. 3, es el de acceso al mercado, que desempeña una función complementaria a las de los principios mencionados anteriormente y dispone que los poderes adjudicadores deben favorecer al máximo el acceso al mercado de los operadores económicos, respetando los principios de competencia, imparcialidad, no discriminación, publicidad, transparencia y proporcionalidad (art. 41 de la Constitución³²).

El artículo 3 codifica este principio en los siguientes términos: “*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l’accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità*”.

El principio en cuestión responde, por tanto, a la necesidad de preservar y poner en práctica un mercado competitivo que garantice a los operadores económicos la igualdad de oportunidades de acceso a los contratos públicos, y representa, al mismo tiempo, un resultado que los entes adjudicadores y los concedentes deben perseguir mediante la implementación de los principios más generales mencionados.

El objetivo del legislador, por tanto, no es sólo favorecer la competencia –lo que no significa que todos los operadores tengan derecho a participar en todas las licitaciones, sino que todos deben poder concurrir en las mismas condiciones–, sino el permitir la participación del mayor número posible de sujetos en los procedimientos de licitación, tratando así de reducir las barreras de acceso que a menudo limitan dicha participación.

Así pues, el principio de acceso al mercado está llamado a representar una formidable “clave de bóveda” en la interpretación, por ejemplo, de las especificaciones

³⁰ En el pasado la difusa frontera entre falta grave y falta leve había generado incertidumbres interpretativas; motivo por el cual el nuevo código ha tratado de delimitar el concepto de falta grave.

³¹ Este apartado dispone: “*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, in coerenza con il programma degli acquisti di beni e servizi e del programma dei lavori pubblici di cui all’articolo 37, adottano un piano di formazione per il personale che svolge funzioni relative alle procedure in materia di acquisiti di lavori, servizi e forniture*”.

³² El artículo 41 de la Constitución italiana establece que “*L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all’ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*”.

técnicas que describen el objeto de la licitación, o de la subdivisión de los procedimientos en lotes, ya que, como puede comprenderse perfectamente, si el objetivo que debe perseguir en lo sucesivo el redactor de la *lex specialis* es el de obtener un acceso lo más libre posible al mercado por parte de todos los operadores económicos del sector, cualquier barrera o limitación al mismo no puede sino constituir una violación de la ley.

d) Criterio interpretativo y aplicativo

El art. 4 del código sostiene que las disposiciones del código se interpretan y se aplican con base en los principios de los artículos 1, 2 y 3. Por tanto, los principios del código no son absolutos, sino relativos, esto es, es necesario buscar un equilibrio entre ellos.

Con esa finalidad, el código establece una jerarquía de principios³³. Concretamente, hay tres principios (los mencionados en los tres primeros artículos –principios de resultado, confianza y acceso al mercado–) que desarrollan un papel de principios prevalentes. Quiere decirse que constituyen los criterios de interpretación que deben tenerse en cuenta al aplicar otras reglas del código.

Mediante esa interpretación el código pretende aumentar la iniciativa y la discrecionalidad de las administraciones públicas.

De esta manera, mientras el código anterior afirmaba que los distintos principios debían observarse en pie de igualdad (art. 30 del Decreto legislativo núm. 50/2016), el código actual aporta criterios para que ninguno prevalezca de forma absoluta y para que exista un criterio relativo de prioridad, explícitamente indicado para los tres primeros (resultado, confianza, acceso al mercado), a los que el legislador ha querido dar especial relevancia.

Además, en el código encontramos las siguientes indicaciones particulares relativas a la aplicación específica de estos tres principios:

1. Los principios de resultado, confianza y acceso al mercado se han de tener en cuenta también para los contratos en los que las disposiciones del nuevo código no se aplican y, por tanto, para los contratos excluidos, los contratos activos y contratos a título gratuito (art. 13, apdo. 2), así como para los contratos precomerciales (art. 135, párrafo 2) y para la selección del socio privado en sociedades mercantiles con participación pública, a las que se refiere el Decreto legislativo de 19 de agosto de 2016, n. 175. *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* (art.174, párr. 4);

³³ Sobre la posición jerárquica de los nuevos principios, véase PERFETTI, L., "Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio", *Urbanistica e Appalti*, 1/2023, pp. 9 ss.

2. El apartado 1 del art. 76³⁴ (así como el art. 158³⁵) –al regular la adjudicación de contratos públicos que superen los umbrales comunitarios mediante procedimiento negociado sin publicidad– establece que éstos se llevarán a cabo respetando los principios de resultado, confianza y acceso al mercado;
3. El apartado 2 del art. 119, sobre la subcontratación de los contratos públicos, permite a los poderes adjudicadores establecer, respetando los principios de resultado, confianza y acceso al mercado, que, debido a las características del contrato, determinados servicios u obras no puedan subcontratarse, sino que deban ser realizados directamente por el adjudicatario³⁶.

e) Principio de buena fe y tutela de la confianza

Corolario del principio de confianza –previsto en el art. 2– es el principio de buena fe y tutela de la confianza –regulado en el art. 5–, que se diferencia del anterior por su perfil más objetivo frente a una connotación más subjetiva del principio del art. 2.

El art. 5 supone, en otras palabras, una advertencia del legislador a las partes (empleados públicos y operadores económicos) que intervienen en los procedimientos de licitación, para que ambos se comporten basándose en una mutua confianza, es decir, confiando los primeros en la buena fe de los participantes, y los segundos en la legitimidad de la conducta de los primeros. En el marco de la fase de licitación, incluso antes de la adjudicación del contrato, existe una expectativa por parte del operador económico en cuanto al ejercicio legítimo de la potestad y a la conformidad con el principio de buena fe del comportamiento de la Administración.

Resultan de interés los apartados 3 y 4 del art. 5, que prevén, que, en el caso de una adjudicación anulada a instancia de un tercero o de oficio, la confianza no se considera indebida si la ilegalidad es fácilmente detectable sobre la base de la diligencia profesional exigida a los operadores. En los casos en que la adjudicación no sea debida, el perjuicio resultante del incumplimiento del contrato se limita al perjuicio económico efectivamente sufrido y que se demuestre que ha surgido de la interferencia de la conducta indebida en las decisiones contractuales del operador económico.

³⁴ El artículo 76.1 dispone: *“Le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara quando ricorrono i presupposti fissati dai commi seguenti, dandone motivatamente conto nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3”.*

³⁵ El artículo 158 indica: *“Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara quando ricorrono i presupposti fissati dal comma 2, dandone motivatamente conto nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3”.*

³⁶ El artículo 119.2 afirma: *“Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, le stazioni appaltanti, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 104, comma 11, in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali”.*

A efectos de cualquier acción del ente adjudicador y concedente que sea condenado al pago de daños y perjuicios a favor del tercero no adjudicatario, la responsabilidad concurrente del operador económico que haya obtenido la adjudicación ilícita mediante una conducta ilícita permanece inalterada.

f) Principio de solidaridad y subsidiariedad horizontal

Entre los principios generales introducidos por el nuevo código, destaca como novedad el de solidaridad y subsidiariedad horizontal.

De acuerdo con el art. 6 del código, la Administración pública podrá prever, en relación con actividades de marcado valor social, modelos organizativos de Administración compartida, sin relaciones sinalagmáticas, basados en el reparto de la función administrativa con las entidades del tercer sector, siempre que contribuyan a la consecución de fines sociales en condiciones de igualdad, de forma eficaz y transparente y de acuerdo con el principio de resultado. Las entidades reguladas por el título VII del Decreto legislativo núm. 117, de 3 de julio de 2017 (el llamado Código del tercer sector), no entran en el ámbito de aplicación del Código de contratos públicos.

El precepto incorpora la Sentencia núm. 131 de 2020 del Tribunal Constitucional italiano, que estableció la coexistencia de dos modelos organizativos alternativos para la gestión de los servicios sociales, uno basado en la competencia y otro, en la solidaridad y en la subsidiariedad horizontal. El segundo tipo de asignaciones (directas) se refiere en particular a los servicios sociales de interés general proporcionados por las entidades del tercer sector y no representa una excepción, que debe interpretarse de manera restrictiva, al modelo general basado en la competencia, sino un esquema en sí mismo general que debe coordinarse con el primero³⁷.

g) Principio de autoorganización administrativa

Según el art. 7 del código, las administraciones públicas organizan de forma autónoma la ejecución de obras o el suministro de bienes y servicios mediante autoproducción, externalización y cooperación³⁸, de conformidad con las normas del código y del derecho de la Unión Europea.

³⁷ Así lo aclara la *Relazione illustrativa del Governo degli articoli e degli allegati*, disponible en: https://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0019_F001.pdf&leg=XIX

³⁸ La cooperación entre *stazioni appaltanti e gli enti concedenti* destinada a perseguir objetivos de interés común no entra en el ámbito de aplicación del código cuando se cumplen todas las condiciones siguientes:

- a) tiene lugar exclusivamente entre dos o más *stazioni appaltanti e gli enti concedenti*, incluso con competencias diferentes;
- b) garantice la participación efectiva de todas las partes en la realización de tareas funcionales a la actividad de interés común, en una perspectiva exclusivamente colaborativa y sin relación sinalagmática entre servicios;
- c) determina una convergencia sinérgica en las actividades de interés común, aunque la finalidad perseguida por cada administración sea diferente, siempre que el acuerdo no tienda a cumplir la misión institucional de una sola de las administraciones participantes;
- d) los poderes adjudicadores o contratantes participantes realicen menos del 20% de las actividades objeto de la cooperación en el mercado abierto.

En particular, los entes adjudicadores y concedentes podrán encargar directamente a sus medios propios la realización de obras, servicios y suministros, respetando los principios establecidos en los arts. 1, 2 y 3.

Para cada encomienda adoptarán una medida motivada en la que tengan en cuenta los beneficios para la colectividad, las externalidades asociadas y la oportunidad económica de la prestación, también en relación con la persecución de los objetivos de universalidad, solidaridad, eficiencia, rentabilidad, calidad de la prestación, celeridad del procedimiento y utilización racional de los recursos públicos. En el caso de los servicios instrumentales, la medida se considera suficientemente justificada si da cuenta de las ventajas en términos de economía, celeridad o persecución de intereses estratégicos.

h) Principio de autonomía contractual, prohibición de prestar obras intelectuales a título gratuito

Otro precepto completamente nuevo es el art. 8, que introduce en el ordenamiento jurídico italiano el principio de autonomía contractual, entendido como la libertad absoluta de las administraciones públicas –como ya se reconocía a los particulares– de celebrar cualquier tipo de contrato (por tanto, también contratos atípicos), sin tener que acudir necesariamente a los contratos típicos.

Este artículo tiene, por tanto, un alcance que va más allá de la contratación pública, pues reconoce la citada autonomía en términos genéricos y al margen de limitaciones sectoriales o temáticas, siempre que se persigan los fines institucionales y no se vulneren las prohibiciones impuestas por el código y otras disposiciones legales³⁹.

Por tanto, si se quiere equiparar plenamente a la Administración pública con el particular en materia de autonomía contractual, debe presumirse, en consecuencia, que también se debe cumplir lo dispuesto en el art. 1325 del Código civil italiano⁴⁰, según el cual los requisitos de un contrato son únicamente el acuerdo de las partes, la causa, el objeto y la forma (que, como es sabido, en el ámbito público sólo puede ser escrita).

Consecuencia lógica de esta autonomía es también que las administraciones públicas pueden recibir bienes o servicios de interés público mediante donación u otros servicios a título gratuito, siempre que respondan al interés público y –otra aclaración no irrelevante– no se exige en este caso ningún procedimiento de licitación.

³⁹ CIOFFI, A., "Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali", *Aperta Contrada*, 2023, p. 1, afirma que la autonomía de la que se dota a la Administración pública, como persona jurídica, se refleja en varios preceptos del código: el artículo 1 establece que el resultado es el criterio prioritario para el ejercicio de la potestad discrecional; el artículo 2 favorece y potencia la iniciativa y autonomía decisoria de los funcionarios públicos; el artículo 7 reconoce el principio de autoorganización administrativa, mientras que el artículo 8 reconoce el principio de autonomía contractual de la Administración.

⁴⁰ El artículo 1325 del Código civil italiano dispone: "*I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità*".

i) Principio de conservación del equilibrio contractual

El art. 9 introduce el principio de preservación del equilibrio contractual, lo que representa una gran innovación en el ámbito de los contratos públicos, que siempre se han caracterizado por la inalterabilidad del precio del contrato, dada la obligación de respetar los principios de contabilidad pública.

En efecto, habida cuenta de la obligación –previa a la firma del contrato– de imputar un gasto público a un capítulo presupuestario de la Administración, ello siempre ha dado lugar a la prohibición absoluta de cualquier modificación de las partidas de costes por parte de una Administración pública.

Sin embargo, el dramático período de la pandemia del Covid, al que siguieron los acontecimientos bélicos que aún perduran, indujo al legislador italiano a introducir una serie de correcciones a esta inmodificabilidad de los contratos públicos, con el fin de reconducirlos a su naturaleza de contratos sinalagmáticos.

Por este motivo, es necesario introducir medidas correctoras, que tengan por objeto preservar ese equilibrio contractual alcanzado en la firma del contrato.

Por lo tanto, ante contingencias extraordinarias e imprevisibles que provoquen una alteración sustancial del equilibrio contractual, debe reconocerse a la parte perjudicada el derecho a renegociar de buena fe los términos del contrato con el fin de restablecer el equilibrio originario sin alteración de la sustancia económica. Estas modificaciones, sin embargo, son aplicables sólo cuando tal alteración sea significativa y no causada por circunstancias extrañas a la normal contingencia contractual, a la fluctuación económica ordinaria y al riesgo de mercado.

j) Principio de taxatividad de las causas de exclusión y de máxima participación

El art. 10 se ocupa de un principio que no podía faltar en el elenco de reglas que constituyen la piedra angular de la correcta actuación de las administraciones en el ámbito de la contratación pública: el principio de taxatividad de las causas de exclusión y de máxima participación, que se enlaza con el principio de acceso al mercado del art. 3.

En virtud de este principio, no se adjudicarán contratos públicos a operadores económicos respecto de los cuales se haya determinado la existencia de causas de exclusión expresamente definidas en el código. Los poderes adjudicadores no pueden, por tanto, permitir que los operadores económicos que carezcan de los llamados “requisitos de moralidad” participen en licitaciones públicas, ordenando así su exclusión incluso cuando la posesión de dichos requisitos no haya sido exigida a efectos de participación.

Los motivos de exclusión contemplados en los arts. 94 y 95 serán exhaustivos y completarán automáticamente los anuncios de licitación. Las cláusulas que prevean otros motivos de exclusión serán nulas de pleno derecho.

Sin perjuicio de los requisitos de cualificación profesional necesarios, los entes adjudicadores y concedentes pueden introducir requisitos especiales de carácter económico-financiero y técnico-profesional que sean pertinentes y proporcionados

al objeto del contrato, teniendo en cuenta el interés público en el mayor número de competidores potenciales y favoreciendo, siempre que sea compatible con los servicios a contratar y con la necesidad de conseguir economías de escala funcionales a la reducción del gasto público, el acceso al mercado y la posibilidad de crecimiento de las pequeñas y medianas empresas.

k) Principio de aplicación de los contratos colectivos nacionales de sector, incumplimientos contributivos y retraso en los pagos.

El art. 11 del código regula el principio de la aplicación de los convenios colectivos nacionales del sector y, por lo tanto, establece la obligación de aplicar:

- el convenio colectivo nacional y territorial vigente para el sector y ámbito en el que se realiza el trabajo, celebrado por las asociaciones de empresarios y trabajadores más representativas a nivel nacional;
- el contrato cuyo ámbito de aplicación esté estrechamente relacionado con la actividad objeto del contrato o concesión realizada por la empresa, incluso de forma prevalente.

De conformidad con el principio de aplicación del convenio colectivo, los entes adjudicadores y concedentes deberán indicarlo en los anuncios de licitación.

Los operadores económicos son libres de señalar en sus ofertas el convenio colectivo que aplican, siempre que garantice a los trabajadores la misma protección que el indicado por el poder adjudicador. En estos casos, antes de adjudicar el contrato o de proceder a su adjudicación, los entes adjudicadores deberán recabar una declaración en la que el operador económico indicado se comprometa a aplicar el convenio colectivo nacional y territorial señalado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato durante toda su duración, o una declaración de equivalencia de protecciones.

l) Remisión externa

En virtud del art. 12, en lo no previsto expresamente en el código se deberán tener en cuenta las siguientes reglas:

- a) Las disposiciones de la Ley n.º 241, de 7 de agosto de 1990, se aplicarán a los procedimientos de adjudicación y demás actividades administrativas relativas a los contratos;
- b) Las disposiciones del Código civil se aplicarán a la celebración del contrato y a la fase de ejecución.

5 Conclusiones

Como hemos observado, siete años después de la aprobación del Decreto legislativo número 50, de 18 de abril de 2016, Italia promulgó un nuevo Código de contratación pública: el Decreto legislativo número 36, de 31 de marzo de 2023. El código destaca tanto por su contenido innovador como por su proceso de aprobación particular. La aprobación del nuevo código es una de las reformas llevadas a cabo como consecuencia del PNRR, esto es, se inserta en el ámbito de uno de los objetivos del nuevo PNRR. Realmente, no había una necesidad inmediata de adoptar un nuevo código como ocurrió en 2014 debido a la transposición de las directivas, pero sí se ha considerado que hacía falta una reforma del marco legislativo de la contratación pública en aras de la simplificación y digitalización de la misma.

Como hemos podido comprobar, una de las principales novedades introducida por este Código de contratación pública consiste en la promulgación de los principios generales, a los que se dedican los primeros doce artículos, que deben guiar la materia y el comportamiento de quienes operan en el sector. Los principios son las directrices fundamentales que rigen y orientan los procesos de contratación pública.

La parte I del código, dedicada a los principios generales, es considerada, prácticamente de manera unánime por la doctrina, la novedad más significativa de la norma, que abiertamente aspira a enunciar principios rectores para la interpretación y aplicación de los contratos públicos.

El código anterior –aprobado por Decreto legislativo 18 aprile 2016, núm. 50– contenía una aproximación muy diversa a la realidad de los principios, sobre todo, porque comprendía principios de tipo clásico, originariamente elaborados por la jurisprudencia, en particular por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación de las diversas directivas europeas. En otros términos, el Código 50/2016 no hacía otra cosa que, en algunas disposiciones peculiares, mencionar los principios contractuales clásicos (eficacia, concurrencia, no discriminación, proporcionalidad y publicidad...).

El nuevo código, en cambio, efectúa una regulación completamente diversa. En primer lugar, porque no regula los principios clásicos, sino de nueva formulación (principios inéditos). En segundo lugar, porque no se limita a una mera enunciación de los principios, sino que explica el contenido concreto de ellos. En tercer lugar, porque pretende indicar de qué manera pueden actuar los principios, esto es, cómo han de aplicarse. Sin duda, ahora la función de los principios contractuales parece ser diferente de la de los principios de códigos anteriores, que esencialmente servían para delimitar el ámbito de aplicación del texto normativo y las definiciones de los términos utilizados en el propio texto.

La novedad que supone la inclusión de una sección sobre principios en el código va más allá de una simple formalidad legal, es decir, no se reduce al hecho de que la Comisión especial constituida en el Consejo de Estado, seguida por el Legislador delegado, haya asignado a estos principios un lugar destacado y relevante en el texto del código –a diferencia de lo que ocurría en la normativa anterior–.

Regap



ESTUDIOS

En este contexto no podemos dejar de preguntarnos, ¿estamos seguros de que un código de principios es lo más adecuado para la contratación pública? Los principios son útiles, pero también peligrosos al mismo tiempo. La especificación de su contenido sirve para evitar que los mismos tengan un excesivo poder interpretativo para los jueces, pero provocan también incertidumbre a los operadores en el sector.

Teniendo en cuenta la compleja entrada en vigor del código, que prevé que, para permitir la aplicación efectiva de los nuevos artículos, muchas de las instituciones fueran realmente aplicables a partir del 1 de enero de 2024, habrá que esperar a que el mismo lleve más tiempo vigente para comprobar el alcance y la conveniencia o no de estos cambios.

6 Bibliografía

- BERTELLI, A.; GALLO, L. y PANCONI, M.C., “Il ruolo dei principi nel nuovo codice dei contratti pubblici”, DOTA, S. y DI BARI, A. (coords.), *Le principali novità del nuovo Codice dei contratti, I quaderni*, n. 43, junio, 2023, pp. 5-13.
- BOTO ÁLVAREZ, A., “Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital”, *Documentación Administrativa*, n. 10, 2023, pp. 40-58.
- BUONANNO, A. y COSMAI, P., *La riforma del Codice degli appalti*, Wolters Kluwer, Milano, 2023.
- CARLOTTI, G., “I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione”, *Giustizia Amministrativa*, 2023, disponible en: <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/carlotti-i-principi-nel-codice-dei-contratti-pubblici-la-digitalizzazione>
- DE BENEDETTO, M.; MARTELLI, M. y RANGONE, N., *La qualità delle regole*, Il Mulino, Bologna, 2011.
- FORTUNATO, G., *L'appalto integrato dopo il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Maggioli editore, Rimini, 2023.
- GIUFFRIDA, V., “Italia adopta un nuevo Código de contratación pública en aras de la simplificación y la lógica del resultado”, *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, mes 4, 2023.
- MASSARI, A., *Gli appalti pubblici dopo il nuovo Codice*, Maggioli editore, Rimini, 2023.
- PARDI, L., “Brief Overview on Latest Intervention on Italian Public Procurement Discipline Aimed at Hindering the COVID-19 Economic Crisis”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 16, 2021, pp. 250-251.
- PERFETTI, L., “Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio”, *Urbanistica e Appalti*, n. 1/2023, pp. 5-13.
- PIZZORUSSO, A., “Las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico italiano”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 3, 1989, pp. 269-321.
- RACCA, G.M., «La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle Pubbliche Amministrazioni e qualificazione delle imprese», CAVALLO, P.R. y GALETTA, D.U. (coords.), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giapicchelli, Torino, 2020, pp. 321-342.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_enero-junio 2024 | pp. 251-274
Santiago de Compostela, 2024
[https://doi.org/ 10.36402/regap.v67i1.5200](https://doi.org/10.36402/regap.v67i1.5200)
© Ignacio Álvarez Rodríguez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 27/03/2024 | Aceptado: 03/12/2024

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

A ideoloxía da perspectiva de xénero

La ideología de la perspectiva de género

The ideology of gender mainstreaming

67 Regap

Regap



ESTUDIOS

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
Profesor titular de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

Resumo: Este traballo é unha reflexión en voz alta, desde o dereito constitucional, acerca dun concepto tan brumoso e controvertido como a perspectiva de xénero. Análizase en primeiro termo o concepto en canto noción pretendidamente xurídica, cuxo estudo transloce unha confusión e indeterminación notorias. ¹En segundo lugar, estúdase como se introduciu esta noción na lexislación igualitaria máis recente. En terceiro lugar, abórdase o concepto na medida en que fixo acto de presenza nalgúns sentenzas constitucionais, especialmente nalgúns votos particulares. Finalízase cunha reflexión de fondo sobre o problemático da noción desde a óptica constitucional.

Palabras clave: Dereito constitucional, Constitución, igualdade, feminismo, perspectiva de xénero.

Resumen: El presente trabajo es una reflexión en voz alta, desde el Derecho Constitucional, acerca de un concepto tan brumoso y controvertido como la perspectiva de género. Se analiza en primer término

¹ Este traballo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación: *Identities colectivas y justicia penal: un enfoque interdisciplinar*, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. IPs: Alicia GIL GIL y José NÚÑEZ, y también en el marco del Proyecto HORIZON: *EU-CIEMBLy: Creating an Inclusive European Citizens' Assembly*, financiado por la Unión Europea. IP: Dulce Lopes.

el concepto en cuanto noción pretendidamente jurídica, cuyo estudio trasluce una confusión e indeterminación notorias. En segundo lugar, se estudia cómo se ha introducido dicha noción en la legislación igualitaria más reciente. En tercer lugar, se aborda el concepto en tanto que ha hecho acto de presencia en algunas sentencias constitucionales, especialmente en algunos votos particulares. Se finaliza con una reflexión de fondo sobre lo problemático de la noción desde la óptica constitucional.

Palabras clave: Derecho constitucional, Constitución, igualdad, feminismo, perspectiva de género.

Abstract: This work is an out-loud reflection on Constitutional Law about a concept as nebulous and controversial as the gender perspective. We start by analyzing the concept as a supposedly legal notion, the study of which reveals notorious confusion and indeterminacy. Secondly, we study how this notion is a product of the most recent egalitarian legislation. Thirdly, we address the concept as it has appeared in some constitutional rulings, especially in individual votes. It ends with a background reflection on the problematic nature of the notion from a constitutional perspective.

Key words: Constitutional Law, Constitution, equality, feminism, gender mainstreaming.

1 Planteamiento

En el presente texto se analiza detenidamente la llamada “perspectiva de género” y su introducción en el sistema constitucional español, especialmente en algunas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, idea usualmente defendida –de momento– no tanto en el cuerpo de la sentencia sino en los votos particulares (tanto disidentes como concurrentes).

Para ello, en primer lugar, intentaremos ofrecer una aproximación conceptual a una realidad prácticamente inasible. Es harto difícil definir qué sea la perspectiva de género, pero, por mor del objetivo del trabajo, no debemos eludir el reto. En segundo lugar, expondremos dónde y cómo el reciente legislador español ha introducido la noción y con qué alcance. En tercer lugar, debemos hacer lo propio con el manejo que realiza el Tribunal Constitucional de la perspectiva de género, pues comienza a hacer acto de aparición en algunas resoluciones (señaladamente, en los votos particulares referidos anteriormente). Por último, haremos acopio de una serie de consideraciones críticas que desembocarán en la consabida reflexión final.

Estamos en condiciones de demostrar, al menos a título de hipótesis, que se está empezando a perfilar en el derecho constitucional español contemporáneo el empleo de una herramienta extraña al mismo para operar un cambio de paradigma –al menos intentarlo–: la perspectiva de género pretende actuar cual rompehielos constitucional para situarnos más allá del derecho constitucional, destruyendo a su paso algunos de los valores constitucionales esenciales, tales como el derecho a no ser discriminado, la libertad, o la presunción de inocencia, por mencionar solo tres (DOMINGO, 2023; GALINDO y UJALDÓN, 2022; y SOLEY, 2022).

2 La perspectiva de género como concepto

En trabajos previos dejamos constancia de que la perspectiva de género es un concepto equívoco, desnortado, tendencialmente tendencioso, y bastante pobre desde el punto de vista intelectual. Si resumimos tales asertos, la operación para desentrañar

qué sea la perspectiva de género debería valerse de los siguientes pasos. Así, filósofos políticos como Félix Ovejero entienden que la perspectiva de género tiene a los biólogos bajando la cabeza y callando cuando estos saben con seguridad que ciertos aspectos de la humanidad tienen base biológica suficiente como para desmontar las tesis de un movimiento feminista que, por lo demás, abraza tales radicalismos en la actualidad que sus próceres acabarán por convertirlo en residual (VALDEÓN, 2023: 134).

En primer término, dar por bueno el “género”. Para el feminismo, *género* define la construcción social que ha servido para que los hombres gobiernen y dominen el mundo en general y a las mujeres en particular. Sexo es un concepto biológico y se emplea como soporte para realizar tal construcción cultural. La operación quedaría así, según estas tesis: el hombre, basándose en las características biológicas sexuales de hombres y mujeres, ocupa el espacio público y relega a la mujer al espacio privado. Mientras que la mujer es persona que debe dedicarse a la crianza, al hogar y a los cuidados, el hombre debe salir a ganar el sustento familiar, aprovechando de paso para gobernar, sentenciar y para mandar en todos los órdenes de la vida, en definitiva.

Una filósofa experta en estos debates como lo es Kathleen Stock ha distinguido hasta cuatro acepciones de “género” que suelen emplearse indistintamente en los debates igualitarios. Aunque lo aconsejable, desde la pulcritud intelectual, sería distinguir y desbrozar, el brochazo suele ser la regla. La primera acepción sería una forma de expresar la división entre hombres y mujeres entendida como alternativa tradicional a la división biológica hombre-mujer. La segunda es una forma de designar los estereotipos sociales y expectativas que se predicán de hombres y mujeres. La tercera designa la división entre hombres y mujeres entendida como dos grupos que se blande contra un presunto determinismo biológico. Finalmente, la cuarta acepción daría entrada a la identidad de género, que es tanto como decir para sus defensores la experiencia privada del rol de género

En segundo término, transitar sin denuedo desde “la perspectiva”, que es tanto como decir el enfoque, la visión, el filtro, o la mirada. Así que en todos los casos que se plantee una presunta discriminación, debemos poner como filtro de intermediación la mirada de género, la necesidad de asumir que esa relación está matizada por el poder secular que ha ejercido y ejerce el hombre sobre la mujer. Sólo mediante el género se conseguirá destruir el género. Si las discriminaciones sociales más lacerantes se producen *por culpa* del género, será a través del género como debemos eliminarlas. Llegados a este paso no está de más hacer notar que, aunque estas tesis llevan décadas entre nosotros, por más que legislan para paliar los efectos perniciosos del patriarcado, nunca parecen tener fin y siempre encuentran nuevas discriminaciones que abordar y nuevas leyes, en consecuencia, que aprobar. Se dice que el término patriarcado significa literalmente gobierno de los padres. Mientras que los antropólogos empleaban la expresión en ese sentido desde el siglo XIX, la teoría feminista la importó a su pensamiento para equipararla con el gobierno de los hombres. En las sociedades democráticas –mucho menos en las actuales– ser padre no es un factor significativo para alcanzar o retener el poder y/o los puestos

Regap



ESTUDIOS

de autoridad (REEVES, 2023; JIMÉNEZ, 2019; y CONTRERAS, 2023). Dicho con otras palabras: en materia de igualdad de género bien podría darse el llamado *efecto trinquete*, descrito por el economista Robert Higgs, quien dijo que el Estado aprovecha cualquier situación de crisis para aumentar su tamaño y capacidad de control sobre la economía. *Mutatis mutandis*, el feminismo institucional aprovecharía cualquier situación, crítica o no, para llevar un paso más allá sus propuestas, auto-legitimarse en sus reivindicaciones y seguir ciegamente el camino que conduce –ojalá nos equivoquemos– hacia el abismo.

Algunos juristas inciden en la idea de que estamos, más que ante un concepto acabado u operativo, ante una estrategia que, en función de quien la enarbole, cambia sus contornos y cometidos, incluso al punto de hacerlos no diremos diametralmente opuestos pero sí poco compatibles entre sí. Los tratados y documentos internacionales auspiciados por las principales organizaciones internacionales (ONU, Consejo de Europa) tendrían como uno de sus fines alcanzar la igualdad de género y la perspectiva de género sería la estrategia para lograrlo. Esto es, una relación de fines y medios. Así entendida, estaríamos ante “el proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes políticas o programas, en todos los actores y a todos los niveles”. Se garantiza, de esta manera, que las preocupaciones y las experiencias de las mujeres, también de los hombres, puedan ser elementos integrantes de la elaboración, aplicación, supervisión y evaluación de las políticas públicas. Con razón dijo Jon Elster que nada hay externo a la sociedad, salvo el precompromiso mediante organizaciones y tratados internacionales (ELSTER, 2009: 117).

No podemos obviar que a finales de los años noventa el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas aunó la transversalidad y la perspectiva de género para decir que: “Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros” (ONU, 2022).

Otra acepción de la perspectiva de género vendría trufada de ideología de género, noción que intenta hacer ver que las mujeres viven seducidas y engañadas por el patriarcado aberrante que, por lo demás, nos subyuga a todos. Así las cosas, toman decisiones que les perjudican fruto de esa confusión, tales como ser madres o formar una familia. Dichas decisiones sólo contribuyen a oprimir a la mujer, quien se cree libre de decidir y es –cómo no– una engañada. Por algo dijo Simone de Beauvoir en aquella famosa entrevista de infausto recuerdo que no debía permitirse bajo ningún concepto la opción de que la mujer se quedase en casa para criar a sus hijos: de existir tal elección, “demasiadas mujeres optarían por ella” (TRILLO-FIGUEROA, 2009).

La doctrina crítica hace hincapié en que la mutación del feminismo en un identitarismo de género basado en la ideología de género es un proceso que lleva en marcha décadas. Una de sus conspicuas representantes, Sulamith Firestone, no dudó en explicar a quien quisiera oírlo, allá por 1970, que el objetivo final de la revolución feminista no era eliminar los privilegios de los hombres, sino hacer buena la diferencia sexual entre hombres y mujeres, para poner fin a “la tiranía de la familia biológica y permitir todas las formas de sexualidad”. Resurge con fuerza la idea, vistas así las cosas, que tanto pábulo tiene en algunos foros académicos: la mujer y el hombre son diferencias obsoletas a superar. De ahí que necesiten de constante legislación de género para imponer sus diatribas, porque estamos ante una propuesta marcadamente antinatural (AYLLÓN, 2019; y RUBIO, 2021).

Al hilo de estas reflexiones, surge la duda de si determinados sectores feministas no estarán presos del conocido *síndrome de Münchhausen por poderes*. Se dice que se da este fenómeno cuando los padres hacen enfermar a sus hijos para luego poder llevarlos al médico y de esa manera salvarlos. Si el hijo está bien, necesita menos a sus padres; si está mal, tal estado permite protegerlo, sobreprotegerlo y presentarse como su salvador. Cámbiese “hijos” por “mujeres” y probablemente entenderemos por qué no es infrecuente escuchar a mujeres abjurar del feminismo en cualquiera de sus variantes. Estos sectores necesitan de una situación cuasi apocalíptica para traer sus remedios, tan incisivos pero tan necesarios a sus ojos; si dicha situación no existe (y no existe), necesitan construir un relato que diga que existe o que se encuentra en ciernes de existir. Y así pueden seguir insistiendo y empujando un poco más sin solución de continuidad (BOUCHOX, 2022: 45).

Por supuesto, estas cuestiones del género a veces enmascaran auténticas atrocidades. Cuando una activista de origen somalí y declarada feminista hizo públicos los datos que había recabado, el feminismo académico e institucional no dijo nada. Lo que su investigación demostraba era que en una escuela concreta de Suecia un porcentaje considerable habían sufrido ablación genital. Por supuesto, sí hubo voces que defendieron que el multiculturalismo impone peajes como este, pues parecen más preocupados de que los “colectivos vulnerables” no protagonicen titulares negativos en prensa que de la aberración que tuvieron que padecer las niñas (MOUNK, 2022: 152).

3 La perspectiva de género en la legislación

En España existe desde hace décadas un proyecto igualitario en marcha que, también en sede legislativa, ha apostado por introducir una batería de conceptos abstrusos y confusos. Nociones como la perspectiva de género, el enfoque de género, el *mainstreaming* de género, o la discriminación múltiple e/o interseccional son, si se permite la expresión, los nuevos unicornios. Nadie sabe muy bien qué significan, y mucho menos sus implicaciones reales, pero sí sabemos que son enarbolados sistemáticamente por quienes alcanzan el poder institucional para poder ejecutar sin cortapisas

Regap



ESTUDIOS

su agenda. Como hemos podido seguir de cerca la cuestión en los últimos trabajos doctrinales, prestaremos atención ahora a las novedades legislativas más recientes.

La norma legal más reciente es la *Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, que define dicha perspectiva en su artículo único, apartado tres, como una tarea obligatoria para las administraciones públicas de incluir:

“un enfoque de género fundamentado en la comprensión de los estereotipos y las relaciones de género, sus raíces y sus consecuencias en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones de esta ley orgánica, y promoverán y aplicarán de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y para el empoderamiento de las mujeres y las niñas”.

Dos apuntes al respecto. Por un lado, que la *Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*, reitera en su artículo 2.c) el concepto arriba reseñado en sus exactos términos literales. El texto se inspira en el artículo 6 c) de la *Ley foral 14/2015, de 10 de abril, para actuar contra la violencia hacia las mujeres*, de la Comunidad Foral de Navarra, donde se dice que tal lucha debe hacerse desde la “comprensión de los estereotipos y las relaciones de género, sus raíces y sus consecuencias”.

Encontramos la perspectiva de género en el artículo 4.4 de la *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, con el siguiente tenor literal:

“En las políticas contra la discriminación se tendrá en cuenta la perspectiva de género y se prestará especial atención a su impacto en las mujeres y las niñas como obstáculo al acceso a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias, entre otros”.

La ley, acto seguido, pasa a definir una panoplia de discriminaciones con exhaustividad –y con bastante imaginación creativa, todo sea dicho– pero curiosa y misteriosamente, nada dice sobre la perspectiva de género.

Si uno acude a la *Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, auténtico faro que guía en lo tocante a políticas igualitarias, tampoco se observa ninguna definición de la perspectiva de género. Sí vemos cómo aparece, sin concretar, para exigirla a la hora de elaborar estadísticas y estudios oficiales (artículo 20); al realizar el planeamiento urbanístico (artículo 31); como formación continuada de los integrantes de la carrera judicial (disposición adicional tercera); en la actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral (disposición adicional octava); y en las actividades formativas en materia de salud (disposición adicional novena, apartado cuarto).

En la *Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria*, aparece un intento de definición del enfoque de género, en concreto en el artículo 4.4 a), que reza de la siguiente manera:

“(...) la comprensión de los estereotipos y las relaciones de género, sus raíces y sus consecuencias en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones de esta ley (...)”.

Esto es, el enfoque de género será lo que quieran en cada momento quienes integren las instituciones, en este caso las instituciones universitarias. Amparándose en conceptos tan abstrusos y brumosos no encontramos la manera de que puedan ser medianamente operativos en el tráfico jurídico real.

Encontramos una definición en la Ley 4/2005, para la igualdad de mujeres y hombres del País Vasco, en concreto en su artículo 3.5 (aunque en puridad lo que se define es “la integración con perspectiva de género”, mandato que la propia ley hace obligatorio para todos los poderes públicos):

“(...) la consideración sistemática de las diferentes situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres, incorporando objetivos y actuaciones específicas dirigidas a eliminar las desigualdades y promover la igualdad en todas las políticas y acciones, a todos los niveles y en todas sus fases de planificación, ejecución y evaluación (...)”.

La Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, regula la cuestión de forma similar. Dirá que los poderes públicos deben integrar la perspectiva de género de forma transversal en todas sus actuaciones (artículo 4), definiendo dicha integración transversal así:

“(...) Los poderes públicos potenciarán que la perspectiva de la igualdad de género esté presente en la elaboración, ejecución y seguimiento de las disposiciones normativas, de las políticas en todos los ámbitos de actuación, considerando sistemáticamente las prioridades y necesidades propias de las mujeres y de los hombres, teniendo en cuenta su incidencia en la situación específica de unas y otros, al objeto de adaptarlas para eliminar los efectos discriminatorios y fomentar la igualdad de género (...)”.

Otro tanto sucede con la Ley 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género, aunque su tenor literal varía algo, haciéndolo, quizá, menos militante. Dice el artículo 3:

“(...) El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de la Administración del Principado de Asturias. A tal efecto, la Administración del Principado de Asturias integrará el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres de forma activa en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades (...)”.

Otro ejemplo es el de la Ley 7/2018, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Aragón, cuyo articulado menciona hasta casi cincuenta veces la perspectiva

de género aunque no la defina. En cambio, el anexo a la Ley 1/2010, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y hombres, entiende por perspectiva de género:

“(...) la consideración sistemática, en el conjunto de la actividad política, social, institucional, de las diferentes situaciones y condiciones de vida, obstáculos o limitaciones, participación, recursos, derechos, prioridades o necesidades, valores y comportamientos de mujeres y hombres, determinados por los roles tradicionales de género, que provocan desigualdades sociales o discriminaciones reales y efectivas entre ambos sexos (...)”.

Un cambio sutil y diferente es el que se observa en la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género, de Extremadura, cuando enuncia el principio de la transversalidad de género en su artículo 21 y dice que:

“(...) Los poderes públicos extremeños incorporarán la perspectiva de la igualdad de género en la elaboración, ejecución y seguimiento de las disposiciones normativas, así como de las políticas y actividades en todos los ámbitos de actuación, considerando sistemáticamente las prioridades y necesidades propias de las mujeres y de los hombres, teniendo en cuenta su incidencia en la situación específica de unas y otros, al objeto de adaptarlas para eliminar los efectos discriminatorios y fomentar la igualdad de género (...)”.

Finalmente, hemos encontrado otra definición en la Ley 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres de las Islas Baleares, donde su artículo 5.2 entiende por perspectiva de género:

“(...) la toma en consideración de las diferencias entre mujeres y hombres en un ámbito o una actividad para el análisis, la planificación, el diseño y la ejecución de políticas, teniendo en cuenta la manera en que las diversas actuaciones, situaciones y necesidades afectan a las mujeres (...)”.

Como se habrá podido observar, entre otros detalles que despiertan de la letra de las leyes extractadas, el binomio que se suele defender, o del cual se parte implícitamente, tanto peor, es el de las violencias que ejercen los hombres sobre las mujeres. Por supuesto, y desgraciadamente, esa violencia existe. Sucede que no es la única, ni mucho menos, pues al contrario también existe una violencia clara, pero cuyo estudio y difusión se consideran tabú en nuestro país. Dicho con otras palabras, existe una violencia de la mujer contra el hombre que apenas es analizada y, cuando se hace, se guarda bajo siete llaves. Afortunadamente, quedan investigadores valientes y dedicados que han denunciado tal estado de cosas (REEVES, 2023; y FOLGUERA, 2014).

Por lo demás, cursan actualmente algunos ejemplos “menores” (el diablo está en los detalles) que siguen la línea trazada por la legislación referida. A tal fin, podemos traer a colación el Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de agosto de 2018, por el que se crea un Consejo Asesor para la revisión de la Ley de enjuiciamiento criminal desde una perspectiva de género (sic), compuesto por algo más de un 70% de mujeres y en torno a un 30% de hombres y llamado a informar sobre dicha reforma. En los últimos tiempos se aprecia un aumento sostenido de la literatura tanto académica

como generalista que reflexiona sobre las cuitas del hombre en cuanto tal, desde una perspectiva de lo que pueda significar la masculinidad hoy día (BENNETT, 2022; JIMÉNEZ, 2019; y VINCENT, 2007).

Tampoco podemos soslayar cómo se ha ido filtrando la exigencia de perspectiva de género a los jueces con las últimas reformas operadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por un lado, “para acceder a las pruebas selectivas o de especialización será preciso acreditar haber participado en actividades de formación continua con perspectiva de género” (artículo 312.3 LOPJ). Por otro, “todas las pruebas selectivas para el ingreso y la promoción en las carreras judicial y fiscal contemplarán el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas contra la violencia de género, y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional” (artículo 310 LOPJ).

Quizá, al fin y al cabo, la tan traída y llevada igualdad en realidad sólo disfraza la querencia y la pulsión de “querer invertir las tornas” y situar ahora a la mujer por encima. Para ese viaje no hacían falta tales alforjas (legislativas). A lo peor lo que sucede en este debate es que, por motivos que solo conocen quienes promueven estas tesis, se quiere hurtar a las personas el hecho de que los seres humanos llevamos al menos quinientos millones de años siendo seres sexuales y no “seres con género”. Que nos queramos comportar de forma femenina no significa que seamos mujeres. Que busquemos pelea en un bar no nos convierte en hombres. Hay tantas diferencias entre hombres y mujeres que es imposible clasificarlas todas. Las preferencias difieren, ergo difieren las elecciones vitales de todo orden que realicemos unas y otros. Todo lo demás es ir contra la propia naturaleza. Actuar como si fuéramos idénticos es pretender contaminar la convivencia. De ahí que estas posturas arguyan que la ideología de género es peligrosa y contagiosa. De ahí que aboguen por reconocer las diferencias entre los dos sexos, paso fundamental para erigir una sociedad que conceda de veras las mismas oportunidades a todos (HEYING y WEINSTEIN, 2022: 145).

Se antoja pertinente traer a estas páginas a quienes de verdad saben para poner el broche final a este apartado. Disculpe el lector la cita tan sumamente extensa pero no dudamos de la calidad y perspicacia que atesora. Dice Stamos:

“ (...) Nadie duda de que hay mucha flexibilidad en los roles de género. Al fin y al cabo, las mujeres han demostrado con creces que pue den ser muy buenas como médicos, abogados, científicos e incluso como bomberos (...). Lo que se está discutiendo es más bien si existen diferencias genéticas fundamentales entre hombres y mujeres, diferencias estadísticas, tanto físicas como conductuales, enraizadas en nuestra historia evolutiva (...) que (...) predisponen a las mujeres a ser de una manera y a los hombres de otra. Podemos discutir cómo deberían ser las cosas (...), pero no debemos permitir que esto afecte a nuestra comprensión de cómo son las cosas, especialmente si las cosas de las que hablamos son profundamente biológicas (...). Si este denominador común es en buena parte biológico, evolución mediante, entonces el experimento feminista tiene tan pocas probabilidades de triunfar como las del experimento comunista. En este caso, la única esperanza es promulgar leyes específicas pensando en el género (...), leyes que castiguen más

Regap



ESTUDIOS

fuertemente a un género que al otro (...) leyes que establezcan por la fuerza la igualdad de género (...), leyes que traten de hacer de contrapeso a las diferencias innatas (...). La única esperanza (...) sería la práctica a fondo de la ingeniería genética, una esperanza empañada por el sueño convertido en pesadilla de Parque Jurásico (...)” (STAMOS, 2009).

Aunque no podamos hablar en sentido estricto de legislación, no podemos dejar de hacer referencia a cómo el Ejecutivo, o cierto Ejecutivo, ha dado un aldabonazo mediante planes nacionales a este mecanismo. Señal de lo que se acaba de explicitar y fruto del *zeitgeist* que impera por doquier, preñado de desenfoque y radicalismo, de odio puro y venganza ciega ebria de presunta justicia social, podemos observar la *Estrategia Estatal para combatir las violencias machistas 2022-2025*, presentado por el Ministerio de Igualdad del Gobierno de España. En ella se dice, básicamente, que hay una reacción ideológica contra los derechos de las mujeres; que dicha reacción constituye discurso de odio por razón de género y sexo; y que dicho discurso está castigado en el Código penal vigente, tanto como delito autónomo (art. 510) así como agravante (art. 22).

Esto se materializa en diversos enfoques de género, tan intensos como desbordados. Por ejemplo, se utiliza la técnica del *concepto paraguas* para decir que será violencia política contra la mujer todo lo que sea “menoscabar, obstaculizar, restringir, impedir o eliminar su participación en los asuntos públicos y/o políticos”. Que intenten castigar la vida, o la propia política, y así acaban antes. Otro cajón de sastre más en el ordenamiento constitucional, para que sea empleado a discreción por la turbamulta de siempre constituida en el poder coyuntural de turno (MINISTERIO DE IGUALDAD, 2023). Igualmente sucede con la pretendida obligación de que los medios de comunicación informen con perspectiva de género, establecida en dicho plan orwelliano, llevándose por delante sin recato la libertad de expresión e información, amén de redundar en ofrecer una visión totalizadora y discriminatoria: el filtro debe ser la perspectiva de género y todo lo demás debe quedar convenientemente silenciado o, peor aún, castigado. Pocos periodistas, siempre valientes, han denunciado dicha tropelía (LAVINIA, 2023; ONDARRA, 2023).

4 La perspectiva de género en la jurisprudencia constitucional

En este apartado se estudia en qué contexto y con qué consecuencias aparece la perspectiva de género en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Se adelanta ya, si con lo anterior no lo hemos conseguido, que estamos ante un concepto más que jurídicamente indeterminado, una noción en realidad metaconstitucional, de ahí que resulte como petición de principio de difícil encaje en la doctrina constitucionalista. Pero la realidad de los hechos demuestra que ya ha hecho acto de aparición y muy posiblemente veamos cómo cobra fuerza en el seno del propio juez de la Constitución en los próximos años. Al tiempo.

Se podría argüir que algunas sentencias de principios de siglo sembraron a conciencia para los vientos de la perspectiva de género hoy. Por un lado, la muy polémica incluso hoy STC 59/2008, confirmada por la 45/2009, donde se convalidó la constitucionalidad de la Ley de violencia de género, especialmente el castigo más duro al hombre que a la mujer por cometer el mismo ilícito, lo cual constituye, entre otros, una lesión del derecho fundamental a la no discriminación, reconocido (también a los hombres, va de suyo y le pese a quien le pese) en el artículo 14 CE.

Por otro lado, la STC 12/2008, reiterada en la STC 13/2009 y en la STC 40/2011, donde se convalidaron las cuotas electorales en favor de la mujer tanto a nivel estatal como a nivel autonómico. Tal medida había sido declarada inconstitucional cuando se emplearon por primera vez en Francia, por su Consejo Constitucional en 1982, y en Italia, por la Corte Constitucional, en 1993. Es curioso y sintomático que algunas disposiciones declaradas inconstitucionales en sistemas muy similares parecidos al nuestro, que empleamos como modelos en nuestro momento constituyente del 78, aquí no lo sean.

Ninguna aplica expresamente la perspectiva de género, pero, vistas en retrospectiva, sin duda sirvieron de marco conceptual en el itinerario de la agenda feminista. Algo de lo que ya advirtió, con otras palabras, mucho más sabias y ponderadas que las nuestras, el magistrado Rodríguez Zapata en una serie de votos particulares que formuló a diversas sentencias constitucionales, sobre todo a la STC 13/2009. En este se hizo eco de ciertas directrices de la ONU, que recomendaban aplicar la perspectiva de género, lo cual a su mejor entender no podía hacerse sin destruir instituciones capitales y centrales para nuestra democracia representativa como, sin ir más lejos, el cuerpo electoral. Por fragmentar una institución refractaria a tal cosa, al ser “la voz del pueblo, en el sentido de que la voluntad de éste se manifiesta a través de aquél” (DÍEZ-PICAZO, 2020: 69).

Ahora podemos decir, sin margen para la duda y probablemente menos para el error, que vivimos el siguiente paso en la estrategia de género que ha llegado a las altas instituciones. Y es que desde hace algunos años, cuatro en concreto, determinados votos particulares han emitido algunos magistrados haciendo alusión expresa a que la mayoría del TC debía haber empleado la perspectiva de género. Veámoslo con algo de detenimiento.

En el ATC 170/2016 se declaró inconstitucional la resolución del parlamento catalán 263/XI, de 27 de julio de 2016, donde se declaraba que se iniciaba formalmente el proceso de desconexión de España y hacía saber que el proceso constituyente catalán incorporaba la perspectiva de género en su formulación. Aquí, cierto eso, el Tribunal Constitucional no tuvo responsabilidad alguna y se limitó a aplicar la Constitución.

En el ATC 114/2018 parece que viene el aldabonazo. Se evacúa voto particular por parte de Balaguer Callejón, bajo el argumento de que la perspectiva de género era necesaria a la hora de interpretar las normas; serviría dicha perspectiva, según la juez, para que normas aparentemente neutrales que producen situaciones injustas atentatorias contra el derecho a la igualdad, acaban por producir, además, “discriminaciones veladas o indirectas que obligan al intérprete a una actividad que supere

Regap



ESTUDIOS

el contenido literal”. Esto suele significar que, independientemente de lo que diga la norma aprobada, se debe ir más allá de la misma, en función de lo que exija la operación de ingeniería social de turno.

Por lo demás, el auto inadmite a trámite por estar notoriamente infundada la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el Real decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que excluye del complemento de pensión por maternidad a las madres que se acogen voluntariamente a la jubilación anticipada. Según la mayoría del TC, la diferencia introducida por el legislador posee una justificación objetiva y razonable, ya que dicho complemento está pensado para compensar a las madres que, por dedicarse al cuidado de sus hijos, ven forzosamente reducido su período de cotización, lo que no se aplica a las que, pudiendo haber cotizado más, se acogen voluntariamente a la jubilación anticipada. La medida resulta también proporcional por la restringida relevancia del complemento y del amplio margen del legislador para regular las prestaciones sociales.

Posteriormente se dictó el ATC 119/2018. En este caso la recurrente, aspirante a presidir el Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, impugnó el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial por el que se nombraba a otro candidato. La Sala Tercera del Tribunal Supremo declaró nulo el acuerdo, ordenando retrotraer las actuaciones para que se dictara nueva resolución que subsanase el déficit de motivación referido a los méritos subjetivos de los candidatos y a la inaplicación de la regla de preferencia de las mujeres a igualdad de méritos con los aspirantes varones. El segundo acuerdo, por el que se nombró al mismo candidato, fue nuevamente impugnado por la recurrente, siendo esta vez desestimado el recurso por la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional inadmite el recurso de amparo por inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales alegados. En lo que aquí interesa se rechaza la vulneración del derecho a no ser discriminada, basada en la exigencia de una acción positiva, tanto por una razón formal –el precepto constitucional afectado por las resoluciones impugnadas sería, en su caso, el artículo 9.2 CE, que contiene un mandato de sustantivación de la igualdad formal, no susceptible de protección en amparo –como por otra material– la acción positiva solicitada en la demanda se sustenta en un automatismo que prescinde indebidamente de los principios constitucionales de mérito y capacidad. El auto hace especial hincapié en el carácter discrecional del procedimiento de selección de la plaza objeto de la convocatoria –caracterizado por un perfil gubernativo–jurisdiccional–, lo que permite al CGPJ ponderar “en conjunto” los méritos del candidato (objetivos y subjetivos), sin que exista previsión normativa que autorice la imposición de un resultado en favor de un sexo, en detrimento de los principios de mérito y capacidad.

Se formula voto particular por Balaguer Callejón, pues entiende que se desoye exigencias legales. La juez dice, literalmente, que “la falta de consideración de la perspectiva de género en la actividad interpretativa desarrollada en las resoluciones de la mayoría del Tribunal, desatiende el mandato del artículo 4 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que establece

que “la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”. Y a partir de ahí construye un razonamiento donde lo que importa ante todo es “asegurar la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los puestos de gobierno del poder judicial”.

Tales planteamientos han tenido continuidad en algunas sentencias recientes. Comenzaremos trayendo a colación la STC 87/2020. En esta resolución el Tribunal Constitucional declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente porque los tribunales ordinarios no investigaron su denuncia por violencia de género de forma suficiente y eficaz. Citándose el Convenio de Estambul y los artículos donde este alude a la perspectiva de género presente en la violencia de género (FFJJ 2 y 6, con expresa alusión de la fiscal a dicha perspectiva), el Tribunal declara lesionado el derecho fundamental del artículo 24 CE.

Posteriormente se dictó la resolución que convalidó la Ley de seguridad ciudadana, la STC 172/2020, una sentencia polémica para una norma no menos polémica, que acabó convalidando la constitucionalidad de buena parte del redactado de la misma. No obstante, aquí la perspectiva de género volvió a aparecer en un voto particular suscrito por Balaguer Callejón. La juez entiende que: “autorizar la práctica de un registro corporal externo que pueda conllevar un eventual desnudo para prevenir o investigar, dado el caso, cualquier infracción administrativa resulta claramente desproporcionado, e ignora además la perspectiva de género y el impacto diferente que tiene sobre la intimidad personal un desnudo en virtud del sexo de la persona que lo sufre”.

No se aclara en qué sentido se habla de perspectiva de género, ni por qué “impacta de forma diferente” la intimidad personal de dos seres humanos, hombre y mujer, igualmente desnudos ante la autoridad policial. Quizá sea porque el desnudo de la mujer exhibe atributos con una connotación más íntima que el hombre; de hecho, el único factor diferencial que se consigue columbrar es el de los senos, porque no tiene la misma carga exponer los de la mujer que los del hombre. Lo cual, de ser cierto, haría que el argumento cayera irremediabilmente en la cosificación del cuerpo de la mujer, cuestión a buen seguro muy lejos de la intención de dicho voto particular.

Posteriormente se dictó la STC 66/2022, una resolución sumamente interesante y discutida en el seno de nuestra jurisdicción constitucional. La demandante de amparo se hallaba en la semana 42 de embarazo cuando los servicios médicos le indicaron la conveniencia de someterse a un parto inducido. La gestante se negó pues deseaba dar a luz en su domicilio, lo que llevó al servicio médico a remitir un informe al juzgado de guardia indicando que el nasciturus corría peligro. Un juzgado de instrucción de Oviedo ordenó *inaudita parte* el ingreso hospitalario no voluntario de la recurrente en amparo, decisión que se mantuvo hasta el alumbramiento, que tuvo lugar un día después. Las resoluciones judiciales se confirmaron posteriormente por la Audiencia Provincial.

Se desestima el recurso de amparo por no existir quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la intimidad personal y familiar. El

Regap



ESTUDIOS

derecho de la madre a decidir el lugar del alumbramiento, incardinado en su derecho a la intimidad personal y familiar, fue objeto de una limitación proporcionada al salvaguardar un bien constitucionalmente protegido como la vida y salud del *nasciturus*. La ponderación judicial fue acorde con su contenido constitucional y no generó indefensión, toda vez que la omisión de la audiencia a la gestante respondió a la extrema urgencia de preservar la vida del *nasciturus*, pues corría grave riesgo de hipoxia y muerte fetal. Al hilo de la autorización judicial de ingreso hospitalario forzoso, Presno Linera entendió que determinar cuándo un embarazo es de alto riesgo constituye una cuestión médica controvertida, entendiéndose que debió aplicarse parte de la doctrina del TEDH, especialmente la STEDH (Gran Sala) en el *asunto Dubská y Krejzová c. República Checa*, de 15 de noviembre de 2016), de la cual resultaría amparado, en principio, el parto domiciliario (PRESNO, 2019; y GODOY, 2018).

La perspectiva de género hace acto de aparición en tres votos particulares, el que suscribe el juez Xiol Ríos, el que suscribe la juez Balaguer Callejón, y el que emite la juez Montalbán Huertas.

Xiol Ríos dice, en el apartado V de su voto (*La cosificación de la mujer en el debate judicial*), apartado 11, que, para la mujer, la decisión judicial “(...) ha implicado la desapropiación de su voluntad sin darle la posibilidad de mostrar su parecer (...)”. Según el juez, “(...) esto evoca una idea de reducción de la persona a un simple ente sin voluntad sobre el que se dispone. Ha sido objeto del sistema de justicia, pero no sujeto de ese sistema. La cosificación de la demandante de amparo resulta inasumible por imperativo del principio de dignidad que, como se ha destacado anteriormente, está vinculado con el derecho a ser oído en el marco de un proceso judicial en el que se dilucidan derechos e intereses propios, máxime cuando estos afectan a un ámbito tan personalísimo como los que se planteaban en ese caso. Además, las circunstancias concurrentes de que se trata de una mujer embarazada enfrentada a la decisión de cómo gestionar el acto del parto hacen que el presente recurso adquiera unos matices íntimamente relacionados con la resolución de un conflicto asociado a la condición de mujer. En ese contexto resulta muy perturbadora la pobre valoración que cabe hacer de los avances materiales y no solo formales en la lucha por los derechos de las mujeres y de su autodeterminación en determinados ámbitos de decisión (...)”.

Lo cual le sirve de prelude para asegurar que “(...) en este caso se alzaban poderosas razones por la naturaleza de la media adoptada y por la necesidad de proyectar una perspectiva de género en la resolución de este tipo de conflictos que hubiera debido determinar que este tribunal fijara un parámetro de control constitucional sobre el cumplimiento de la garantía de audiencia con un estándar más acorde a los retos que las democracias más avanzadas tienen en la remoción de los obstáculos sociales e institucionales —propiciados por ancestrales inercias— para la consecución de la igualdad real de género (...)”.

Por su parte, la juez Montalbán Huertas comienza su voto con un apartado primero rotulado *De la necesaria incorporación de la perspectiva de género en el ejercicio de la potestad jurisdiccional*.

La juez cree que el marco teórico doctrinal de la resolución de la mayoría “(...) debió ser completado con la necesaria perspectiva de género. Elemento estructural del ordenamiento jurídico de carácter transversal y prevalente en la interpretación de las normas jurídicas, tanto sustantivas como procesales, que ha de presidir la resolución de todas las cuestiones referidas a situaciones en que se vean comprometidos, de manera prioritaria, los derechos de las mujeres, como son las relacionadas con la maternidad, la gestación y el parto. En el presente caso “(...) la mujer embarazada y sus derechos como persona titular de derechos están ausentes del relato histórico y judicial (...)”.

Para Montalbán, “(...) la perspectiva de género tiene su anclaje constitucional en el art. 9.2 CE, norma que contiene la noción de igualdad material y de obligación promocional de los poderes públicos, así como en el art. 14 CE que recoge la idea de igualdad formal y la interdicción expresa de discriminación (...). Considero que el recurso de amparo debió estimarse porque la decisión del juzgado de guardia —y de la Audiencia Provincial al ratificar aquella— están ausentes de perspectiva de género y contaminadas con prejuicios de género. Vulneraron los derechos fundamentales de la mujer embarazada (...)”.

Después de realizar un repaso selecto (selectivo) por algunas normas y decisiones internacionales, acaba concluyendo que: “(...) los poderes públicos, también los órganos del poder judicial español, deben incorporar en su proceso de toma de decisiones la perspectiva de género para garantizar que las mujeres serán tratadas como sujetos autónomos titulares de derechos y libertades (...)”.

Llegamos así hasta la STC 106/2022, una de las últimas de la que se tiene constancia, donde se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el grupo parlamentario VOX del Congreso de los Diputados, contra algunas disposiciones de la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. El recurso es desestimado pero tres magistrados, Balaguer Callejón, Xiol Ríos y Montalbán Huertas formulan conjuntamente voto particular concurrente.

El alcance de dicho voto queda establecido en su inicio: discrepar de la argumentación empleada por la mayoría porque “ignora la perspectiva de género”. Desarrollan con detalle tal aseveración partiendo de la base de que se debe asumir “la condición de sujeto jurídico de las mujeres”, lo cual supone “asumir que las disposiciones normativas tienen o pueden tener efectos diversos sobre las personas, en virtud del sexo de estas últimas”.

Continúan los tres jueces: “(...) En este contexto, la perspectiva de género en el examen de la constitucionalidad (...) hubiera exigido analizar por qué y cómo las medidas cuestionadas afectan en particular (aunque no en exclusiva) a las relaciones de poder entre un padre y una madre que, encontrándose en una situación de violencia, tienen hijos o hijas en común (...)”. Después de hacer un repaso por las principales normas que castigan la violencia de género en España, y también alguna sentencia que les resulta de importancia, se aprovecha para colar de rondón un concepto que

Regap



ESTUDIOS

proviene de los debates feministas (ideológicos) y mediáticos tan de las redes sociales: la violencia vicaria.

Lo hacen de la siguiente manera: “La deliberada omisión en la sentencia de toda referencia a la violencia de género en general y a la violencia vicaria en particular constituye una auténtica invisibilización de estas realidades desgraciadamente presentes de manera notoria en nuestra sociedad, invisibilización que resulta particularmente incomprensible en lo que se refiere a la violencia vicaria (...). La invisibilización de la violencia de género, que constituye la manifestación más grave de la desigualdad entre mujeres y hombres supone también ignorar por completo que el principio de igualdad entre mujeres y hombres, como regla hermenéutica general, ha de integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 de la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).”

Este voto particular es especialmente interesante porque se va un poco más allá de lo que se acostumbra, incluso en materias así. Ahora ya no hay que implementar la perspectiva de género, sino que debemos empezar a acostumbrarnos a que nuestro Tribunal Constitucional sea “feminista”. En ese voto concurrente dicen los magistrados: “(...) El principio feminista de que “lo que no se nombra no existe”, es una exigencia universal que el feminismo particulariza para las mujeres e integra en su reivindicación de la igualdad como un elemento de importancia. Y, en esta sentencia, no se interioriza (...). No se nombra la violencia contra la mujer. Y no se considera que las medidas controvertidas tienen por finalidad no solo la protección de los hijos e hijas que viven sometidos a situaciones de violencia directa o indirecta, sino la protección de sus madres que pueden sufrir, a través del trato que los padres dispensan a los menores, situaciones de violencia vicaria (...)”.

Se entiende mejor así que los discrepantes concurrentes digan que “el disenso en la argumentación tiene que ver con la ausencia del enfoque feminista en la sentencia del Pleno”. Esa es la clave de todo: aplicar a las claras, sin tapujos ni cortapisas, un criterio puramente ideológico y político, sesgado y nada pacífico, para resolver los asuntos que lleguen al Tribunal Constitucional (MARTÍNEZ-SICLUNA, 2021; CARABANTE, 2021).

Sin irnos muy lejos, ya en la STC 12/2018 (FJ 6), y en la STC 13/2009 (FJ 13), el juez Constitucional incardinó el feminismo en la libertad ideológica, lo cual significa para el observador medio que estamos ante un principio más, sometido como cualquier otro al mercado de las ideas, en pugna y liza con otras tantas que defiendan algo parecido, algo diametralmente opuesto, algo a medio camino o nada en absoluto: es lo que tiene la auténtica libertad, que cabe la defensa, desde el pluralismo y la tolerancia, de cualesquiera ideas *por más que perturben, molesten, choquen, inquieten u ofendan*. En las SSTC 152/2009 y 180/2009 el término feminismo aparece en los antecedentes del caso, pero por otro motivo. Varios juzgados de lo penal interpusieron en su día cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley de violencia de género de 2004, alegaron que la filosofía que inspiraba dicha ley era un feminismo “esencialista o de la diferencia” opuesto a la ética universal. A la luz de cómo han evolucionado los acontecimientos, desde entonces, no les faltaba razón.

La última hasta la fecha es la STC 44/2023, de 9 de mayo, donde estipula el TC que el régimen de aborto introducido por una ley de 2010 es constitucional. Ni que decir tiene que la mayoría del TC era “progresista” cuando se dictó la sentencia aludida. En el FJ 10 de la misma se establece que la perspectiva de género no es un concepto ideológico ni cuyo fin sea el adoctrinamiento, sino un criterio hermenéutico más que incorporan tanto las normas internacionales (“que, en ningún caso, pueden ser tomadas como canon de constitucionalidad”, según el voto particular de los magistrados Enríquez, Arnaldo y Tolosa) como las nacionales, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Por supuesto, el criterio de la “living Constitution” vuelve a hacerse presente en el argumentario del TC, hablando incluso de un “derecho” al aborto, lo que constituye un palmario exceso de jurisdicción en el sentido que explica de forma meridiana en el voto particular antecitado. También constituye una actitud excesiva el hecho de que la mayoría del TC decida juzgar un “modelo legal” al completo, en lugar de preceptos concretos. No es un ejemplo esta sentencia de *self-restraint*, sin duda.

Además, la magistrada Espejel también evacúa voto particular donde, entre los distintos aspectos de relevancia que trata, recuerda que en la STC 11/2023, de 23 de febrero, ya se dijo que los dictámenes de los comités de Naciones Unidas, y específicamente del CEDAW, contienen recomendaciones para los Estados parte pero no funciones jurisdiccionales (en sentido similar, STC 46/2022, de 24 de marzo, FJ 6).

Regap



ESTUDIOS

5 Consideraciones críticas

Realizado el repaso anterior, es turno de exponer las consideraciones críticas que tales planteamientos merecen.

En primer término, destaca que ni siquiera quienes blanden la perspectiva de género consiguen explicar qué es la perspectiva de género o en qué consiste. A veces, sólo se enuncia la expresión, como si con su mera escritura se operasen efectos tau-matúrgicos. En otras ocasiones se dice que tiene que ver con un enfoque de género que tampoco se define. En las de más allá se apela a algún precepto normativo que, cuando se lee, no dice nada de dicha perspectiva sino que define cuestiones relacionadas pero en absoluto idénticas, como sucede con el artículo 4 de la Ley de igualdad (que reconoce la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, no la perspectiva de género).

En segundo término, emplear ese tipo de nociones suele dar pie a introducir otros que tampoco se caracterizan por su claridad o concisión. Es lo que sucede con “la violencia vicaria”, que quiere significar la violencia que supuestamente ejerce el padre contra los hijos comunes para hacer daño a la madre. Sucede que, en puridad, también debería englobar la que ejercen las mujeres contra los hijos comunes para dañar al padre. Esta última acepción se hurta en los debates feministas al uso pues quienes pontifican en ellos jamás aceptan la realidad cuando no les resulta favorable (ÁLVAREZ, 2023). Ítem más: por muy brutal que resulte la realidad, no puede hurtarse al debate. Los datos dicen que en ese contexto la madre mata igual o más que el

padre. Aspecto reconocido por el propio Gobierno de España en 2022. Como esto no resulta útil a su noción de violencia machista, se orilla. Por cierto, al igual que sucede cuando el asesino es hombre pero pertenece a algún *colectivo racializado o minoría desfavorable*, signifique esto lo que signifique (HUGHES, 2022).

En tercer lugar, va de suyo que los magistrados constitucionales deben ejercer el cargo con independencia e imparcialidad. Aunque ha sido cuestión ampliamente debatida por la doctrina, el sentir general de la comunidad de constitucionalistas es que no cabe exigir pureza prístina a quienes, por lo demás, tienen ya una amplia trayectoria previa a la llegada al cargo. Juristas como Torres Muro, Sosa Wagner o Fuertes han argumentado en ese sentido de forma convincente resaltando que en otros sistemas se da por supuesto que sus magistrados constitucionales tienen ideología y los debates se centran en la calidad de sus sentencias, no tanto en su escoramiento hacia aquí o hacia allá (TORRES MURO, 2013 y 2016; SOSA y FUERTES, 2021; y MATIA, 2014). No obstante, recordemos que la normativa impone nombrar para el cargo a personas de reconocida competencia, no de reconocida ideología, al igual que impone su desempeño con la dignidad inherente al mismo (artículo 22 LOTC).

En cuarto lugar, desde el derecho penal Ramírez Ortiz nos explica cómo, a los efectos, no puede hablarse de una única perspectiva de género sino de varias, porque los análisis se hacen desde concepciones políticas y culturales concretas. Insiste en dotar de contenido algo que ella misma caracteriza por su pluralidad intrínseca. Salvado eso, aplicar la perspectiva de marras en el ámbito penal exige, por un lado, manejar un adecuado entendimiento de la desigualdad y la violencia contra las mujeres, comprendiendo causas y efectos de las relaciones de poder y, por ello, de dominación, de los hombres sobre las mujeres. Por otro, identificar tales extremos en el caso concreto y cómo impactan “las estructuras de dominación” en la interpretación de los hechos en litigio y ver si concurren reglas discriminatorias. Además, tal perspectiva de género exige utilizar un lenguaje no sexista, evitar los prejuicios y estereotipos de género e incorporar los estándares internacionales atendiendo al contexto del caso concreto.

Aun con todo y con eso, el autor arguye que la perspectiva de género está en declive. Entiende que abordar el derecho desde el postulado feminista es una exigencia convencional, legal y social, amén de una oportunidad para reflexionar sobre cómo se crean y aplican las normas. Apuesta por un derecho más igualitario, también judicial. Lo hace con estas palabras: “el hecho de que los propios jueces tomen conciencia de la existencia de sesgos, de estereotipos, de esquemas y guiones cuando evalúan la realidad constituye ya un gran paso adelante en un contexto cultural e institucional tradicionalmente poco propicio a la reflexión superadora de los límites del formalismo positivista, pretendidamente apolítico, objetivo y neutral, pero de facto decididamente parcial y partidista”.

Ramírez Ortiz cree que estamos bien ante un potente motor de cambio o bien ante una fórmula vacía y polivalente que sirve a otros fines, tales como extender los confines del ámbito punitivo, en lugar de limitarlo; enmascarar las verdaderas raíces del problema; o dar pábulo a ciertos movimientos sociales cuyo único rédito es promover la idea de que puede acusarse indiscriminadamente y sin necesidad

de pruebas, penalizar al varón, instrumentalizar casos concretos e imponer penas espectaculares a modo de aviso a navegantes. De ahí que el autor concluya que la perspectiva de género debe garantizar la perspectiva democrática, no desplazarla (y menos despedazarla, podríamos añadir). El proceso penal no es lugar para recomponer desigualdades estructurales, “sino solo para reaccionar civilizadamente frente a concretas situaciones de violencia” (RAMÍREZ, 2019; MARTÍNEZ, 2018. y LLORENTE, 2021).

Con razón autores como Díez Ripollés han escrito una encendida defensa del Estado de Derecho y se han posicionaron, lógicamente, en contra de lo que el mismo autor ha dado en llamar “Derecho penal sexual identitario”, donde se protegen intereses propios de colectivos sociales que desplazan al derecho penal más imparcial; donde se utiliza la punición para la transformación social; donde se introducen diversos sesgos valorativos atentatorios de la más elemental medida en el juicio; donde se elevan las penas hasta cotas intolerables desde la óptica del principio de proporcionalidad (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2019; PEREIRA GARMENDIA, 2021). Otro tanto han argumentado desde la Filosofía del Derecho (APARISI, CASTILLA y MIRANDA, 2017).

A pesar de estas críticas tan atinadas, subsiste en el derecho constitucional español una minoría que exige la aplicación inmisericorde de la perspectiva de género. Se dice minoría porque basta con consultar los trabajos académicos al uso respecto del ejercicio de las funciones propias tanto del Tribunal Constitucional como de las magistraturas constitucionales para colegir que la perspectiva de género no se observa como una demanda necesaria ni como una exigencia aparejable al ejercicio de potestad jurisdiccional alguna. Pero esa minoría sí defiende estos principios y, por tal razón, deben ser traídos aquí.

Un autor como Salazar Benítez reprocha la poca perspectiva de género del TC. Para contrarrestar tan nefasta tendencia, propone algunas soluciones. Por ejemplo, a la hora de nombrar magistrados, estos no sólo deben demostrar reconocida competencia en lo suyo, sino también “en materia de igualdad de género”, cuestión que debería ser evaluada en las comparencias parlamentarias pertinentes. Además, hay que dejar muy claro que “no es necesario partir de la intencionalidad de oprimir por parte de los hombres, sino de la realidad estructural de la subordinación de la mitad femenina”. Y en asuntos como los amparos, se debe entender en todo caso que la especial trascendencia constitucional se justifica cuando el litigio trate de “la subordinación de las mujeres”.

En fin, “la perspectiva de género, o mejor, feminista, supone interpretar y aplicar el derecho y, por tanto, interpretar y aplicar también la Constitución, teniendo presente la urgencia de superar los sesgos de género del sistema constitucional y el objetivo de alcanzar «una sociedad democrática avanzada», la cual solo puede ser aquella en la que mujeres y hombres gocemos de un estatus equivalente”. Esta metodología, se insiste, es “al mismo tiempo una apuesta epistemológica y ética” (SALAZAR, 2021; y GÓMEZ, 2019). Entendemos implícitamente que defender una

Regap



ESTUDIOS

postura opuesta es antiético y anticientífico. Rogamos se nos perdone por ello, si es que tal cosa puede excusarse.

Un último apunte: estas tesis de la perspectiva de género, en realidad, beben de doctrinas muy conocidas y convenientemente orilladas por la realidad. A veces se denomina “uso alternativo del derecho”, otras “teoría crítica del derecho”, en ocasiones “huida del derecho”, y siempre estamos ante la teoría evolutiva de la Constitución que entiende esta como “árbol vivo” y nunca como cerrazón originalista del marco de convivencia.

Al respecto solo podemos traer las palabras del profesor Ollero, quien cree que estamos ante una suerte de versión de la teología de la liberación para juristas, basada en la función creativa (no ya creadora) del juez. Así las cosas, “el jurista alternativo –ebrio de revolución pendiente– lo acaba viendo todo doble; no hay solución única ni múltiples, sino dual: burguesa-conservadora o emancipatoria-progresista (...). La Justicia, en todo caso, se politiza, no porque pase a cobrar dimensión política (toda creación jurídica, de uno u otro modo, la implica) sino porque se convierte en confesadamente parcial, para (...) no acabar siéndolo inconfesadamente (...)”.

Para Andrés Ollero, aunque referido al estudio del realismo jurídico, sus observaciones valen para el tema que aquí nos ocupa, este tipo de propuestas pretenden darle fuste a su reivindicación al sustituir al torpe repetidor de tópicos por un “riguroso y fiable ingeniero social”. De ahí que la teoría crítica como ciencia social encuentre en el juez crítico su fiel aliado, capaz de elegir (¿conminado a ello?), de entre las más diversas posibilidades jurídicas, la más favorable a la emancipación. En nuestro ámbito, a la perspectiva de género interpretada conforme a la visión e intereses de quienes enarbolan tal bandera, que por lo demás empieza a estar bien ajada.

Estas tesis son recursos a la fuerza, aunque se presenten como todo lo contrario. Exigen una obediencia férrea a sus postulados mientras niegan la posibilidad de que otros hagan lo propio. Aluden al “mínimo ético” (la perspectiva de género) y tratan de vincularlo a una realidad social (el patriarcado, el machismo, la violencia contra las mujeres) con el objetivo, confeso o inconfesable, de diseñar la sociedad futura, meta a la que ya se adscribe una orgullosa minoría autoconvencida de ello. Se invocan las exigencias éticas socialmente vigentes (la igualdad de género) y no se tolera la más mínima disidencia, señal de lo precario y no de la fortaleza de sus argumentos. Tal y como Ollero nos enseña: “revive así el despotismo ilustrado, que permitirá a la lúcida minoría que se muestra capaz de captar esa realidad social de obligado cumplimiento imponer paternalistamente sus dictados a los demás, sin tomarse siquiera el trabajo de convencerlos de lo obligado del empeño” (OLLERO, 2022).

6 Reflexión final

Como reflexión final vamos a sintetizar las principales conclusiones a las que conduce el trabajo realizado en páginas anteriores.

Por un lado, la perspectiva de género es un término más ideológico o político que jurídico, de ahí que sea tan difícil de acotar desde la perspectiva del derecho

constitucional que signifique o cómo deba hacerse operativo. Conceptualmente inasible a buen seguro, tal cosa no ha obstado a que se lleven a cabo diversas maniobras jurídicas que han ido filtrando la noción en diferentes planes, libros, normas y sentencias, hasta el punto de que algunas voces doctrinales reclaman que se legisle con perspectiva de género o que se adopten decisiones judiciales con semejante perspectiva. Mucho nos tememos que es imposible el éxito de la empresa: si ni tan siquiera sabemos a qué estamos aludiendo, ¿cómo vamos a tomar decisiones o a dictar normas, o a dictar sentencias o a aprobar presupuestos en base a tal criterio?

Por otro lado, independientemente de lo que se acaba de decir, el legislador español no se ha arredrado e incluye tal concepción en algunas disposiciones normativas. Otro tanto sucede con algunas sentencias del Tribunal Constitucional, aunque en honor a la verdad debe decirse que la aparición de la perspectiva de género se ha realizado mayormente en votos particulares de magistrados pertenecientes a la minoría creada en torno al asunto concreto.

En fin, hemos expuesto algunos argumentos doctrinales que provienen tanto de la doctrina penalista como de la constitucionalista, los primeros escandalizados por aplicar algo que los segundos exigen de la jurisprudencia constitucional, de la legislación y, por supuesto, de la propia Constitución. El artículo 9.2 CE deviene cheque en blanco a rellenar conforme dicte la perspectiva de género. O, mejor dicho, conforme digan unos pocos que dicte la perspectiva de género. Un auténtico secuestro elitista, dogmático y sectario de la vidas corrientes de las personas.

Dicho con otras palabras, la perspectiva de género se está utilizando como un concepto metaconstitucional, más allá del derecho constitucional pero con la vocación de penetrar en este, trayendo una visión que subvierte –como poco, sacude– los valores esenciales del ordenamiento jurídico. El proceso no ha hecho más que empezar.

7 Bibliografía

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I.; *Nueva crítica del constitucionalismo feminista. La ideología de género como caballo de Troya*, Colex, Madrid, 2023.
- APARISI MIRALLES, A.; CASTILLA CORTÁZAR, B.; MIRANDA NOVOA, M.; *Los discursos sobre el género. Algunas influencias en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, 2017.
- AYLLÓN, J.R.; *El mundo de las ideologías*, Homo Legens, Madrid, 2019.
- BENNETT, W.J.; *El libro del hombre. Un camino a la masculinidad*, Homo Legens, Madrid, 2022.
- BOUCHOX, J-C.; *La violencia invisible*, Arpa, Barcelona, 2022.
- CARABANTE MUNTADA, J.M.^a; “Entre la ciencia del derecho y la búsqueda de la justicia. Pensamiento jurídico en la primera mitad del siglo XX”, *Aforismos: instituciones, ideas, movimientos*, n. 3, 2021.
- CONTRERAS, F.J.; *Contra el totalitarismo blando*, Libros Libres, Madrid, 2022.
- DÍEZ-PICAZO, L.M.^a; *Ordenamiento constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 21-10, 2019.
- DOMINGO, C.; *#Cancelado. El nuevo Macartismo*, Círculo de Tiza, Madrid, 2023.
- ELSTER, J.; *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Gedisa, Madrid, 2009.
- FOLGUERA, L.; *Hombres maltratados. Masculinidad y control social*, Bellaterra, Barcelona, 2014.
- GODOY, O.; “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE, y Tribunal Supremo”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n. 34, 2018.
- GALINDO, A.; y UJALDÓN, E.: *Sexo, cuerpo, boxeo. Un alegato contra la izquierda reaccionaria*, Verbum, Madrid, 2022.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.; “Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de España”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2019.
- HEYING, H.; y WEINSTEIN, B.; *Guía del cazador recolector para el siglo XXI. Cómo adaptarnos a la vida moderna*, Planeta, Barcelona, 2022.
- HUGHES; *Dicho esto*, Ediciones Monóculo, Madrid, 2022.
- JIMÉNEZ, D.; *Deshumanizando al varón. Pasado, presente y futuro del sexo masculino*, Breslavia, Amazon, 2019.
- LAVIANA (Juan Carlos): “Periodismo y perspectiva de género”, *The Objective*, 24 de enero de 2023 (en línea: <https://theobjective.com/cultura/2023-01-24/periodismo-genero/>).
- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M.; *Justicia con perspectiva de género: el nuevo paradigma contra la violencia de género*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E.; *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, C.; “Argumentación jurídica”. En MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, C (dir); *Habilidades para juristas del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2021.
- MATIA PORTILLA, F.J.; “Sobre la adscripción partidaria de los magistrados del Tribunal Constitucional y su invocación en el proceso”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 34, 2014.
- MINISTERIO DE IGUALDAD; *Estrategia Estatal para combatir las violencias machistas 2022-2025*, 2023.
- MOUNK, Y.; *El gran experimento. Por qué fallan las democracias diversas y cómo hacer que funcionen*, Paidós, Barcelona, 2022.
- ONDARRA (Marcos): “Igualdad propone castigar a los medios que no informen con perspectiva de género”, *The Objective*, 19 de enero de 2023 (en línea: <https://theobjective.com/espana/2023-01-19/igualdad-medios-perspectiva-de-genero/>).
- OLLERO, A.; *La justicia en el escaparate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- OLLERO, A.; *Votos particulares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

- PEREIRA GARMENDIA, M.; *Buscando un consenso sobre el consentimiento en los delitos sexuales. Un enfoque desde la evolución de la legislación británica y un aviso a navegantes (o legisladores ociosos)*, Reus, Madrid, 2022.
- PRESNOLINERA, M.Á.; “Derechos fundamentales y parto en casa”, *El derecho y el revés*, 14 de mayo de 2019. En línea: <https://presnolinera.wordpress.com/2019/05/14/derechos-fundamentales-y-parto-en-casa/>. Último acceso: 25/11/2022.
- RAMÍREZ ORTIZ, J.L.; *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: una reflexión crítica*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019.
- RUBIO, A.V.; *Feminismo sin complejos*, Sekotia, Córdoba, 2021.
- SALAZAR BENÍTEZ, O.; “La (in)trascendencia constitucional de la perspectiva de género. Reflexiones a partir de las dos decisiones del Comité CEDAW condenatorias de España”, *Revista de Derecho Político*, n. 111, 2021.
- SOLEY (Jorge); *Manual del buen ciudadano para comprender y resistir la cultura de la cancelación*, CEU Ediciones, Madrid, 2022.
- SOSA WAGNER, F.; y FUERTES, M.; *Panfleto contra la trapacería política. Nuevo Retablo de las Maravillas*, Triacastela, Madrid, 2021.
- STAMOS, D.N.; *Evolución. Los grandes temas: sexo, raza, feminismo, religión y otras cuestiones*, Biblioteca Buridán, Barcelona, 2009.
- TORRES MURO, I.; “Magistrados militantes”, *El Confidencial*, 25/07/2013: https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2013-07-25/magistrados-militantes_12352/. Último acceso: 25/11/2022.
- TORRES MURO, I.; “Tribunal Constitucional: composición y funciones”. En FREIXÉS SANJUÁN, T; y GAVARA DE CARA, J.L. (dirs); *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte primera*, CEPC-BOE, Madrid, 2016.
- TRILLO-FIGUEROA, J.; *La ideología de género*, Libros Libres, Madrid, 2009.
- VALDEÓN, J.; *La razón en marcha. Conversaciones con Félix Ovejero*, Alianza, Madrid, 2023.
- VINCENT, N.; *Un hombre hecho a sí mismo. Viaje de ida y vuelta de una mujer al mundo de los hombres*, EDAF, Madrid, 2007.

regap



ESTUDIOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_enero-junio 2024 | pp. 275-290
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v67i1.5203>
© Ricardo Rivero Ortega
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 09/04//2024 | Aceptado: 03/12/2024
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Temos balas de prata
contra a corrupción na
contratación pública?

¿Tenemos balas de plata contra la corrupción en la contratación pública?

67 Regap

Are there silver bullets in
the war against corruption
in public procurement?

Regap



ESTUDIOS

RICARDO RIVERO ORTEGA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
ricriv@usal.es

Resumo: A persistencia da corrupción na contratación pública demostra o fracaso das medidas adoptadas ata agora. A súa insuficiencia explica as exixencias antifraude adicionais na execución dos fondos do plan de recuperación, así como unha nova proposta de directiva sobre corrupción. Este artigo cuestiona que tales reformas legais sexan efectivas sen as ferramentas de intelixencia artificial, aínda que tampouco nos achegarán “balas de prata” se non cambiamos a estratexia regulatoria.

Palabras clave: contratos públicos, corrupción, Dereito administrativo, intelixencia artificial

Resumen: La persistencia de la corrupción en la contratación pública demuestra el fracaso de las medidas adoptadas hasta ahora. Su insuficiencia explica las exigencias antifraude adicionales en la ejecución de los fondos del plan de recuperación, así como una nueva propuesta de directiva sobre corrupción. Este artículo cuestiona que tales reformas legales sean efectivas sin las herramientas de inteligencia artificial, aunque tampoco nos aportarán “balas de plata” si no cambiamos la estrategia regulatoria.

Palabras clave: contratos públicos, corrupción, Derecho administrativo e intelixencia artificial

Abstract: The persistence of public procurement corruption shows the failure of measures applied till now. Their insufficiency explains the complementary requirements against fraud in the execution of the recovery plan funds, and a new proposal of Directive on corruption. This paper questions that these legal reforms will be effective without the tools of artificial intelligence, although AI not give us “silver bullets” if we don’t change our regulatory strategy.

Key words: public procurement, corruption, AI and administrative law

SUMARIO: I. Historias de corrupción en la contratación pública. II. ¿Por qué no logramos evitarla? III. Ejemplos de sentencias y casos. IV. ¿Nos salvará Europa? De las directivas de contratos a la propuesta de directiva anticorrupción. V. ¿Será la Inteligencia artificial la panacea? VI. La necesaria evaluación de la calidad *ex post* de las compras públicas. Bibliografía.

1 Historias de corrupción en la contratación pública

Hace tres décadas, un exdirector general de la Guardia Civil ya fallecido adjudicaba contratos de obras públicas a cambio de comisiones. Al descubrirse esta trama de corrupción en las licitaciones, sería detenido y pasaría años en la cárcel, pero hoy uno de los cuarteles construidos en aquella época amenaza ruina y sufre graves desperfectos a resultas de sus pésimas condiciones. Además de ser un adefesio estético y afeard la panorámica de una ciudad patrimonio de la humanidad, los profesionales que allí residen con sus familias tienen que mantener precauciones y no usar determinados espacios, donde se abren grietas e se intuyen serios problemas de cimentación.

No es necesario recurrir a la ficción para conocer los graves daños del fraude en España, pero la cultura denota la percepción social del fenómeno. Un escritor vinculado a A Coruña, Fernando Benzo, acaba de recibir el premio Azorín por su libro *Los perseguidos*, que relata una trama criminal vinculada al Ministerio del Interior. Alicia Giménez Bartlett también ha publicado *La presidenta*, novela sobre la corrupción en la Comunidad Valenciana, antes hecha literatura por Rafael Chirbes en *Crematorio o En la orilla*. Podríamos citar otras muchas obras literarias inspiradas en los casos conocidos por la opinión pública, que ve sucederse uno tras otro escándalos y detenciones.

Algunas de las corruptelas más sonadas de nuestra historia reciente se han dado en el nivel local. El Ayuntamiento de Marbella se convirtió durante el gobierno de Jesús Gil en el ejemplo extremo de las malas prácticas, heredadas después por sucesivos alcaldes y alcaldesas. Aunque tuvo una gran resonancia en Galicia, la operación *Pokemon* parece poca cosa en comparación con las cifras y alcances de la Costa del Sol, donde hasta el día de hoy la Alcaldía marbellí parece condenada o maldita a la vista de las noticias sobre sus sucesivos titulares.

Estas son historias recientes, pero el fenómeno no es nuevo, ni mucho menos. La idea de corrupción ya estaba muy asentada hace dos siglos, con numerosos casos afectando a las instituciones y perjudicando el erario público en tantos países: Inglaterra, Francia y las nuevas repúblicas de América sufrieron sus consecuencias. Por supuesto, hay ejemplos destacables también en España¹.

¹ Wences, I.; De la Nuez, P. y Seoane, J. (Coords.), *La idea de corrupción en los siglos XVIII y XIX*, Marcial Pons, 2022.

Debido a que se conocieron escándalos en España hace cien y doscientos años, las primeras normas sobre contratación pública aprobadas en nuestro país incluyeron entre sus propósitos evitar la corrupción y otras malas prácticas. Así el Decreto Bravo Murillo, de 27 de febrero de 1852, advertía de la necesidad de prevenir circunstancias lesivas de los intereses públicos, generalizadas en las adjudicaciones de aquel tiempo. Por eso se dictaba:

“...con el fin de establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos, y de garantizar a la Administración contra los tiros de la maledicencia”. Esta norma introdujo las subastas y los pliegos cerrados para prevenir los fraudes, las colusiones y las bajas temerarias. La corrupción en la contratación pública tiene una versión pública (el cohecho a las autoridades) y otra privada (las prácticas colusorias de los licitadores en perjuicio del interés general)².

A pesar de los intentos de Bravo Murillo y otros reformistas, no creo que las normas dictadas sirvieran en realidad para prevenir estas patologías. La Restauración no sería una época precisamente propicia para evitar la corrupción. El caciquismo imperaba entonces a sus anchas, protagonizado por “amigos políticos” que intercambian favores electorales y premiaban a sus “clientes” con empleos en la Administración, beneficios y contratos. El sistema de botín (spoil system) se llevó hasta sus últimas consecuencias, tal y como han descrito los historiadores del período³.

Superado este régimen, las tentaciones y corruptelas no cesaron. Hay que recordar que las sucesivas propuestas de reforma local entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX planteaban la necesidad de corregir el caciquismo. Antonio Maura proponía impulsar la “revolución desde arriba”, cambiando los malos hábitos del gobierno municipal y provincial, un mensaje que sería asumido por su ilustre copartidario, José Calvo Sotelo, durante la Dictadura de Primo de Rivera⁴.

Este año celebramos el centenario del Estatuto de 1924, norma memorable por muchas razones (la profesionalización de los secretarios municipales, el régimen de carta, las mancomunidades, los servicios públicos, el derecho de voto de las mujeres cabeza de familia...). Además de todas estas innovaciones, viene al caso la prohibición en el Estatuto Calvo Sotelo de presentarse a concejal a “los que estén interesados en contrataciones o suministros dentro del municipio, por cuenta de éste, de la provincia, de la región o del Estado. Si el interés consistiere en ser miembro o accionista de sociedad directamente ligada con la contrata o el suministro, la incapacidad se entenderá circunscrita a quienes tengan cargo de gerencia o administración y a los partícipes de al menos en un 20 por 100 del capital social”.

² Parada Vázquez, J. R., *Los orígenes del contrato administrativo en España*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1964.

³ Valera Ortega, J., *Los amigos políticos: partidos, elecciones y caciquismo en la restauración (1875-1900)*, Marcial Pons, 2001.

⁴ González Hernández, M. J., *El universo conservador de Antonio Maura*, Biblioteca Nueva, 1996.

Esta prevención trasluce el riesgo latente de confusión entre contratistas y puestos políticos en los ayuntamientos. Tal afán de evitar su solapamiento pone de manifiesto una tendencia a ocupar cargos públicos para interferir sobre la contratación.

Los peligros eran conocidos, así como algunos remedios posibles, pero ni las buenas intenciones reformistas del maurismo, ni la II República, ni el franquismo ni la llegada de la Democracia aminorarían los riesgos de fraude. Durante los años ochenta y noventa del siglo pasado se difundieron muchos casos de corrupción en la contratación pública, apenas limitados por las nuevas leyes administrativas que se dictarían con el propósito de hacer más transparentes los procedimientos e incrementar la objetividad de las adjudicaciones públicas (Ley 30/92, de procedimiento administrativo, y Ley 13/95, de contratos de las administraciones públicas)⁵.

Ninguna de estas normas, ni las anteriores, nos dieron “balas de plata” contra la corrupción.

2 ¿Por qué no logramos evitarla?

Si repasáramos las sucesivas generaciones de leyes y medidas anticorrupción, desde el siglo pasado (y antes), nos sorprendería la falta de eficacia de tantos esfuerzos normativos e institucionales. La crítica a la falta de orientación en tal sentido del Tribunal de Cuentas, por ejemplo, apenas ha propiciado reactivaciones o replanteamientos de sus funciones fiscalizadoras⁶. Las leyes de transparencia tampoco parecen haber sido remedios adecuados, a pesar de todas las expectativas que generaron para combatir la corrupción⁷.

Nuestros legisladores no han sido especialmente proactivos a la hora de introducir estas novedades dirigidas a la prevención, si comparamos sus fechas con las de otros países, y tampoco destacan las leyes españolas por su contundencia ante el fenómeno. Entonces, si hay ordenamientos comparados más radicales contra las malas prácticas, hemos de analizar cuáles sean los puntos jurídicos débiles que propician la comisión de este tipo de conductas.

Una primera pregunta que cabría hacerse para averiguar las razones de la persistencia de la corrupción es si las sanciones previstas – penales, administrativas y de otro tipo – son insuficientes en el ordenamiento español. Por supuesto existen alternativas más gravosas en el derecho comparado (con el ejemplo extremo de Nepal, que traslada a los herederos en varias generaciones la culpa de sus antepasados corruptos, o las previsiones sobre delitos en la contratación de los ordenamientos colombiano o brasileño). Pero no parece que las condenas en España sean precisamente livianas, aunque tarden muchos años en confirmarse debido a la lentitud del proceso penal

⁵ NIETO GARCÍA, A., *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997.

⁶ Fernández Ajenjo, J. A., *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y la Intervención General del Estado*, Civitas, 2011. Jiménez Rius, P., *El control de los fondos públicos: propuestas de mejora*, Civitas, 2007.

⁷ Villoria Mendieta, M., *Combatir la corrupción*, Gedisa, 2019.

y los sucesivos recursos. Las estadísticas de personas investigadas y condenas con privación de libertad no trasladan un mensaje de impunidad, precisamente⁸.

Cuestión distinta es que esta reacción de los tribunales penales produzca efectos considerables sobre el funcionamiento real de los mercados de encargos públicos, incorporando el punto de vista del análisis económico del derecho. En el ámbito de la contratación pública, apenas disponemos de retorno real sobre la aplicación de la metodología de las “listas negras” y todas las medidas impulsadas por requerimiento del derecho europeo. Si fueran totalmente efectivas, no seguirían detectándose tantos casos⁹.

Otra de las preguntas que cabe hacerse es si los órganos de control existentes cumplen su función preventiva en la detección de casos de corrupción, o los evitan de algún modo. La realidad nos muestra que son los medios de comunicación y las fuerzas y cuerpos de seguridad, a través de sus técnicas de investigación, los principales descubridores de los delitos. Ni el Tribunal de Cuentas ni los OCEX autonómicos se han destacado por aflorar grandes redes de fraude. Otras instancias creadas al socaire de las leyes de transparencia y buen gobierno tampoco parecen servir para cumplir este propósito. Y habrá que ver lo que da de sí la transposición de la Directiva de protección de los denunciantes y la creación de oficinas antifraude inspiradas por esa norma europea. De momento, ya se han suscitado controversias respecto de su eficacia, a partir de la propuesta de eliminación de la Oficina para la Recuperación de Activos valenciana, mientras se propone para el caso de Cataluña la atribución de poderes preventivos más efectivos y dotación de potestades sancionadoras para castigar los incumplimientos¹⁰.

Una tercera cuestión se podría proyectar sobre los incentivos económicos y su bloqueo con técnicas de decomiso previstas en las leyes: ¿Se logra recuperar el beneficio económico logrado por los corruptos en perjuicio del interés público?¹¹ Más allá de las posibilidades de comiso, habría que plantearse si la teoría del “enriquecimiento injusto”, que obliga a abonar las facturas por las obras y servicios realizados incluso en casos de corrupción, no limita otras medidas disuasorias para el pago de sobornos por parte de las empresas. Quizás la previsión de un régimen sancionador contundente, o un mayor desarrollo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, podrían alterar tan insatisfactorio estado de cosas.

Por último, cabría plantearse si existe un perfil definido predisuesto, personalidades más propensas a incurrir en este tipo de prácticas, o si las estructuras internas de los partidos políticos y otras organizaciones (empresas contratistas que tienen como principal cliente la Administración) necesitan sujetos que hagan crecer sus ingresos y beneficios defraudando con los contratos. Podría pensarse que existen

⁸ García Sánchez, B., *La corrupción en España: su persecución penal en la última década*, Iustel, 2024.

⁹ Medina Arnáiz, T., “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 104, 2016.

¹⁰ Capdeferro Villagrasa, Ó., “Los organismos anticorrupción y el ejercicio de la potestad sancionadora. Límites y propuestas para la prevención de la corrupción, en particular el caso de la oficina antifraude de Cataluña”, *Revista Catalana de Derecho Público*, 53, 2016.

¹¹ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El decomiso de activos ilícitos*, Aranzadi, 2017.

factores sistémicos de la corrupción, como la financiación de las campañas electorales, o los riesgos de sostenibilidad de contratos complejos, difíciles de gestionar sin un ambiente de confianza e incluso compadreo. Lo que parece claro es que existe una psicología social e individual de la corrupción¹².

Quizás no hemos reparado lo suficiente en la importancia de la selección de personas con perfiles éticos adecuados. Los códigos de conducta aplicados en las administraciones públicas trasladan mensajes de comportamiento decoroso, pero no hay evidencias de que las desviaciones estén siendo reprendidas, especialmente en el nivel de los altos cargos. La cultura de la dirección pública mantiene elementos predominantes de confianza personal sobre la profesionalización. Y esta sí es una verdadera asignatura pendiente de nuestro sistema administrativo: lograr que quienes son elegidos para ejecutar presupuestos considerables y políticas públicas trascendentes para el interés general no sean –como en el siglo XIX– los “amigos políticos”, sino personas capaces y orientadas con criterio técnico, ajenas a los intereses cortoplacistas de los partidos y las camarillas¹³.

En todo caso, por las razones que fueren, lo cierto es que, tras la aprobación de leyes y más leyes anticorrupción, de la incorporación de más exigencias de transparencia y la creación de instituciones especializadas en prevenir, ni España ni otros países se han librado de esta lacra. El caso Odebrecht, en Iberoamérica, es un ejemplo extremo del grado de gravedad que puede alcanzar una red de sobornos (con ministros y magistrados implicados en muchos países). El reciente caso Koldo en España, en menor escala, pone igualmente de manifiesto lo fácil que puede llegar a ser para un desaprensivo enriquecerse a la vista de responsables públicos de primer nivel.

Además de lo que encontramos en los medios de comunicación, también podemos reparar esta realidad en las sentencias de los tribunales. El estudio de estos casos podría ser parte de la formación que debieran recibir los funcionarios responsables y altos directivos en todas las administraciones, para conocer los riesgos reales y estar alerta frente a su posible existencia en la propia organización. Esto es conveniente advertirlo porque, cuando nos hablan de la corrupción, como de otros males, parecemos creer que esto sólo les ocurre a otros, en otras instituciones. Y seguramente es lo mismo que pensaban los gestores de las administraciones de las sentencias que voy a utilizar como ejemplos a continuación¹⁴.

3 Ejemplos de casos y sentencias

Los tribunales penales han intensificado su respuesta frente a las ilegalidades en la contratación pública. El número de condenas es creciente desde la segunda década de este siglo. Aunque la tendencia ahora mismo muestra una reducción de las personas

¹² Fernández Ríos, L., *Psicología de la corrupción y los corruptos*, 1999.

¹³ Rivero Ortega, R., “La elección de las personas, clave para el buen gobierno local en Iberoamérica”, *Revista Iberoamericana de Gobierno Local*, junio 2022.

¹⁴ La “habitación” es el proceso que explica que la gente no se alarme ante casos graves que pueden estar sucediendo en su organización, tal y como explican Cass R. Sunstein y Tali Sharot en su columna “Why People Fail to Notice Horrors Around Them”, *The New York Times*, 25/02/2024.

acusadas, entre 2017 y 2023 se han procesado a cientos de responsables públicos (441 en 2017, 235 en 2018, 254 en 2019, 261 en 2020, 344 en 2021, 200 en 2022 y 178 en 2023). El Consejo General del Poder Judicial y las memorias de la Fiscalía ofrecen datos precisos y diferenciados por comunidades autónomas.

El nivel de tolerancia y el grado de rigor en la aplicación de los tipos penales también han cambiado a lo largo del tiempo. Malas prácticas contractuales que se consideraban meras irregularidades censurables –pero no delictivas– se comienzan a integrar en tipos penales recientemente. Un ejemplo relevante nos lo ofrece la consideración del fraccionamiento de contratos como delito de prevaricación, desde la condena a un viceconsejero del Gobierno de Asturias por Sentencia del Tribunal Supremo.

Otras resoluciones posteriores han abundado en esta interpretación, de tal modo que hoy deben justificarse documentalmente todos los contratos y motivar que no se trata de fraccionamiento de objeto, una práctica que antes obedecía en un buen número de situaciones, no a casos de corrupción, sino al intento de agilizar la adjudicación y gestión de los contratos para ejecutar presupuesto, no perder subvenciones y otras urgencias propias de la realización de objetivos públicos. No estamos ante supuesto de enriquecimiento personal, pues, que es la esencia del concepto de corrupción, sino ante infracciones legales que pasan a considerarse en su versión más drástica de tipo penal (prevaricación)¹⁵.

Otros casos, en cambio, nos muestran riesgos reales de enriquecimiento personal a cuenta de las arcas públicas. Un primer ejemplo nos lo ofrece el jefe de mantenimiento del Ayuntamiento de Valladolid, condenado a siete años y nueve meses de cárcel por adjudicar a sus propias empresas contratos municipales, condena rebajada a cinco años por el Supremo. En este caso, no se trata de un funcionario que acepte sobornos o dádivas a cambio de adjudicar contratos, sino de un empleado público que crea empresas con su familia para adjudicarse a sí mismo contratos menores.

La trama empresarial se descubrió a resultas de la adaptación a los requerimientos de la Ley de transparencia y buen gobierno, al hacer un inventario de las empresas contratistas. El contrato menor favorecía este tipo de situaciones. Recientemente el Ayuntamiento de Valladolid pagó a estas empresas siete facturas por importe de 27.000 euros, suspendidas desde 2014.

Otro caso que nos muestra riesgos de corrupción en la contratación pública local es el del responsable de parques y jardines del Ayuntamiento de Zamora, quien fue condenado a un año de prisión por estafa procesal en grado de tentativa. Este empleado adjudicaba contratos a una empresa, pero los ejecutaba con los recursos municipales. Se quedaba con el dinero y le daba 500 euros por cada contrato al empresario. Cuando la policía buscó en su ordenador información, encontró todo en una carpeta que el investigado había llamado “fechorías”. Había defraudado cerca de un millón de euros.

¹⁵ He sostenido un concepto restringido de corrupción en Rivero Ortega, R., “Instituciones administrativas y prevención de la corrupción” en *La corrupción, Aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000.

Este no es un caso típico de corrupción, pero pone de manifiesto otras prácticas patológicas que pueden estar sucediendo en las Administraciones públicas. Un ejemplo extremo es el que da lugar a la condena de 10 años y medio de cárcel para la exalcaldesa de Arrecife (Tenerife), elegida por la lista de un partido denominado independiente (Partido Localista por Tenerife). La edil organizó con todo el aparato una trama de adjudicaciones de contratos con cobro de comisiones y sobrepregios.

Tantos casos y tan llamativos escandalizan dentro y fuera de nuestro país, especialmente allí donde se toman decisiones de concesión de recursos para proyectos públicos con dinero de los contribuyentes de otras naciones menos acostumbradas a este tipo de comportamientos.

Por ello, Europa ha decidido actuar. Al igual que el Tribunal de Justicia terminó con la irregularidad generalizada de la aprobación de los modificados en los contratos de obra pública, una técnica que desactivaba la competencia real en los concursos, ahora las instituciones comunitarias han comprendido que necesitan aproximar las legislaciones para prevenir la corrupción, para proteger los intereses financieros de la Unión y la libre competencia en el mercado interior europeo.

4 ¿Nos salvará Europa? De las directivas de contratos a la propuesta de directiva contra la corrupción

Las primeras normas europeas sobre contratación pública datan de los años setenta, dedicadas a los contratos de obras y suministros. Cuando España ingresa en la Comunidad Europea el año 1986, se incorpora este acervo en una primera reforma de la Ley de contratos del Estado (Real decreto legislativo 9317/986, de 2 de mayo). Después se aprobarían nuevas directivas (en los años 88 y 89, que reformarían las de suministros del 77 y obras del 71), y refundirían en el año 93, además de aprobarse las directivas de recursos en materia de contratos públicos, en los años 89 y 92. La Ley de contratos de las administraciones públicas de 1995 ofrecería la ocasión de transponer las directivas sustantivas, dejando las de recursos a las normas procedimentales y procesales, que se consideraba que ya cumplían su contenido.

En el presente siglo, la Directiva de 2004 propició la aprobación de la Ley de contratos del sector público en 2007, al igual que diez años más tarde se aprobaría la Ley 9/2017 para transponer las directivas de 2014. Entre una y otra, y también después, se sucedieron los documentos sobre buenas prácticas, incluyendo los relativos a cláusulas ambientales y sociales, que cambiaron la filosofía original de esta política europea (con un acentuado énfasis en lo económico en las primeras versiones).

El interés y la preocupación de la Unión Europea por la corrupción en la contratación pública se activa en el momento de la aprobación del último paquete de directivas, hace diez años. Entonces se publica el primer informe anticorrupción, que hace referencia a estos riesgos. Ya nuestra doctrina exponía sus dudas sobre la

insuficiente orientación en este sentido de la normativa de contratación pública¹⁶. Las directivas de 2014 incorporaron algunas previsiones para evitar el conflicto de intereses y excluyeron a los licitadores condenados por delitos de corrupción, una previsión que ya se encontraba en la ley española de 1995 y que resultaba además difícil de aplicar por la falta de bases de datos sobre condenas compartidas en los Estados miembros¹⁷.

Las medidas europeas anticorrupción en este ámbito tienen, pues, diez años de recorrido, aunque la OLAF (Oficina de Lucha Antifraude) fue creada en 1999, pero es en la última década cuando se aprueban herramientas más incisivas, como la Directiva de protección de denunciantes, 2019/1937, ya traspuesta en los ordenamientos de los Estados miembros. En el caso español, mediante la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, norma que ya ha entrado en vigor¹⁸.

Todas estas iniciativas han sido insuficientes, pues de lo contrario no se plantearía la propuesta de Directiva sobre la lucha contra la corrupción en 2024. Esta norma modificaría la Directiva 2017/1371, del Parlamento Europeo, que estableció unas normas comunes contra el fraude y las amenazas contra los intereses financieros de la Unión (blanqueo de capitales, corrupción activa y pasiva, y malversación).

El asesoramiento especializado para la elaboración de la propuesta se asocia al informe *Strengthening the fight against corruption: assessment of the EU legislative and policy framework*, elaborado por EY y RAND Corporation. Llama la atención el enfoque eminentemente jurídico de este documento. Su propuesta se centra en cubrir lagunas y armonizar las medidas de los Estados miembros de forma no totalmente vinculante.

También apunta hacia la recopilación exhaustiva de datos y la creación de autoridades especializadas y específicas. Varios Estados miembros carecen de organismos especializados y las competencias de los que existen son muy diversas. Este problema ha sido subrayado por los informes anuales sobre el Estado de Derecho. Así pues, establecer un modelo común parece ser uno de los principales propósitos de la directiva.

A la vista de sus contenidos, la aproximación del tratamiento de las infracciones penales es el objeto más relevante. Las definiciones de los tipos (cohecho, malversación, apreciación indebida, tráfico de influencias, abuso en el ejercicio de funciones, enriquecimiento ilícito, obstrucción a la justicia) y sus penas correspondientes podrían garantizar unos niveles de prevención homologables en toda la Unión Europea. En concreto, la fijación de un nivel mínimo de la pena máxima. Estamos ante una de las normas más relevantes del nuevo derecho penal de la Unión Europea.

El repaso del articulado de la propuesta nos permite conocer su objeto y ámbito de aplicación (artículo 1), una serie de definiciones normalizadoras (artículo 2) y su

¹⁶ Gimeno Feliu, J. M., "La ley de contratos del sector público, ¿una herramienta eficaz para la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública", *REDA*, n. 147, 2010.

¹⁷ Aymerich Cano, C., "Corrupción y contratación pública: Análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 45, 2015.

¹⁸ Pérez Monguió, J. M y Fernández Ramos, S. (Coords.), *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, La Ley, Madrid, 2023.

principio inspirador, la prevención de la corrupción (artículo 3). Llama la atención que se predique un enfoque preventivo, teniendo en cuenta que la mayoría de la regulación es de carácter penal. El derecho penal, por supuesto, también tiene ese efecto preventivo (general y especial), pero las intervenciones que evitan los riesgos son de otra naturaleza (educación, formación de empleados públicos, por ejemplo). Y estas medidas se mencionan, pero apenas se desarrollan en la propuesta de directiva.

La creación de organismos especializados sí podría contribuir a mejorar la prevención de la corrupción. El artículo 5 de la propuesta demanda además que dispongan de los recursos humanos, financieros, técnicos y tecnológicos necesarios para el efectivo desempeño de sus funciones. Este énfasis en los recursos necesarios se reitera en el artículo 5, probablemente desde la experiencia de que su carencia es una de las razones principales de la limitación de capacidades preventivas.

El artículo 6 apela a la formación de las autoridades competentes y su personal en materia de lucha contra la corrupción. Un repaso a los programas formativos de las escuelas de Administración pública en España y otros países muestra la escasa atención monográfica a estas cuestiones.

A partir de estos preceptos, los siguientes se ocupan de las cuestiones penales: cohecho y soborno; malversación y apropiación indebida; tráfico de influencias; abuso en el ejercicio de funciones; obstrucción a la justicia; enriquecimiento por delitos de corrupción; inducción, complicidad y tentativa; sanciones y medidas aplicables a las personas físicas; responsabilidad de las personas jurídicas; circunstancias agravantes y atenuantes; inmunidad o privilegios frente a la investigación y el procesamiento de infracciones penales de corrupción.

Otras cuestiones procesales penales son objeto también de regulación: las inmunidades y privilegios frente a la investigación; la jurisdicción; la prescripción de las infracciones penales; la protección de quienes denuncien las infracciones penales o colaboren en la investigación; instrumentos de investigación.

También se resalta la necesaria cooperación entre autoridades de los Estados miembros, entidades especializadas (Europol, Eurojust, Oficina Europea de Lucha contra el Fraude y Fiscalía Europea). Esta colaboración consistirá muchas veces en el intercambio de información, otro de los ejes de la propuesta, tal y como señalamos al recordar los informes que se tuvieron en cuenta en su diseño. Este precepto también prevé la creación de la “red de la UE contra la corrupción”, para favorecer el apoyo recíproco de autoridades y propiciar el intercambio de buenas prácticas. La recopilación de datos y estadísticas prevista en el artículo 26 será, así, presupuesto de las medidas a adoptar.

Esta propuesta de Directiva avanza el futuro del Ordenamiento europeo anticorrupción, realmente sin grandes novedades. Donde sí encontramos nuevas herramientas y medidas más incisivas es en las garantías exigidas y adoptadas para la ejecución de los fondos llamados Next Generation, que son los derivados del Plan de Recuperación y Resiliencia, aprobado para impulsar la recuperación económica tras la crisis generada por la pandemia del COVID-19.

El Reglamento 2021/241, del Parlamento Europeo y del Consejo, estableció la necesidad de que los Estados miembros adoptaran medidas para proteger los intereses financieros de la Unión. Tras un debate entre países por la procedencia de los fondos y los riesgos de su ejecución, la solución de compromiso incluyó el establecimiento de garantías para prevenir irregularidades.

Cada Estado miembro tiene que adoptar por su parte medidas concretas para cumplir con estas exigencias. Aunque en España se aprobó un Real decreto-ley para la ejecución de los fondos en diciembre de 2020, las normas españolas que contemplan los planes antifraude están en la Orden ministerial HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y la Orden HFP/1031/2021, de 29 de septiembre, por la que se establece el procedimiento y el formato de la información a proporcionar por las entidades del sector público estatal, autonómico y local para el seguimiento del cumplimiento de hitos y objetivos y de ejecución presupuestaria y contable de las medidas de los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Posteriormente se aprobó la Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistémico del riesgo de conflicto de intereses en los procedimientos que ejecuten el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. En paralelo a este desarrollo normativo se desplegaron con mayor efectividad las aplicaciones de recopilación de datos que deberían utilizar los ejecutores de los fondos para dar cuenta de la prevención de los conflictos de intereses y el fraude: Coffe y Minerva¹⁹.

Además, cada entidad debe aprobar un plan propio para prevenir el fraude. Aquí voy a poner como ejemplo el elaborado para sus servicios por la Xunta de Galicia, un documento que describe pormenorizadamente las medidas del “ciclo antifraude”: prevención, detección, corrección y persecución.

Entre las medidas de prevención destacan las siguientes: formar al personal directivo público; modificar el código ético; establecer protocolos de detección del conflicto de intereses; establecer un catálogo de riesgos generales; establecer un catálogo de banderas rojas; habilitar un buzón de integridad. Ejemplos de medidas de detección son el canal de denuncias o el plan de riesgos específico de cada centro directivo.

También localiza las funciones y responsabilidades en la gestión de los fondos: el Consello de la Xunta, las *consellerías* y centros directivos, y los órganos transversales implicados en la integridad. Cada centro directivo debe realizar una evaluación individualizada de los riesgos asumidos. La certificación y evaluación de los riesgos es uno de los capítulos más importantes del Plan de prevención.

El compromiso de integridad y el marco ético de la integridad institucional se concreta en la adopción de una declaración institucional de integridad, la manifestación expresa de los responsables públicos, así como referencias a la integridad en la planificación estratégica, difusión y formación en materia de integridad. También

Regap



ESTUDIOS

¹⁹ Sobre el funcionamiento de estas aplicaciones y sus problemas operativos pueden pronunciarse los responsables de la gestión de los fondos en todos los niveles administrativos. Aún existe demasiada incertidumbre sobre las consecuencias posteriores del volcado de datos y las incidencias que se produzcan.

se incluyen medidas para la prevención del conflicto de intereses, tanto para los altos cargos como para los empleados públicos.

El sistema integrado de información y el canal de denuncias se detallan igualmente en este documento, incluyendo al comité de ética. Su regulación aparece en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

El recuerdo de medidas adoptadas hace años demuestra que las acciones de prevención de los conflictos de intereses presentan antecedentes relevantes. Así, por ejemplo, el Código ético institucional de la Xunta de Galicia, aprobado en 2014, con los principios básicos de conducta del personal de la Administración autonómica: imparcialidad y objetividad en el ejercicio de los cargos; deber de proporcionalidad en los viajes o la agenda pública; prohibición expresa de regalos y dádivas, o el uso responsable de medios y recursos públicos.

Todo este plan, como la propuesta de directiva, presentan desde mi punto de vista una laguna importante: su escasa o nula mención a las herramientas de inteligencia artificial.

5 ¿Será la inteligencia artificial la panacea?

Quizás ninguna tecnología ha despertado tantas expectativas y miedos en la historia de la humanidad como la inteligencia artificial. Aunque el impacto de otros descubrimientos ha sido mucho mayor, en sus implicaciones sobre las personas (antibióticos, vacunas, electricidad, telecomunicaciones), las advertencias y promesas de los tecnólogos producen perplejidades y demandas regulatorias preventivas, recientemente atendidas por la Unión Europea al impulsar mediante reglamento la primera Ley de la inteligencia artificial.

Una de las utilidades inequívocas de las aplicaciones masivas de gestión de la información es el control, sin duda²⁰, pero hay otras muchas, descritas por Coglianese, entre las que cabe destacar la identificación de patrones de incumplimiento de plazos u otros compromisos por parte de ciertos entes, que podrían perfilarse y ser penalizados en las siguientes adjudicaciones²¹.

El interés por el estudio de las aplicaciones de inteligencia artificial aplicables a la prevención de la corrupción en la contratación pública ha crecido exponencialmente desde hace diez años. Antes existían propuestas de utilización del *big data* para controlar los precios y evitar fraudes²², pero ha sido el progreso acelerado de la inteligencia artificial el factor decisivo del nuevo énfasis.

Son muchas las promesas y algunos menos los peligros de usar la IA para luchar contra la corrupción, con perspectivas escépticas si las aplicaciones son creadas y controladas por los propios gobiernos, en lugar de ser desarrolladas de abajo hacia

²⁰ Rivero Ortega, R., *Derecho e inteligencia artificial. Cuatro estudios*, Olejnik, 2023.

²¹ Coglianese, C., "Procurement and Artificial Intelligence", *University of Pennsylvania Law School*.

²² Rivero Ortega, R., "El precio de los contratos públicos", en *Grandes temas de contratación pública*.

arriba por iniciativas asociativas, organizaciones no gubernamentales y periodistas²³. Y, como el movimiento se demuestra andando, deben ser los hechos los que nos demuestren con datos y casos que efectivamente están produciendo el objetivo deseado²⁴.

Así, ya se ha destacado el valor preventivo de estas herramientas²⁵ por varios autores: Capdeferro desde el derecho administrativo y desde la economía Félix López Iturriaga²⁶. Las experiencias comparadas también ofrecen buenos resultados de control inicial del sobreprecio, quizás el dato más fácil de trazar con estas herramientas, junto a la detección del conflicto de intereses. Brasil y Colombia, entre otros países, ya utilizan herramientas de este tipo²⁷.

Un ejemplo es la herramienta VigIA, desarrollada por la Veeduría Distrital de Bogotá. Esta aplicación toma datos del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), una plataforma creada por la Agencia Nacional de Contratación Pública (Colombia Compra Eficiente). A partir de técnicas de aprendizaje de las máquinas identifica patrones de riesgo de ineficiencia o irregularidades²⁸.

La detección de patrones y la activación de las llamadas “banderas rojas” (*red flags*) son la muestra más concreta de los efectos de estas aplicaciones. Si concurren determinados indicadores en un contrato público, su correlación con riesgos antes conocidos lo hacen sospechoso de prácticas de corrupción. Así, por ejemplo, la falta de competencia, la recurrencia de un único contratista, el sobreprecio, las reducciones de plazos u otras medidas de agilización del procedimiento, etc.

El presupuesto de la compra pública electrónica y el manejo masivo de datos, sin los cuales apenas nada se podría hacer con aplicaciones de Inteligencia Artificial, muestran la conexión de las sucesivas etapas de la Administración electrónica. Los países más avanzados en compra electrónica son también probablemente los que nos podrán explicar mejor los usos para prevenir la corrupción.

Por ejemplo, Chile fue uno de los pioneros, y su experiencia nos enseña que, una vez los licitadores comprenden el funcionamiento del sistema, detectan sus puntos vulnerables y adaptan los comportamientos a esas debilidades para sacar partido de las mismas. Estamos, pues, ante una “carrera armamentística” o un “juego del gato y el ratón” en el que las aplicaciones no pueden resolverlo todo sin la experiencia de los profesionales más versados.

²³ Köbis, N.; Starke, C. y Rahwan, I, “The promise and perils of using artificial intelligence to fight corruption”, *Nature Machine Intelligence*, 2022.

²⁴ ADAM, I. y FAZEKAS, M., “Are emerging technologies helping win the fight against corruption? A review of the state of evidence”, *Information Economics and Policy*, December 2021.

²⁵ Gallego, J.; Rivero, G. y Martínez, J., “Preventing rather than punishing: An early warning model of malfeasance in public procurement”, *International Journal of Forecasting*, 2021.

²⁶ López Iturriaga, F., “Podríamos evitar la corrupción en los contratos públicos con inteligencia artificial”, *The Conversation*, julio 2023.

²⁷ Mojica Muñoz, K. S., “Inteligencia artificial para detectar la corrupción en la Administración pública municipal de Colombia”, 2022.

²⁸ Gallego, J., “¿Cómo puede la inteligencia artificial ayudar en la lucha contra la corrupción”, Banco de Desarrollo de América Latina y El Caribe, 2021.

6 La necesaria evaluación de la calidad *ex post* de las compras públicas

Así pues, ni siquiera la inteligencia artificial logrará terminar con las malas prácticas. Tantos esfuerzos contra la corrupción en la contratación pública no han acabado con este fenómeno, como los escándalos más recientes demuestran una vez más. En cambio, desde sus primeras medidas, demasiadas prevenciones han producido otros efectos iatrogénicos (secundarios) perjudiciales para el objetivo de lograr adquisiciones de mayor calidad y alineadas con los objetivos estratégicos de las políticas públicas.

Esto sucede con la subasta, que incorpora un elemento de objetividad indudable en los procesos selectivos, pero, al poner el énfasis únicamente en el precio, incrementa los riesgos de adquisición de productos de menor calidad y durabilidad. Tampoco permite este criterio cuantitativo incorporar elementos sociales a la selección de contratistas. Y, por supuesto, no garantiza en modo alguno que lo que se compra sea verdaderamente necesario, pues, aunque la justificación de las compras pueda simularse *ex ante*, convendría demostrar también *ex post*.

En la lucha contra la corrupción, sería conveniente evitar estos efectos iatrogénicos o secundarios de algunas limitaciones de la regulación de los contratos públicos, como las relativas a las prórrogas. Y dejar de temer a la discrecionalidad si hay un control *ex post*, de resultados, tal y como propuso y practicó los últimos años del siglo pasado el profesor Steven Kelman al frente de la Oficina Federal de Compras, en el período de “reinención del Gobierno” impulsado por el vicepresidente Al Gore, un momento histórico en el que Estados Unidos logró un presupuesto equilibrado, un dato vinculado a la eficiencia en las adquisiciones públicas²⁹.

La corrupción es una patología delictiva y un problema global, pero en la gestión pública existen otras muchas malas prácticas dañinas del interés general. La desidia, por ejemplo, o la colusión entre contratistas, que eleva artificialmente los precios y perjudica el interés público de forma grave³⁰.

Hace sesenta años el profesor Ramón Parada, fallecido en marzo de 2024, criticaba los errores de la Ley de contratos del Estado. La lectura de sus agudas observaciones, en torno a un texto central del derecho administrativo de su tiempo, nos demuestran lo poco que hemos avanzado, también en este ámbito de prevención de la corrupción en las adquisiciones públicas. Aun no tenemos balas de plata, pero las necesitamos porque sin ellas el edificio del Estado entrará en fase de ruina, la misma que amenazan algunas zonas del cuartel de la Guardia Civil de Salamanca³¹.

²⁹ Kelman, S., *Procurement and Public Management. The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*, 1999.

³⁰ Jones, A.; Konavic, V. y Anderson, R., *Combating Corruption and Collusion in Public Procurement: A Challenge for Governments Worldwide*, Oxford University Press, 2024.

³¹ Parada Vázquez, J. R., “La reforma de la Ley de Contratos del Estado”, *Revista de Administración Pública*, n. 47, 1965.

7 BIBLIOGRAFÍA

- Adam, I. y Fazekas, M., “Are emerging technologies helping win the fight against corruption? A review of the state of evidence”, *Information Economics and Policy*, December 2021.
- Aymerich Cano, C., “Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas directivas europeas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 2015
- Ballesteros Fernández, G., “Riesgos de corrupción en contratos públicos. Cómo prevenir malas prácticas”, *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, n. 5, 2017.
- Capdeferro Villagrasa, Ó., “Los organismos anticorrupción y el ejercicio de la potestad sancionadora. Límites y propuestas para la prevención de la corrupción, en particular el caso de la oficina antifraude de Cataluña”, *Revista Catalana de Derecho público*, n. 53, 2016.
- Capdeferro Villagrasa, Ó., “Nudging e inteligencia artificial contra la corrupción en el sector público: posibilidades y riesgos”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 28, 2022.
- Coglianesi, C., “Procurement and Artificial Intelligence”, *University of Pennsylvania Law School*, 2022.
- Fernández Ajenjo, J. A., *El control de las administraciones pública y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y la Intervención General del Estado*, Civitas, 2011.
- Fernández Ajenjo, J. A., *Instituciones de investigación administrativa y auditoria forense para la prevención del fraude y la corrupción en las administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- Fernández Ríos, L., *Psicología de la corrupción y los corruptos*, 1999.
- Gallego, J.; Rivero, G.; y Martínez, J., “Preventing rather than punishing: An early warning model of malfeasance in public procurement”, *International Journal of Forecasting*, 2021.
- Gallego, J., “¿Cómo puede la inteligencia artificial ayudar en la lucha contra la corrupción?”, Banco de Desarrollo de América Latina y El Caribe, 2021.
- García Sánchez, B., *La corrupción en España: su persecución penal en la última década*, Iustel, Madrid, 2024.
- Gimeno Feliu, J. M., “La Ley de contratos del sector público, ¿una herramienta eficaz para la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *REDA*, n. 147, 2010.
- Gimeno Feliu, J. M. y Villoria Mendieta, M. (Eds.), *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, 2018.
- González Hernández, M. J., *El universo conservador de Antonio Maura*, Biblioteca Nueva, 1996.
- Jiménez Rius, P., *El control de los fondos públicos: propuestas de mejora*, Civitas, 2007.

Regap



ESTUDIOS

- JONES, A.; KONAVIC, V.; y ANDERSON, R., *Combatting Corruption and Collusion in Public Procurement: A Challenge for Governments Worldwide*, Oxford University Press, 2024.
- KELMAN, S., *Procurement and Public Management. The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*, 1999.
- MEDINA ARNÁIZ, T., “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 104, 2016.
- KÖBIS, N.; STARKE, C. y RAHWAN, I., “The promise and perils of using artificial intelligence to fight corruption”, *Nature Machine Intelligence*, 2022.
- LÓPEZ ITURRIAGA, F., “Podríamos evitar la corrupción en los contratos públicos con inteligencia artificial”, *The Conversation*, julio 2023.
- MEDINA ARNAIZ, T., “La corrupción en la contratación pública: un burdo fraude al interés general”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, n. 135, 2016.
- MOJICA MUÑOZ, Kevin Steven, “Inteligencia artificial para detectar la corrupción en la Administración pública municipal de Colombia”, 2022.
- NIETO GARCÍA, A., *Corrupción en la España democrática*, Ariel, 1997.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1964.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R., “La nueva ley de contratos del Estado”, *Revista de Administración Pública*, n. 47, 1965.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (Coords.), *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, La Ley, Madrid, 2023.
- RIVERO ORTEGA, R., “instituciones administrativas y prevención de la corrupción”, en *La corrupción. Aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000.
- RIVERO ORTEGA, R., “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y Americana”, en Salamanca, 2002.
- RIVERO ORTEGA, R., “El precio de los contratos públicos”, en *Grandes temas de contratación pública*, Hamurabi, 2011.
- RIVERO ORTEGA, R., “La elección de las personas, clave para el buen gobierno local en Iberoamérica”, *Revista Iberoamericana de Gobierno Local*, Junio 2022.
- RIVERO ORTEGA, R., *Derecho e inteligencia artificial. Cuatro estudios*, Olejnik, 2023.
- Rodríguez García, Nicolás, *El decomiso de activos ilícitos*, Aranzadi, 2017.
- SUNSTEIN, C. y SHAROT, T., “Why People Fail to Notice Horrors Around Them”, *The New York Times*, 25 de febrero de 2024.
- VALERA ORTEGA, J., *Los amigos políticos: partidos, elecciones y caciquismo en la restauración (1875-1900)*, Marcial Pons, 2001.
- VILLORIA MENDIETA, M., *Combatir la corrupción*, Gedisa, 2019.
- WENCES, I.; DE LA NUEZ, P. y SEOANE, J. (Coords.), *La idea de corrupción en los siglos XVIII y XIX*, Marcial Pons, 2022.

Regap

Comentarios y crónicas

2



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_enero-junio 2024 | pp. 293-310
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v67i1.5137>
© José Manuel González Dona
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 15/11/2023 | Aceptado: 03/12/2024

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

O imposto compensatorio ambiental mineiro como tributo propio de Galicia: exame conforme o ordenamento xurídico da Unión Europea

El impuesto compensatorio ambiental minero como tributo propio de Galicia: examen conforme al ordenamiento jurídico de la Unión Europea

The mining environmental compensatory tax as a Galician specific tribute: examination in accordance with the legal system of the European Union

67 Regap

Regap



COMENTARIOS

JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ DONA
Doctorando en Derecho de la USC

josemanuel.gonzalez.dona@rai.usc.es

Resumo: As facultades normativas das rexións pertencentes aos Estados membros atópanse limitadas polas disposicións comunitarias. Por este motivo, mediante este artigo realízase un estudo conforme as disposicións do dereito da Unión Europea dun tributo propio do sistema fiscal galego con finalidade de protección á natureza como é o imposto compensatorio ambiental mineiro. Con este fin, efectúase nun primeiro momento unha exposición dos diferentes elementos do tributo, tanto de carácter obxectivo como subxectivo para, posteriormente, levar a cabo unha análise deste consonte o dereito europeo da competencia e as diferentes liberdades de circulación interior proclamadas polos tratados.

Resumen: Las facultades normativas de las regiones pertenecientes a los Estados miembros se encuentran limitadas por las disposiciones comunitarias. Por este motivo, mediante este artículo se realiza un estudio conforme a las disposiciones del derecho de la Unión Europea de un tributo propio del sistema fiscal gallego con finalidad de protección a la naturaleza como es el impuesto compensatorio ambiental

minero. Con este fin, se efectúa en un primer momento una exposición de los diferentes elementos del tributo, tanto de carácter objetivo como subjetivo para, posteriormente, llevar a cabo un análisis del mismo con arreglo al derecho europeo de la competencia y a las diferentes libertades de circulación interior proclamadas por los tratados.

Palabras clave: protección medioambiental, tributo propio, libre mercado, ayuda de Estado, libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento.

Abstract: The regulatory powers of the regions belonging to the Member States are limited by Community provisions. That is why this article carries out a study in accordance with the provisions of European Union Law of a tax of the Galician tax system with the purpose of protecting nature, such as the Mining Environmental Compensatory Tax. To this end, the various elements of the tax, both objective and subjective, are first set out and then an analysis of the tax is carried out in accordance with European competition law and the various freedoms of internal movement proclaimed by the Treaties.

Keywords: environmental protection, own taxation, free market, state aid, free movement of goods, freedom of establishment.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Examen general del impuesto compensatorio ambiental minero. 3. Examen de la norma a la luz del derecho europeo de la competencia. 4. Examen de la norma a la luz de las libertades de circulación comunitarias. 4.1 Libre circulación de mercancías. 4.2 Libertad de establecimiento. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía empleada.

1. Introducción

Mediante esta segunda parte del presente trabajo se va a proceder a llevar a cabo un análisis de la normativa fiscal dictada por la Comunidad Autónoma de Galicia al regular un tributo propio a la luz del derecho de la Unión Europea.

La figura impositiva elegida a tal fin es un tributo considerado como ambiental, que es el impuesto compensatorio ambiental minero (ICAM), el cual se halla regulado en los arts. 9 a 25 de la Ley autonómica 12/2014, de 22 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas¹, preceptos que integran el capítulo III del título I de este instrumento normativo.

El presente análisis va a ser dividido en tres partes: la primera de ellas tiene por objeto realizar una sucinta exposición de los rasgos esenciales y la normativa dictada sobre el tributo, en donde se destacará la disposición que se considera controvertida; en un segundo momento, se analizará esta disposición de acuerdo con el derecho de la Unión Europea en lo concerniente a la posible vulneración del derecho comunitario de la competencia. Finalmente, se realizará un examen de la normativa que se considera controvertida teniendo en cuenta las libertades de circulación proclamadas por el derecho de la Unión Europea, en particular la libre circulación de mercancías y la libertad de establecimiento.

¹ DOG núm. 249, de 30 de diciembre de 2014. BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2015.

2 Examen general del impuesto compensatorio ambiental minero

Ya desde el siglo pasado, y de manera más acuciante durante el desarrollo de los momentos actuales, la población mundial se encuentra enfrentada a diversos retos que amenazan la estabilidad del planeta, como son la producción alimentaria, la gestión correcta del agua, la lucha contra el cambio climático, la reducción de la dependencia de nuestros recursos energéticos de las fuentes de energías fósiles y el mantenimiento de nuestra biodiversidad, paisaje y cultura evitando el despoblamiento rural².

En aras a poder llevar a cabo estas funciones, el derecho fiscal contribuye mediante la creación e imposición a los contribuyentes de tributos ambientales, que pretenden mermar los efectos adversos que la actuación humana lleva a cabo sobre el medio y los recursos naturales, tal y como es el caso del impuesto compensatorio ambiental minero.

Para poder tomar conciencia sobre la necesidad de la creación del ICAM en nuestra comunidad autónoma, se debe tener en cuenta que la situación ambiental de Galicia, si bien no se encuentra tan atacada como la de otros lugares del planeta, dista también mucho de ser positiva puesto que al grave deterioro paisajístico que está sufriendo el territorio en los últimos decenios por la acción humana se suma la acentuación de problemas ambientales comunes al mundo desarrollado, con la creciente contaminación del aire, aguas, flora, fauna y tierra, motivo por el cual con este tipo de tributos se incide para intentar corregir este detrimento del medio natural³.

Por lo que a sus caracteres se refiere, conforme determina el art. 9.1 de la Ley 12/2014, de 22 de diciembre, consiste el ICAM en un impuesto propio de la comunidad autónoma, directo, real, objetivo y orientado a una finalidad extrafiscal.

Sobre esta finalidad que va más allá de la mera recaudación de ingresos públicos debe notarse lo previsto en el apartado 3 del mismo precepto normativo, que señala que el tributo constituye un instrumento fiscal de carácter medioambiental, compatible con las obligaciones de recuperación ambiental de los terrenos afectados por el desarrollo de las labores mineras. En línea con esto, el art. 10 establece que los ingresos derivados de la recaudación de esta figura, una vez hayan sido deducidos los costes de gestión irrogados, se destinarán en su totalidad a actuaciones de compensación y reequilibrio ambiental y territorial, paisajísticas y de desarrollo tecnológico minero. Tal misión se efectuará mediante el Fondo Minero Ambiental y Paisajístico, que se crea por la ley, regulado en los arts. 23 a 25 de la misma⁴.

² Cfr. PÉREZ, D., "Hacia un sector agrario sostenible", en *Ambienta: La revista del Ministerio de Medio Ambiente*, núm. 66, 2007, p. 86.

³ Cfr. GAGO RODRÍGUEZ, A. y LABANDEIRA VILLOT, X., "La imposición ambiental gallega", en *Revista Galega de Economía*, volumen 11, número 2, 2002, pp. 1-2.

⁴ Sobre este Fondo es interesante destacar, de modo sucinto, que se financia con los ingresos obtenidos del ICAM, deducidos los costes de gestión, sin perjuicio de otros recursos que a él se le puedan integrar. Entre los destinos concretos de los fondos recaudados por el tributo se encuentran las actuaciones orientadas a la recuperación del medio natural y del paisaje y la mejora de las condiciones socioeconómicas y del desarrollo sostenible; la promoción de la investigación, desarrollo e innovación de las técnicas mineras y de sus propiedades, aplicaciones y mejoras de los productos mineros producidos en Galicia; y el refuerzo y dotación de medios de seguridad, control y vigilancia de las explotaciones e instalaciones gravadas por el tributo.

Una vez examinados estos primeros rasgos y el fundamento del tributo, procede a continuación analizar los distintos ámbitos de aplicación de la figura impositiva, tanto objetivos como subjetivos. Dentro de los primeros serán examinados los ámbitos material, temporal y espacial del ICAM, mientras que en los segundos se estudiarán quiénes son determinados *ex lege* como obligados tributarios.

Comenzando, pues, con el ámbito de aplicación material, se debe señalar que, conforme al art. 12, constituye el hecho imponible la alteración de la superficie o suelo como consecuencia de la extracción de las concesiones de explotación en los términos de la ley de minas referidas a minerales metálicos industriales y metales preciosos. Estas actividades las presume realizadas el apartado 2 del precepto durante la vigencia temporal de la concesión, aunque la misma se encuentre en suspensión temporal.

Por su parte, también constituye hecho imponible el depósito o almacenamiento en vertederos públicos o privados sitios en la Comunidad Autónoma de Galicia de residuos mineros procedentes de la extracción o derivados del proceso de beneficio de los minerales metálicos industriales y metales preciosos. Al igual que en el supuesto anterior, estas actividades se presumen, por el apartado 2 del precepto, realizadas mientras no sea clausurado el depósito o almacén de residuos, aun cuando la actividad hubiese cesado.

En otro orden de ideas, prevé el art. 14 del instrumento normativo una serie de supuestos de no sujeción al tributo, como es el caso de la alteración de superficie o suelo por la extracción y el depósito o almacenamiento de residuos vinculados a la extracción de, entre otros, minerales no metálicos como los orgánicos naturales e hidrocarburos líquidos y gaseosos; minerales para la agricultura y fertilizantes, para la industria química y para la elaboración de pigmentos y pinturas; minerales para la industria del vidrio y cerámica; arcillas especiales; aguas minerales, termales, de manantial y de establecimientos balnearios; extracción de granito, pizarra y piedras ornamentales; extracción y depósito de recursos geotérmicos y formaciones geológicas superficiales o subterráneas; al igual que la extracción y depósito de recursos minerales de escasa importancia siempre que sea llevado a cabo por el propietario de un terreno para su uso exclusivo y no exija la aplicación de técnicas mineras.

Por su parte, en cuanto al ámbito de aplicación temporal, se debe señalar *prima facie* que la norma jurídica ha entrado en vigor el 1 de enero de 2015, conforme a su disposición final quinta, señalando el apartado 2 de tal disposición que el ICAM se exigirá respecto de las alteraciones de superficie y suelo y a los depósitos o almacenamientos que tengan lugar o se constituyan desde el momento de la entrada en vigor de la ley, a cuyos efectos los sujetos pasivos deberán declarar la superficie total afectada por las explotaciones o instalaciones y el peso o volumen de los residuos almacenados.

El art. 13 del instrumento normativo, por su parte, prevé que el periodo impositivo coincidirá con el año natural. El devengo del impuesto se producirá el 31 de diciembre de cada año, salvo en el último año de actividad, que se producirá cuando cese la labor minera en el caso de que el hecho gravado sea la extracción o cuando la autoridad competente clausure el almacén o depósito de residuos cuando el hecho

imponible sea tal depósito o almacenamiento. En el último año el periodo impositivo se entiende comprendido entre el primer día del año natural y la fecha de devengo.

Por lo que al ámbito de aplicación espacial respecta, con arreglo al art. 9.2 de la ley, el tributo es aplicable en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia, al tratarse de una figura impositiva propia de la comunidad autónoma, respetando en este punto lo anteriormente examinado del art. 157.2 de la norma constitucional referente a que las autonomías no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes ubicados fuera de su territorio.

Centrándonos a continuación en el ámbito de aplicación subjetivo del ICAM, señala el art. 15.1 de la Ley 12/2014 que son sujetos pasivos en calidad de contribuyentes las personas físicas, jurídicas o entes del art. 35.4 LGT que realicen bajo cualquier título las actividades constitutivas del hecho imponible del tributo, aunque no sean titulares de las concesiones mineras. Se presume *iuris tantum* que estas actividades son realizadas por la persona o entidad que figure como titular de la concesión o autorización administrativa del depósito o almacén.

Por su parte, el apartado 2 del precepto señala que también son sujetos pasivos los que realicen estas actividades alterando superficies o depositando o almacenando residuos aunque carezcan de autorización administrativa, en cuyo caso se exige el impuesto independientemente de la incoación del procedimiento sancionador.

Finalmente, el apartado 3 señala como responsables solidarios a las personas físicas, jurídicas o entes del art. 35.4 LGT que sean titulares de las concesiones mineras otorgadas para los recursos mineros cuando no coincidan con los que realicen las actividades constitutivas del hecho imponible, los titulares de autorización para depósito o almacén de los residuos cuando no coincidan con los que realicen las actividades constitutivas del hecho imponible, los titulares de instalaciones o terrenos en que se almacenen los residuos cuando no coincidan con los que realicen las actividades descritas en el hecho imponible y los que transporten los residuos mineros cuando no sea posible identificar la procedencia de los residuos.

Entrando a examinar los parámetros legales existentes para la cuantificación de la deuda tributaria, tenemos que estudiar en primer lugar la formación de la base imponible. Al efecto, el art. 16 de la ley señala que la base, en régimen de estimación directa⁵, se constituye por:

- a) En la alteración de superficie o suelo por extracción: por la superficie total afectada por las explotaciones e instalaciones, expresada en unidades de superficie (que serán las hectáreas o fracciones de superficie alteradas y no restauradas en la fecha de devengo).

⁵ Método que prevé el apartado 2 del precepto como sistema para determinar la base imponible del ICAM como regla general. Ello no excluye, no obstante, que el contribuyente pueda determinar la base imponible mediante estimación objetiva, aplicando métodos e indicadores objetivos vinculados a la actividad o por referencia a índices, módulos u otros parámetros. Ahora bien, si ello lo hace así el sujeto pasivo, el método empleado tendrá que ser aplicado a todo el período impositivo.

- b) En el almacenamiento de residuos, por las toneladas depositadas o almacenadas de residuos sólidos y/o por los metros cúbicos de volumen depositados o almacenados de residuos no sólidos a lo largo del periodo impositivo.

Por su parte, el art. 17 del instrumento normativo señala que la cuota tributaria será, en el caso de la alteración de la superficie o del suelo como consecuencia de la extracción, de 12.500 euros por hectárea o fracción de superficie alterada no restaurada.

Para el caso del almacenamiento de residuos, se prevén cuotas diferentes que, con el ánimo de llevar a cabo un estudio de manera más simplificada, se detallan en la siguiente tabla:

Hecho gravado	Cuota
Por cada tonelada o metro cúbico de residuo peligroso depositado o almacenado	0,125 euros
Por cada tonelada o metro cúbico de residuo no peligroso no inerte depositado o almacenado	0,0125 euros
Por cada tonelada o metro cúbico de residuo no peligroso inerte depositado o almacenado	0,00625 euros
A los residuos generados en el proceso de beneficio del mineral	Se les aplica un coeficiente de incremento del 1,2
A los residuos procedentes de fuera de Galicia	Se les aplica un coeficiente de incremento del 1,5

Fuente: elaboración propia. Datos obtenidos del art. 17.1, epígrafe b), de la Ley 12/2014.

Resulta interesante apreciar cómo establece la norma un coeficiente de incremento superior en la cuantificación de la deuda para el caso de que los residuos procedan de fuera de Galicia, medida que podría afectar, a mi juicio, a la libre competencia dentro del mercado interior tutelada por el derecho de la Unión Europea y a diversas libertades de circulación proclamadas por los tratados. Será precisamente sobre este incremento respecto al resto de situaciones sobre el que centraremos el análisis posterior de los siguientes epígrafes.

No obstante, antes de proceder a ello, considero que resulta interesante destacar que para la aplicación del tributo son competentes los órganos o unidades administrativas de la Administración Tributaria de la Consellería de Hacienda de la Comunidad Autónoma, que cooperarán con los órganos administrativos competentes en las materias de minas, medio ambiente e industria, según detalla el art. 18. En otro orden de ideas, en lo referente a las obligaciones formales del ICAM, con arreglo al art. 19 de la Ley 12/2014, los sujetos pasivos se encuentran obligados a presentar en la forma y tiempo determinados reglamentariamente una declaración inicial de su actividad y autoliquidación del tributo por cada una de las concesiones e instalaciones que exploten, determinando en ella la deuda tributaria y procediendo a ingresar su importe.

3 Examen de la norma a la luz del derecho europeo de la competencia

Una vez realizada una sucinta exposición general del impuesto compensatorio ambiental minero, resulta pertinente entrar a valorar de lleno la posible contradicción manifestada en el apartado anterior del art. 17.1, epígrafe b), de la Ley 12/2014, de 22 de diciembre, con el derecho de la Unión Europea en lo que respecta a la tutela de la libre competencia dentro del mercado interior.

Con el presente análisis, de enfoque crítico, se pretende valorar si este incremento del coeficiente aplicable para determinar la deuda tributaria por el almacenamiento de residuos mineros procedentes de fuera de Galicia puede contradecir las normas europeas sobre ejercicio de la libre competencia o si, por el contrario, pueden llegar a resultar lícito conforme a estas disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario.

Para ello debemos recordar con carácter previo que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si bien la fiscalidad directa (tal y como es la materia a tratar, al haber señalado anteriormente que el ICAM es un impuesto directo *ex art. 9.1 de la ley*) es competencia de los Estados miembros (y, atendiendo a la autonomía regional y a la libertad de organización interna prevista por el derecho originario), todos estos entes habrán de ejercerla respetando el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Pueden apreciarse, a tal efecto, las recientes Sentencias del juzgador luxemburgués de 7 de septiembre de 2022, *Cilevics*, asunto C-391/20⁶, o de 11 de mayo de 2023, *Manitou*, asuntos acumulados C-407/22 y C-408/22⁷.

Adicionalmente, recurriendo a jurisprudencia interna española, debemos recordar en este punto que, según ha manifestado la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/1991, de 14 de febrero⁸, a partir de la fecha de adhesión, España y sus entes administrativos se encuentran vinculados al respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas, tanto en lo que respecta al derecho originario como en lo referente al derecho derivado, lo cual implica también velar por el cumplimiento de las disposiciones que dicten las Instituciones de esta organización internacional en lo que al ámbito fiscal se refiere.

En el seno de la Unión Europea se han dictado una serie de normas referentes a las ayudas que son otorgadas por las Administraciones públicas de los Estados miembros a los particulares, en desarrollo de su competencia para regular el mercado interior, ya que la incidencia de tales ayudas públicas puede resultar incompatible con el correcto desarrollo del mismo al afectar a la libre competencia. *De facto*, tal control de las ayudas estatales es considerado por la doctrina como una de las vertientes fundamentales de la política europea de defensa de la libre competencia⁹. Tenemos que tener en cuenta, además, que el derecho comunitario parte de un modelo basado

⁶ Identificador ECLI:EU:C:2022:638.

⁷ Identificador ECLI:EU:C:2023:392.

⁸ BOE núm. 64, de 15 de marzo de 1991.

⁹ *Cfr.* CRUCELEGUI GÁRATE, J.L., "El control de las ayudas públicas en la Unión Europea", en *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, núm. 61, 2006, pp. 136-137.

en la economía de mercado, que se asienta sobre el principio de la libertad de concurrencia de oferentes con la finalidad de alcanzar la óptima localización de los recursos económicos, de tal forma que los factores de producción se ubiquen en el lugar en que reporten el máximo beneficio¹⁰.

En este punto, se debe recordar que las ayudas públicas (si bien no todas) dadas por las administraciones, tanto del Estado como de los entes subestatales, se integran en la denominada actividad administrativa de fomento, concebida en la doctrina como todas aquellas actividades o medidas de los poderes públicos que tienen por finalidad estimular, promover, incentivar o sostener determinadas actividades o iniciativas privadas, por entender que en ello concurre un interés público¹¹.

Por lo que a las normas europeas sobre ayudas otorgadas por los Estados respecta, se debe acudir especialmente a lo previsto en el art. 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El primer apartado de este precepto señala que, salvo que los tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante sus fondos¹², bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha llevado a cabo una labor interpretativa de este precepto en diversas ocasiones (más allá de lo ya examinado), señalando que las medidas tributarias pueden ser consideradas susceptibles de generar una ayuda, aunque no impliquen necesariamente un trasvase directo de fondos estatales. Al efecto, pueden consultarse resoluciones tales como la Sentencia de 19 de septiembre de 2018, *A-Brauerei*, asunto C-374/17¹³; o la de 13 de mayo de 2020, *Volotea/Comisión*, asunto T-607/17¹⁴.

Pues bien, teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta ahora, parece que el coeficiente superior establecido para el almacenamiento de residuos procedentes de fuera de Galicia puede hallarse conculcando lo dispuesto en el art. 107.1 TFUE, dado que, si bien es cierto que también resulta aplicable el incremento a residuos procedentes de otros lugares de España, la medida fiscal también está afectando a los intercambios comerciales entre Estados miembros (piénsese especialmente en la República de Portugal, en donde se pueden encontrar yacimientos mineros limítrofes o de relativa proximidad con las provincias de Orense y Pontevedra, y puede afectar al depósito en lugares de almacenamiento de nuestra comunidad autónoma derivada

¹⁰ Cfr. DEL BLANCO GARCÍA, A.J., *El Derecho de la Unión Europea como límite al sistema de financiación de las Comunidades Autónomas*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2014, p. 39.

¹¹ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte general*, 14ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 2018, p. 816.

¹² Resulta interesante tener en cuenta que hasta la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 1993, *Sloman Neptum*, asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, se tomaban en consideración de manera alternativa las ayudas concedidas por el Estado o por medio de sus recursos, mas a partir de esa fecha el factor fundamental que determina si hay elementos de ayuda es el origen público del recurso atribuido. Además, el juzgador europeo ha determinado en resoluciones tales como la Sentencia de 30 de enero de 1985, *Comisión/Francia*, asunto C-290/83, que el órgano concedente puede ser una Administración pública o entes públicos o privados que gestionen fondos públicos.

¹³ Identificador ECLI:EU:C:2018:741.

¹⁴ Identificador ECLI:EU:T:2020:180.

de este incremento en la determinación de la cuota tributaria, bien porque la misma empresa explotadora de los recursos mineros no está dispuesta a pagar el incremento para depositar en Galicia los residuos¹⁵ o bien porque la empresa gallega dedicada al almacenaje de los recursos repele contratar la gestión de estos residuos con empresas de otros Estados miembros para no tener que sufragar una mayor carga fiscal derivada de esta norma autonómica).

Esta medida de ayuda pública derivada de un mayor incremento de la deuda fiscal y una menor carga tributaria para los residuos generados en Galicia parece además falsear la competencia al favorecer la gestión de estos recursos con yacimientos mineros asentados en la comunidad autónoma, conculcándose, por tanto, el art. 107.1 TFUE también en este aspecto.

Por su parte, si examinamos los apartados 2 y 3 del art. 107 del Tratado de Funcionamiento, observamos que no nos hallamos ante ningún tipo de ayudas que resulten compatibles con el mercado interior y, consecuentemente, lícitas desde esta perspectiva del derecho comunitario, puesto que ni se trata de una ayuda de carácter social concedida a consumidores individuales, ni se trata de una ayuda destinada a reparar los perjuicios causados por desastres naturales u otros acontecimientos de carácter excepcional, ni son ayudas para favorecer el desarrollo económico de las regiones ni a promover el desarrollo de ciertas actividades económicas, ni para promover la cultura y conservación del patrimonio.

No obstante todo esto, antes de realizar una conclusión precipitada sobre la compatibilidad o no de la medida fiscal analizada con el derecho europeo de la competencia tenemos que señalar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (pudiéndose destacar, entre otras, la Sentencia de 7 de noviembre de 2014, *Autogrill España/Comisión*, asunto T-219/10¹⁶) determina que los requisitos que han de darse para que la ayuda sea considerada como incompatible con el derecho de la competencia europeo son la financiación de tal medida por el Estado o mediante recursos estatales, la existencia de una ventaja para una empresa, la selectividad de dicha medida y la repercusión de la misma sobre dos cosas como son los intercambios comerciales entre Estados miembros y la distorsión de la competencia resultante de ella.

De todos ellos interesa en este punto destacar el requisito de selectividad de la medida (esto es, el favorecimiento a determinadas empresas o producciones a la que se refiere el art. 107.1 TFUE), pues los restantes ya hemos podido apreciar, en líneas generales, que se podrían desarrollar en el presente caso, haciendo la medida fiscal incompatible con el derecho de la Unión Europea.

Por lo que al presupuesto de la selectividad de la medida para hacerla incompatible con el ordenamiento jurídico comunitario respecta, se tiene que hacer alusión de forma obligatoria a la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde su Sentencia de 6 de septiembre de 2006, *Portugal/Comisión*, asunto

¹⁵ Aunque ello, como veremos, tendrá una relación más estrecha con la posible vulneración de las libertades de circulación.

¹⁶ Identificador ECLI:EU:T:2014:939.

C-88/03¹⁷, que sienta la denominada (mismo ya celeberrima) “*doctrina Azores*”, dado que sus pronunciamientos versaban sobre beneficios fiscales del régimen fiscal especial del archipiélago de las Azores.

En esta resolución, el TJUE determinó diferentes escenarios que podrían existir en la organización política y jurídica de los Estados miembros para apreciar la compatibilidad de la medida fiscal, al igual que señaló que la clave del asunto se encuentra en el efectivo grado de autonomía de que gocen los entes infraestatales en cuestión. Así, si la medida fiscal más favorable ha sido insertada en cualquier modo por el Estado, estamos ante un caso de medida selectiva contraria al derecho de la Unión, mas, si la medida escapa de la competencia estatal en su adopción y consecuencias, no podrá considerarse selectiva.

De esta manera, el órgano jurisdiccional europeo señala que la medida no será selectiva si es adoptada por una entidad infraestatal que cuente con un estatuto jurídico y fáctico que la haga lo suficientemente autónoma (institucional¹⁸, económica y procedimentalmente) del Gobierno central en la determinación del régimen jurídico aplicable a las empresas. Si ello se cumple, entonces el ámbito territorial en el que debe medirse la selectividad de la norma no será el territorio nacional, sino el territorio del ente infraestatal (en este caso, la autonomía gallega).

Atendiendo a la autonomía institucional, Galicia, está dotada por su Estatuto de autonomía de independencia política y administrativa respecto al Gobierno estatal y, estando facultada tanto por la disposición adicional primera de ese Estatuto, ya examinada, como por la Constitución y la LOFCA a establecer la normativa fiscal analizada, como tributo propio que es y fuente, consecuentemente, de su financiación.

En lo referente a la autonomía económica, las consecuencias del establecimiento de la cuota superior fijada por el art. 17.1, epígrafe b), de la Ley 12/2014, de 22 de diciembre, no recaen sobre el Gobierno central español al tratarse de un tributo propio de la comunidad autónoma, sino que, como ya hemos podido apreciar al estudiar en líneas generales de la figura impositiva, se destinan al Fondo Minero Ambiental y Paisajístico, una vez deducidos los costes de gestión y recaudación sufragados por la Consellería de Hacienda de la autonomía.

Por su parte, en lo referente al requisito de ostentar la región autonomía procedimental, ello se manifiesta al ser adoptada la norma fiscal mediante una ley autonómica por tener competencia para ello, cedida en base a la norma constitucional y al Estatuto de autonomía, que faculta al poder legislativo gallego al dictado de tales disposiciones jurídicas, al igual que al Ejecutivo autonómico a desarrollar por normas reglamentarias los preceptos legales expuestos.

En consecuencia, los requisitos establecidos por la doctrina Azores para superar el triple test de autonomía parecen manifestarse en el caso gallego, encontrándonos en España en el tercer escenario previsto en la Sentencia *Portugal/Comisión*, motivo

¹⁷ Identificador ECLI:EU:C:2006:511.

¹⁸ Según ha señalado con respecto a esta cuestión GARCÍA NOVOA, la autonomía no tiene por qué ser la propia de un Estado federal, sino que basta cualquier autonomía institucional que permita definir normativa tributaria propia. *Cfr.* GARCÍA NOVOA, C., “La Sentencia del caso Azores y su influencia en el poder normativo de las Comunidades Autónomas en España”, en *Derecho*, *Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, volumen 15, número 1, 2006, pp. 232-233.

por el que escapa del ámbito de regulación del Estado miembro y por lo que no puede ser considerada como selectiva ni, por tanto, contraria al derecho de la Unión Europea encargado de tutelar la libre competencia en el mercado interior al faltar ese requisito establecido.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la medida no puede ser selectiva para el territorio autonómico, aplicándose por igual a todos los operadores establecidos en la región. Tal es el caso de la cuota examinada, que solo discrimina si vienen los residuos mineros de fuera de la Comunidad, se pongan donde se pongan, mientras que la medida de cuota más favorable es para todas las minerías de Galicia, no solo para las de una región o área concreta de la autonomía.

En conclusión, aplicando la jurisprudencia vista, si bien en un primer momento puede parecer que el incremento estimado para el almacenaje de residuos previsto en la regulación del ICAM resulta contrario al derecho de la Unión Europea, en realidad no lo es al no tratarse de una medida selectiva. Sea como fuere, en verdad también nos hallaríamos ante una medida irrisoria en términos económicos, puesto que la desviación no deja de ser de 0,3 respecto a la cuota aplicable a los operadores que traigan los residuos derivados de la actividad minera del territorio de la comunidad autónoma gallega.

Regap



COMENTARIOS

4 Examen de la norma a la luz de las libertades de circulación comunitarias

Una vez que ha sido examinada la plausible compatibilidad de este incremento fijado por el art. 17.1, epígrafe b), de la Ley 12/2014, de 22 de diciembre, con el derecho de la Unión Europea en lo referente a las ayudas públicas que pueden perturbar la libre competencia y, consecuentemente, también el correcto funcionamiento del mercado interior, procede a continuación examinar si este incremento se encuentra conculcando o no algunas de las libertades proclamadas y desarrolladas por el ordenamiento jurídico comunitario.

El análisis en este punto se va a centrar en dos de esas libertades que podrían verse, en un primer momento, afectadas. Esas libertades son, por una parte, la de circulación de mercancías y, por otra parte, la de establecimiento.

4.1 Libre circulación de mercancías

Por lo que a la libertad de circulación de mercancías se refiere, tan intrínsecamente vinculada con el mercado interior como hemos examinado en las cuestiones preliminares planteadas, y aún a pesar de la ya referida gran dificultad que tienen las comunidades autónomas de establecer fronteras fiscales interiores, podríamos hallarnos en este supuesto, según el punto de vista de algún interesado en la supresión del coeficiente de incremento establecido, con una norma fiscal regional que la vulnera, al hacer menos atractiva la idea de desplazar los residuos derivados de la actividad minera a depósitos o almacenes ubicados en la autonomía gallega.

Si tomamos en este punto de nuevo en consideración las tres grandes figuras con las que se puede conculcar, desde la perspectiva del derecho fiscal, esta libertad de circulación, tenemos que destacar los siguientes aspectos:

- 1) Con respecto a si nos encontramos con una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana proscrita por el Tratado de Funcionamiento, la respuesta debe ser negativa, dado que no se cumple en este caso la definición dada reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Al efecto, recordando el concepto expuesto en su momento en las cuestiones preliminares planteadas, si bien es cierto que nos encontramos con una carga pecuniaria, unilateralmente impuesta por la comunidad autónoma, bajo el carácter de un tributo con finalidad extrafiscal, que se recauda en beneficio del fondo autonómico creado *ex novo* por la ley, también es cierto que el coeficiente de incremento del 1,5 se prevé por el depósito o almacenaje de los residuos en el territorio de la comunidad autónoma y no por el mero pase por los límites territoriales de su ámbito de aplicación (esto es, podría darse la situación de que el material fuese transportado entrando y saliendo de Galicia en dirección a otra provincia limítrofe, a Portugal o para ser cargado en un buque mercante o aeronave, sin ser por ello gravado por el ICAM, ya que el hecho imponible de esta figura tributaria es el almacenaje y depósito).
- 2) Con respecto a si nos hallamos ante un tributo interno discriminatorio, si atendemos a la dicción del art. 110 TFUE, podemos observar que en el presente caso no nos encontramos con el hecho de que el coeficiente sea superior al que se aplicaría a otro español (puesto que el residuo puede proceder de otra comunidad autónoma, *verbi gratia*, Castilla y León, y ser gravado con el mismo coeficiente que si procede de otro Estado miembro). Además, si atendemos al objeto de la operación gravada, podremos apreciar que los residuos generados por el proceso de extracción de la industria minera no pueden ser calificados como *producto* en los términos en que es definido por el Tratado, máxime en el sentido en que es definido por la jurisprudencia, ya que, el TJUE ha señalado que la similitud entre productos discriminados fiscalmente se da cuando presentan propiedades análogas y satisfacen las mismas necesidades de los consumidores¹⁹, lo que evidentemente no se puede apreciar cuando los residuos mineros, descritos en el art. 3.7, apartados c), d) y e), del Real decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras²⁰, sean destinados a consumidor alguno, puesto que nos encontramos con materiales sólidos, acuosos o en pasta que se generan tras la investigación y aprovechamiento de los recursos geológicos. No obstante, esta última fundamentación puede cambiar si tenemos en cuenta que ciertos residuos podrían llegar a ser

¹⁹ *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de marzo de 1986, *Comisión/Dinamarca*, asunto C-106/84 (identificador ECLI:EU:C:1986:99).

²⁰ BOE núm. 143, de 13 de junio de 2009.

aprovechados para la elaboración de ciertos productos (reguladores de acidez, elaboración de cal viva...).

Por todo ello, pues, la norma fiscal analizada no parece suponer tampoco, en términos generales, un supuesto de tributo interno discriminatorio que conculque la libertad de circulación de mercaderías.

- 3) Finalmente, respecto a si la norma establecida supone una medida de efecto equivalente a una restricción a la importación proscrita por el art. 34 TFUE, la respuesta ha de ser, de nuevo, negativa, puesto que, si bien la medida puede obstaculizar la traída de los residuos a la comunidad autónoma al establecerse un coeficiente de incremento superior que genera una mayor presión fiscal, también es cierto que no nos encontramos en verdad ante un supuesto en donde la norma fije unas condiciones más onerosas o dificultosas para que se produzca el almacenaje, como son las descritas en la jurisprudencia comunitaria anteriormente citada, que pueden consistir en la determinación de formas, dimensiones, continentes especiales, mayores dificultades de selección, mayor cantidad de controles, etc., que pueden redundar en el establecimiento de unas condiciones de comercialización más onerosas.

No se debe dejar sin señalar, además, que, aunque no sea en su raíz una restricción cuantitativa a la importación, para el caso de que pudiese argumentarse que sí se da en el incremento de la cuota tributaria establecida por la norma que nos encontramos analizando tal prohibición del art. 34 TFUE, el art. 36 del mismo instrumento normativo prevé que tal prohibición general no es obstáculo para una restricción a la importación justificada por razones de protección de salud y vida de las personas y animales y preservación de los vegetales. En este punto resulta interesante aludir a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, *Andibel*, asunto C-219/07²¹, que señala como medida basada en criterios objetivos y no discriminatorios, completamente proporcionada, el establecimiento de restricciones a la importación cuyo fin es la preservación del bienestar animal.

De esta manera, no parece existir, desde mi punto de vista, una vulneración de la libertad de circulación de mercaderías al establecerse este coeficiente de incremento superior.

4.2 Libertad de establecimiento

Mención aparte merece el análisis de la medida fiscal establecida por el art. 17.1, epígrafe b), de la Ley 12/2014, de 22 de diciembre, a la luz de las disposiciones que proclaman y garantizan la libertad de establecimiento de los nacionales comunitarios en el territorio de los distintos Estados miembros.

²¹ Identificador ECLI:EU:C:2008:353.

Con carácter previo se debe señalar que tal libertad se proclama en el art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, precepto que determina la prohibición de restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Tal prohibición se extiende a las restricciones que se puedan imponer relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales en el territorio de otro Estado miembro.

En todo caso, la libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y sociedades.

De esta manera, en función del sujeto activo de esta libertad, podemos discriminar entre la libertad de establecimiento de las personas físicas y la libertad de establecimiento de las personas jurídicas, pudiendo quedar conculcadas ambas clases por el precepto regulador del ICAM que nos hallamos analizando.

Así pues, en lo referente a la libertad de establecimiento de las personas físicas, si atendemos a la jurisprudencia del TJUE, podemos apreciar que en resoluciones tales como la Sentencia de 28 de enero de 1986, *Comisión/Francia*, C-270/83²², el juzgador ha señalado que son titulares de esta libertad proclamada, en líneas generales, los autónomos y trabajadores por cuenta propia, así como los empresarios emprendedores.

Por su parte, son titulares de la libertad de establecimiento de las personas jurídicas las empresas y sociedades, sean de derecho civil o mercantil (o mismo cooperativas o demás personas jurídicas de Derecho público o privado, exceptuándose las que no persigan un fin lucrativo, conforme al art. 54 TFUE), y con domicilio estatutario o administración central o centro de actividad principal en el interior de la Comunidad Europea. Estas entidades suelen ejercer, según manifiesta el TJUE, la libertad en cuestión mediante la creación de sucursales o filiales, tal y como se refleja en los términos del Tratado (puede consultarse, respecto a este punto, la reciente Sentencia de 21 de septiembre de 2023, *Romaqua Group SA*, asunto C-510/22²³).

Uno de los mandatos claros que da el precepto al proclamar la libertad de establecimiento, tanto de personas físicas como de personas jurídicas, tal y como ha detallado el juzgador europeo en copiosa jurisprudencia (pueden apreciarse la STJUE de 20 de septiembre de 2020, *Calí Apartments*, asunto C-724/18²⁴; o la Sentencia de 20 de abril de 2023, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, asunto C-348/22²⁵); es que, si bien las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento se proponen asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, se oponen, asimismo, a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad (esto es, la interdicción de establecimiento de restricciones fiscales de salida o *exit taxes*).

Si se realiza una interpretación sobre la jurisprudencia dada, se pueden apreciar, con respecto a este supuesto, una serie de cuestiones. En primer lugar, respecto al

²² Identificador ECLI:EU:C:1986:37.

²³ Identificador ECLI:EU:C:2023:694.

²⁴ Identificador ECLI:EU:C:2020:743.

²⁵ Identificador ECLI:EU:C:2023:301.

aseguramiento del disfrute del trato nacional en el lugar de acogida, si bien es cierto que no se está produciendo una discriminación por razón de la nacionalidad (ya que, como hemos señalado, se aplica el coeficiente superior también a los españoles por los residuos procedentes de fuera de Galicia, por lo que no se vulnera el mandamiento del art. 18 TFUE de no llevar a cabo discriminaciones por razón de la nacionalidad), sí es cierto que se está produciendo un incremento de la deuda tributaria por el mero hecho de establecer la fuente de extracción de los residuos mineros en otro punto de la geografía nacional (o en otro Estado miembro) fuera de la autonomía gallega. Así, ello generaría, de forma tentadora, que las explotaciones mineras se asentasen en yacimientos de Galicia y no en otros puntos geográficos que podrían haber previsto inicialmente, apreciándose, en este sentido, una idéntica *ratio legis* que la fijada en las restricciones de salida para personas físicas y jurídicas mediante las *exit taxes*. El problema que ello acarrearía sería, aparte de esa influencia en la voluntad empresarial²⁶, que se pudiesen perder otro tipo de beneficios fiscales previstos en la legislación del otro territorio en donde se quería ubicar la mina.

Por su parte, si atendemos a los obstáculos que la medida fiscal puede suponer sobre el establecimiento de las explotaciones ya constituidas, también se ejercería un interesante estímulo para trasladar la mina a territorio gallego perdiendo beneficios fiscales o económicos de otra índole del lugar en donde se encuentra ubicada o, por el contrario, para dejar de ejercer las actividades de almacenaje en el territorio de nuestra comunidad autónoma, articulando una logística en lo referente a la gestión de residuos que sea distinta al ubicar los espacios de depósito en otros lugares o al contratar la gestión de tal servicio con empresas de otros puntos de la geografía española o mismo de otros Estados miembros.

Una vez reconocida esta posible vía para conculcar la libertad de establecimiento por parte de la norma autonómica (si bien es cierto que por su escasa diferencia en el coeficiente de incremento o por la peculiaridad de los casos vistos puede tener poca relevancia en la *praxis*), tenemos que recordar en este punto que las libertades comunitarias que pretenden garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, como es el caso de esta libertad de establecimiento, exigen que las normas tributarias respeten el principio de neutralidad, de modo que se eviten cualesquiera distorsiones en las decisiones de los agentes económicos que deriven de los sistemas tributarios, salvo que resulten justificadas y proporcionadas²⁷.

Sobre esa justificación y proporcionalidad de las medidas fiscales que pueden atacar a las libertades de circulación se debe tener presente, para el caso de la concreta que nos hallamos tratando, que el art. 52 TFUE señala que las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para

²⁶ Si bien en este sentido no resulta tan ilícita tal influencia, dado que el empresario, al considerar el lugar de constitución de la explotación o empresa, debe valorar el entorno tanto genérico como específico, entrando en ello los costes fiscales que su actividad va a generar en un futuro. Cfr. ALFARO GIMÉNEZ, J., GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, C. y PINA MASSACHS, M., *Economía de la Empresa*, editorial Mc Graw Hill, Aravaca (Madrid), 2009, p. 13.

²⁷ Cfr. NIETO MONTERO, J. J., "Límites derivados del reparto de la potestad tributaria entre el Estado central y los entes subcentrales en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en CABALTA NABAIS, J., TAVARES DA SILVA, S. (coords.) y AAVV., *Controlo de estabilidade orçamental e limites territoriais ao poder tributário segundo a jurisprudência da UE*, Imprenta de la Universidad de Coímbra, Coímbra (Portugal), 2017, p. 192.

los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas pueden contrariar la libertad de establecimiento proclamada. Ello se complementa además con la jurisprudencia dada por el TJUE, que ha señalado en reiteradas ocasiones que, además de tener que existir un objetivo legítimo que responda a razones imperiosas de interés general, la justificación de una restricción de las libertades fundamentales garantizadas por el derecho originario supone que la medida de que se trate pueda garantizar el alcance del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo. Además, una norma nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática (*vid, verbi gratia*, la Sentencia de 10 de marzo de 2009, *Hartlauer*, asunto C-169/07²⁸).

Tomando en consideración que en el referido art. 52 TFUE no se prevé, como sí se hace expresamente con otras libertades, la protección del medio ambiente y la salud y la vida de la flora y la fauna como motivo para establecer normas nacionales que puedan restringir la libertad de establecimiento, al igual que las causas que han sido reconocidas como objetivos legítimos de interés general por la jurisprudencia del Tribunal luxemburgués (como es el caso de la necesidad de salvaguardar la eficacia de los controles fiscales y evitar la evasión fiscal, el mantenimiento del equilibrio en el reparto de la potestad tributaria y la coherencia del sistema fiscal nacional) no permitirían establecer este tipo de normas conculcando, de manera legítima, la libertad de establecimiento, se debe señalar que, *a priori*, no parece haber motivo que justifique la adopción de esta medida fiscal.

No obstante esto último, podría ser interesante, realizando una interpretación más extensiva del precepto (si bien ello resulta peligroso o mismo reprochable desde un cierto grado de pulcritud técnico-jurídica, puesto que la interpretación de las normas excepcionales se ha de llevar a cabo siempre de modo restrictivo) realizar una relación, si se intentase declarar la validez de la norma respecto al ordenamiento jurídico comunitario, entre los motivos de protección de salud y seguridad públicas con la protección del medio ambiente y la prevención de la contaminación entre territorios, puesto que en trayectos de transporte, por lo general más dilatados (aunque ello no tenga por qué ser necesariamente así siempre), como son los que existen entre comunidades autónomas o desde otro Estado miembro a Galicia, siempre habrá un riesgo de contaminación superior que en trayectos cortos, puesto que, a mayor distancia, se incrementan las posibilidades de accidentes de circulación, emisión de vertidos al medio natural o de gases a la atmósfera, etc. No obstante, esta plausible aplicación en la práctica del precepto podría verse, por los motivos vistos, afectada y consecuentemente desestimada la pretensión que en base a ella se pretendiere articular.

²⁸ Identificador ECLI:EU:C:2009:141.

5 Conclusiones

A lo largo del presente trabajo hemos podido ir apreciando la relevancia que tienen los entes políticos y administrativos infraestatales de los distintos países miembros de la Unión Europea en relación con su ordenamiento jurídico, puesto que ellos, al igual que los Estados, pueden vulnerar el derecho comunitario, impidiendo u obstaculizando, *de facto et de iure*, la consecución de los objetivos planteados por esta organización internacional de integración en relación con el desarrollo económico y el libre mercado interior.

Así pues, si bien es cierto que la Unión no tiene competencia específica en el ámbito de la imposición directa, en el que se incluye el tributo objeto de estudio, las instituciones comunitarias sí tienen un fuerte peso en cuanto a la valoración del establecimiento de este tipo de normas fiscales, en el sentido de que las mismas pueden incidir perjudicando el mercado interior mediante la vulneración del principio de no discriminación fiscal derivado del art. 18 TFUE, las diferentes libertades de circulación y la libre competencia dentro del mercado interior mediante la adopción de ayudas públicas incompatibles con los objetivos de los tratados.

Por estos motivos, la Comisión en el ejercicio de su función de salvaguardar el derecho de la Unión y el Tribunal de Justicia con idéntica misión, tanto al resolver recursos interpuestos por el Ejecutivo europeo como por otras instituciones o Estados miembros como al responder a cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales para tutelar los intereses de los ciudadanos, velan para que estas normas no supongan un incumplimiento por los entes subestatales del ordenamiento comunitario.

Así, es plausible que, al no tener en cuenta el ordenamiento jurídico comunitario en el dictado de las normas fiscales regionales, bien sea por su desconocimiento, por su temeridad o por manifiestas intenciones en provecho propio (incluso llegando al egoísmo) de la autonomía, se cumpla lo aseverado por HABERMAS referente a que existe una grotesca desproporción entre la influencia profunda que la política europea tiene sobre nuestras vidas y la escasa atención que se le presta en cada país.

Por todo ello, tomando en consideración lo analizado en este trabajo, con mayor o menor acierto, especialmente en lo que se refiere a las fricciones detectadas, sólo cabe concluir que nuestros poderes públicos deben velar por el correcto cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y las obligaciones contraídas internacionalmente por España, en este caso con respecto a las fricciones y potenciales vulneraciones detectadas en el impuesto compensatorio ambiental minero, ya que el olvido de las mismas o los negligentes descuidos en el dictado de las normas pueden provocar la insatisfacción de numerosas pretensiones de los ciudadanos, tanto en su detrimento propio como en el perjuicio colectivo, dado que un sistema financiero que funcione en armonía con la seguridad jurídica que debe proporcionar es lo que permitirá destinar los recursos al buen funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, a un nivel de vida elevado para la ciudadanía y, en última instancia, a una mejora significativa de la paz social.

Regap



COMENTARIOS

6 Bibliografía empleada

- ALFARO GIMÉNEZ, J., GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, C. e PINA MASSACHS, M., *Economía de la Empresa*, editorial Mc Graw Hill, Aravaca (Madrid), 2009.
- CRUCELEGUI GÁRATE, J.L., “El control de las ayudas públicas en la Unión Europea”, en *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía*, núm. 61, 2006.
- DEL BLANCO GARCÍA, A.J., *El Derecho de la Unión Europea como límite al sistema de financiación de las Comunidades Autónomas*, Universidade Nacional de Educación a Distancia, 2014.
- GAGO RODRÍGUEZ, A. e LABANDEIRA VILLOT, X., “La imposición ambiental gallega”, en *Revista Galega de Economía*, volume 11, número 2, 2002.
- GARCÍA NOVOA, C., “La Sentencia del caso Azores y su influencia en el poder normativo de las Comunidades Autónomas en España”, en *Dereito, Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, volume 15, número 1, 2006.
- NIETO MONTERO, J.J., “Límites derivados del reparto de la potestad tributaria entre el Estado central y los entes subcentrales en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en CABALTA NABAIS, J., TAVARES DA SILVA, S. (coords.) e AAVV., *Controlo de estabilidade orçamental e limites territoriais ao poder tributário segundo a jurisprudência da UE*, Imprensa da Universidade de Coímbra, Coímbra (Portugal), 2017.
- PÉREZ, D., “Hacia un sector agrario sostenible”, en *Ambienta: La revista del Ministerio de Medio Ambiente*, núm. 66, 2007.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte general*, 14.^a edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2018.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_enero-junio 2024 | pp. 311-334
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v67i1.5211>
© Francisco de Cominges Cáceres
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 03/07//2024 | Aceptado: 03/12/2024

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-
administrativa

**Jurisprudencia contencioso-
administrativa**

Contentious-administrative
jurisprudence

67 Regap

regap



COMENTARIOS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES
Magistrado (Galicia, España)

f.cominges@poderjudicial.es

1 ADMINISTRACIÓN LOCAL

1.1 Contaminación acústica por las fiestas navideñas organizadas por un ayuntamiento. Afectación a los derechos fundamentales de los vecinos a la salud, intimidad e inviolabilidad de domicilio.

La Sentencia del TSJG de 29 de mayo de 2024 (rec. 7144/2023, ponente: Braña López) estima la demanda de protección de derechos fundamentales interpuesta por varios vecinos frente a la inactividad del Ayuntamiento de Vigo ante sus quejas por la

contaminación acústica generada por el parque de atracciones instalado en el centro de la ciudad entre los meses de noviembre de 2022 y enero de 2023 en el contexto de las celebraciones navideñas.

La Sala concluye, en primer término, que el carácter temporal y tradicional de dichas fiestas no excusa del obligado cumplimiento de los límites de emisión de ruido en espacios públicos. Y en segundo, que la prueba pericial practicada demostró que la contaminación acústica sufrida por los demandantes era excesiva e intolerable:

<<En definitiva, el ruido padecido por la apelante tuvo carácter persistente ya que su continuidad perduró (en los horarios permitidos) prácticamente dos meses si tenemos en cuenta el programa que para estas fiestas obraba publicado en la web del Ayuntamiento, y fue intenso, porque superó los límites legales permitidos, lo que podría conllevar una afectación potencial a la salud de las personas e implica un menoscabo del desarrollo de la personalidad al imposibilitar el desarrollo de la vida diaria, lo que vulnera los derechos fundamentales denunciados como violados (arts. 18.1 y 2 de la CE). Lo anterior nos lleva a concluir que el Ayuntamiento apelado se mantuvo inactivo al respecto de la contaminación acústica que se estaba produciendo la cual es achacable exclusivamente al Ente Local, Administración que es la que tuvo el control del foco emisor en todo momento, como dador de las correspondientes autorizaciones para celebrar la actividad de ocio y responsable de su supervisión, y es que, no sólo se considera inactividad la total dejación de potestades reconocidas a la Administración Pública en materia de control de la contaminación acústica, sino también hay que considerar inactividad, cuando la actividad administrativa no es lo suficientemente efectiva y contundente como para conseguir el respeto a los límites fijados por la normativa sectorial reguladora, como ha sucedido en este caso, pues existe un deber de los poderes públicos de garantizarnos el disfrute de nuestro descanso y tranquilidad mínima, según las circunstancias, no debiendo caber duda al Ente Local de que el interés jurídico que ha de resultar prevalente, el más digno de protección, es el derecho de los ciudadanos a la no recepción de ruidos molestos, en cuanto expresión de calidad de vida digna. No hay que olvidar que la Administración, como proclaman los arts. 103 y 106 de la CE, debe servir con objetividad y debe actuar con eficacia (la cual no es compatible con la inactividad) y con sometimiento pleno a la ley y al derecho>>.

1.2 Denegación a una entidad asociativa del uso del auditorio municipal para conferencias polémicas en materia de salud pública. Potestad discrecional. Motivación suficiente.

La Sentencia del TSJG de 26 de abril de 2024 (rec. 7013/2024, ponente: López López) estima que el Concello de Vilagarcía de Arousa no vulneró el derecho fundamental de igualdad en el ejercicio de la libertad de expresión e ideológica (artículos 14.1, 16 y 20 CE) al denegarle a la agrupación “Soberanía y Salud” el uso del auditorio municipal para una charla-coloquio crítica con las recomendaciones de la Organización Mundial

de la Salud (OMS) sobre las pandemias víricas. Ratifica la sentencia de instancia apelada, en la que se efectuaron las siguientes consideraciones:

<<(…) a las Corporaciones municipales les corresponde también una competencia relevante en la materia sanitaria, reforzada legislativamente a raíz de la reciente pandemia del Covid-19 (artículos 33, 38, 45.2, 45.bis y 80 Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, modificada por Ley 8/2021, de 25 de febrero). Entre dichas competencias sobresalen las de “desarrollo de programas de promoción de la salud, educación sanitaria”, y otras propias de las “autoridades sanitarias”, como la adopción de “medidas preventivas en materia de salud pública” y el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de determinadas medidas preventivas de la propagación de virus y enfermedades.

Conforme a doctrina y jurisprudencia consolidadas las autorizaciones demaniales tienen un cierto contenido discrecional. (...) Para poder discernir si la “discrecionalidad” se ha ejercido o no de manera arbitraria, irracional o desproporcionada resulta fundamental la motivación del acto en cuestión. (...).

La denegación del uso del auditorio municipal (bien de dominio público) para la concreta actividad pretendida por el demandante se motivó en que “se trata dunha charla-coloquio na que o tema a tratar contempla unha revisión das recomendacións das autoridades sanitarias oficiais”.

(...) El Ayuntamiento de Vilagarcía de Arousa, que es una “autoridad sanitaria”, a la que se le han atribuido relevantes competencias en materia preventiva de propagación de enfermedades, en el contexto de la pandemia vírica recientemente padecida, no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados en la demanda, por su negativa a ceder el Auditorio municipal para un acto público dirigido a cuestionar las recomendaciones sanitarias oficiales al respecto. (...). Las excepciones contempladas expresamente en el artículo 6 del referido Reglamento municipal a las actividades autorizables en el Auditorio no conforman una lista cerrada, sino meramente ejemplificativa. A dichas excepciones se le pueden añadir los usos especiales de esos espacios para actividades que contradigan los propios fines de la Administración municipal. Sin duda es incompatible con su función de “autoridad pública sanitaria” destinar sus propios locales al cuestionamiento de las recomendaciones preventivas emitidas por organismos sanitarios oficiales.

Esta restricción tampoco vulnera los derechos fundamentales a la libertad ideológica y de expresión (artículos 16 y 20 CE). La decisión municipal no impide que el demandante pueda organizar la misma jornada divulgativa en otros locales no pertenecientes al ayuntamiento. Desde luego resultaría paradójico, incoherente y generador de confusión en la ciudadanía, que el ayuntamiento, que es una de las principales autoridades sanitarias públicas, encargadas de llevar a la práctica las recomendaciones para la prevención de epidemias y enfermedades emitidas por entidades sanitarias oficiales, como la Organización Mundial de la Salud, facilite

Regap



COMENTARIOS

la realización en su propia sede (Auditorio municipal) de una actividad destinada a cuestionar los planteamientos de dicho organismo internacional>>.

1.3 Incumplimiento por un alcalde de su deber de abstención en asunto que le genera un conflicto de interés personal. Irregularidad no invalidante al no haber influido en la resolución definitiva.

El TSJG en su Sentencia de 8 de mayo de 2024 (rec. 4107/2023, ponente: Díaz Casales) concluye en primer lugar que cuando un alcalde puede incurrir en conflicto personal de intereses en un asunto de su competencia, no se satisface su deber legal de abstención mediante una delegación especial en determinado concejal. Debe sustituirle automáticamente, en todo caso, el primer teniente de alcalde. No obstante, concluye también que en el concreto supuesto examinado, la irregularidad formal cometida carece de efecto invalidante al no haber influido en el resultado final del procedimiento administrativo:

<<conforme al Art. 23.4 de la Ley 40/2015 y el Art. 76 de la Ley de Bases de Régimen Local –y en el mismo sentido el Art. 230 de la Ley 5/1997 de Administración Local de Galicia y el Art. 185 del Reglamento de organización, funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales– que limitan la invalidez de los actos cuando se incumpliera el deber de abstención por parte de autoridades y funcionarios a aquellos supuestos en los que la intervención del que debió abstenerse fuera determinante de la resolución dictada>>.

1.4 Repercusión de los costes de inversión y mantenimiento de una infraestructura hidráulica supramunicipal en los ayuntamientos que se benefician de ella. Límite temporal en la revisión de oficio de actos firmes.

La Sentencia del TSJG de 19 de abril de 2024 (rec. 7032/2024, ponente: Fernández López) analiza la desestimación de la solicitud planteada por un ayuntamiento de revisión de oficio de una resolución dictada por otro ayuntamiento en el año 1998 fijando las sumas económicas que debe abonar para compensar los gastos de inversión y mantenimiento de la infraestructura hidráulica supramunicipal cuyo uso comparten.

La Sala desestima el recurso. Considera que la corporación municipal demandante dejó transcurrir demasiado tiempo para instar la revisión de oficio del acto firme (artículo 106 Ley 39/2015 LPAC). Y que los distintos defectos esgrimidos por el actor frente al acto impugnado (falta de competencia, omisión de trámite de audiencia, etc.) podrían calificarse, en su caso, como vicios de anulabilidad, pero no de nulidad de pleno derecho.

2 CONTRATOS Y SUBVENCIONES

2.1 Reequilibrio económico de contratos de concesión de servicios por las restricciones adoptadas frente a la pandemia del Covid-19. No procede, en principio, abonar una indemnización por lucro cesante, sino solo prorrogar la concesión, revisar las tarifas o minorar el canon.

El TSJG en su Sentencia de 24 de noviembre de 2023 (rec. 7147/2023, ponente: Fernández López) analiza el mecanismo compensatorio establecido en el artículo 34.4 del Real decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, respecto de un contrato del Ayuntamiento de Ferrol de concesión para la explotación de la piscina climatizada municipal.

Concluye, en primer lugar, que las medidas de reequilibrio concesional reguladas en dicho precepto resultan aplicables a supuestos en los que el contrato, una vez finalizado su período máximo de vigencia, se hubiese continuado ejecutando con la conformidad tácita de las partes. También que *<<la remisión que ese precepto hace de la vigente ley contractual del año 2017 tiene tan sólo por finalidad identificar a las entidades contratantes, que son las definidas como sector público en esa ley, pero en modo alguno supone que no se aplique a los contratos celebrados con arreglo a textos legales anteriores, siempre que se encuentren en vigor>>*.

Pero, en segundo lugar, deniega la pretensión de la concesionaria de recibir una indemnización en metálico por la pérdida de beneficios del período de cierre obligatorio de la piscina de la concesión entre el 14 de marzo y el 21 de junio de 2020 (primer estado de alarma en la pandemia del Covid-19), con las siguientes consideraciones:

<<lo que no procede en modo alguno es reconocerle a la concesionaria el derecho a percibir una indemnización cifrada en 130.062,31 euros, por más que ampare ese importe en un informe pericial, ya que deberá estarse a lo que el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 reconoce, esto es, bien ampliar el contrato, o bien modificar las cláusulas de contenido económico (según proceda), para compensarles por “la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19”, siempre que se acredite de forma fehaciente “la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos”>>.

regap



COMENTARIOS

2.2 Contrato de gestión de los servicios municipales de abastecimiento y saneamiento de agua. Incumplimiento de la obligación de revisión anual de las tarifas. Plazo de prescripción de la reclamación indemnizatoria de la concesionaria.

La Sentencia del TS de 21 de mayo de 2024 (rec. 2524/2021, ponente: Del Riego Valledor) confirma en casación la desestimación por el Concello de Monforte de Lemos de la indemnización solicitada por la entidad mercantil concesionaria de la gestión integral del servicio municipal de abastecimiento de agua y saneamiento por no haberse actualizado las tarifas del servicio conforme a lo previsto en los pliegos del contrato. El alto tribunal concluye señalando que a estas obligaciones contractuales se les aplica el plazo prescriptivo de 4 años de la Ley general presupuestaria, y no el general del artículo 1964 del Código civil (antes 15 años, ahora 5). También que dicho plazo de 4 años inicia su cómputo en el momento en el que se debió efectuar cada actualización. Y que, tras la desestimación presunta de la correspondiente reclamación, se reinicia el plazo prescriptivo:

<<1.- En la contratación administrativa el plazo de prescripción es el determinado en la L.G.P., y no se aplica el Código Civil (...). el indicado contrato administrativo de gestión de servicios públicos se regirá por la citada LCAP y sus disposiciones de desarrollo y supletoriamente por las restantes normas de derecho administrativo, en este caso, el artículo 25.1 de la LGP en cuanto al plazo de prescripción, lo que hace innecesario acudir a las normas de derecho privado.

(...) debemos reiterar el criterio de esta Sala expresado en las sentencias 201/2019, de 22 de mayo y 1079/2019, de 16 de julio y, en consecuencia, confirmar el criterio de la sentencia impugnada sobre la aplicación en el presente caso del plazo de prescripción de 4 años, establecido por el artículo 25.1 de la L.G.P. (...)

3.- Por lo que se refiere al día inicial del cómputo del plazo de prescripción, (...) La parte recurrente mantiene que, en la hipótesis de que se admitiera que el plazo de prescripción es el de 4 años del artículo 25.1 LGP, entonces el plazo debería comenzar a contarse desde la fecha de liquidación por la Administración en 2018 o, en su defecto, desde la fecha de la resolución del contrato. (...) La tesis de la parte recurrente sería admisible en un contrato de prestación unitaria, como es el caso del contrato de obras, en el que existen pagos a cuenta y una liquidación final, pero no en contratos que tienen por objeto prestaciones continuadas o duraderas o de tracto sucesivo como son los de gestión de servicios público. (...) el plazo de prescripción de las acciones de reclamación relacionadas con las prestaciones ya realizadas comienza a correr desde el momento en el que la Administración debió hacer cada pago parcial (...)

la reclamación de la parte recurrente puede hacerse efectiva cada vez que finalice el ejercicio correspondiente (...) Así resulta del contrato administrativo de

concesión del servicio de abastecimiento de agua, que en el artículo 30.2 del pliego de condiciones establece, con la finalidad de garantizar el equilibrio económico financiero de la concesión, que “el Concello revisará anualmente las tarifas vigentes”, revisión que tomará como referencia, de acuerdo con el artículo 34.1 del pliego de condiciones, “el incremento experimentado por el índice de referencia en el período de julio a julio”.

Estimamos, por tanto, de aplicación la regla del artículo 25.1.a) LGP que establece que el plazo de prescripción de que se trata “...se contará desde la fecha en que se concluyó el servicio o la prestación determinante de la obligación o desde el día en que el derecho pudo ejercitarse”.

(...). 5.- (...) plantea ahora la parte recurrente que la falta de respuesta a las anteriores reclamaciones, esto es el silencio administrativo, también interrumpe el plazo de prescripción. (...) El criterio contrario a estimar que la falta de respuesta o silencio administrativo interrumpe el plazo de prescripción de las acciones es el que ha venido manteniendo la Sala y ha sido mantenido últimamente en las sentencias 1394/2021, de 29 de noviembre (recurso 7680/2019) y 464/2022, de 20 de abril (recurso 3905/2020), que consideran que la tesis contraria de atribuir efectos interruptivos al silencio administrativo es incompatible con la finalidad de proporcionar seguridad a las relaciones jurídicas que persigue la prescripción (...)>>.

Regap



COMENTARIOS

2.3 Reintegro de subvención por incumplimiento de obligaciones tributarias o con la Seguridad Social.

El TS, en su Sentencia de 5 de abril de 2024 (rec. 5279/2022, ponente: Córdoba Castroverde), referida a Galicia, clarifica, en materia de subvenciones, si el incumplimiento por el beneficiario de sus obligaciones tributarias o de seguridad social puede justificar su revocación, con estas conclusiones:

<<los artículos 34.5 y 37 de la LGS han de interpretarse con arreglo a los criterios siguientes:

1.- El artículo 34.5 LGS exige para el pago de la subvención en todos los casos, bien se trate de un pago anticipado, un pago a cuenta o un pago posterior al cumplimiento de las condiciones, que el beneficiario se halle al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.

2.- Sin embargo, una vez producido el pago de la subvención, las causas que pueden fundamentar el reintegro de la subvención son las enumeradas en el artículo 37 de la LGS, entre las que no figura la de no hallarse el beneficiario al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.

3.- *Cuestión distinta es que, una vez producido el pago de la subvención, el hallarse al corriente el beneficiario en las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social forme parte de las condiciones que fundamentaron la concesión de la subvención y a cuyo cumplimiento se obligó el concesionario, como es el caso de las obligaciones de creación y mantenimiento por un tiempo estipulado de un determinado número de puestos de trabajo, que requiere, obviamente, el alta y la cotización a la Seguridad Social por los trabajadores empleados. En tales casos, el incumplimiento por el beneficiario de las obligaciones frente a la Seguridad Social inherentes a la creación y mantenimiento de los puestos de trabajo puede fundamentar una revocación de la ayuda, pero no en virtud del artículo 34.5 de la LGS, pues el pago de la subvención se efectuó cuando concurrían los requisitos exigidos para ello, sino en virtud de la causa de reintegro descrita en el artículo 37.1.b) de la LGS>>.*

3 MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO

3.1 Constitucionalidad de la Ley 4/2023, de 6 de julio, de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia.

El Tribunal Constitucional (TC), en su Sentencia 68/2024, de 23 de abril (suplemento BOE 30/05/2024, ponente: Tolosa Tribiño, incluye voto particular) desestima en su práctica totalidad el recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley autonómica 4/2023, de 6 de julio, de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia (LOLGA).

La sentencia descarta que la Comunidad Autónoma de Galicia deba modificar su Estatuto de Autonomía para poder asumir la competencia autorizatoria del uso y ocupación del dominio público marítimo-terrestre (DPMT). Concluye que dicha potestad, ejecutiva, se inserta en la competencia exclusiva sobre ordenación del territorio y del litoral, asumida por Galicia en el artículo 27.3 de su Estatuto de Autonomía. Asimismo, rechaza que la regulación de los instrumentos de ordenación del litoral y de sus concretos usos contenida en la LOLGA sea incompatible con la legislación estatal dirigida a la preservación del DPMT (art. 132 CE). Incide en que la Administración del Estado no pierde su potestad para reaccionar, en defensa del DPMT, si la autorización o el plan aprobado por la Xunta de Galicia infringiese la normativa básica estatal en materia de costas.

Únicamente declara inconstitucional la posibilidad, establecida en el artículo 60.3 LOLGA, de implantar estaciones depuradoras de aguas residuales en el DPMT, al resultar incompatible con lo dispuesto en el artículo 44.6 de la Ley 22/1988, de Costas. También censura el trato privilegiado que el artículo 59.2 LOLGA les otorga a las embarcaciones gallegas frente a las del resto del país. Y por último, interpreta que los establecimientos de la cadena mar-industria alimentaria podrán ocupar terrenos de DPMT o comprendidos en la zona de servidumbre de protección (ZSPC),

única y exclusivamente cuando requieran la captación y retorno de agua de mar para el desarrollo de sus procesos productivos o comerciales. Siempre que además se justifique que por su naturaleza no puedan tener otra ubicación (si ocupan DPMT), o que prestan servicios necesarios o convenientes para el uso de dicho dominio (si se sitúan en ZSPC).

3.2 Inconstitucionalidad de la ley gallega que estableció un plazo máximo de reacción frente a las obras ilegales realizadas en zona de servidumbre de protección de costas.

En el artículo 92 de la Ley estatal 22/1988, de Costas -LC- (versión originaria, vigente entre los años 1988 y 2013) se regularon las consecuencias de la demora de la reacción de la Administración frente a las obras realizadas en zona de dominio público marítimo-terrestre (DPMT), o en servidumbre de protección de costas (ZSPC). Desde la perspectiva del procedimiento sancionador (que concluiría con una multa), se establecieron en él determinados plazos de prescripción de las infracciones (cuatro años para las graves y un año para las leves). Y, respecto de la reposición de la legalidad (demolición de las obras ilícitas), se dispuso en el mismo precepto que habría de ordenarse “cualquiera que sea el tiempo transcurrido”.

La Ley estatal 2/2013, de 29 de mayo, modificó, entre otros, el referido artículo 92 LC, circunscribiéndolo al procedimiento sancionador (multa). Redujo a la mitad los plazos de prescripción de las infracciones (quedando en dos años para las graves y seis meses para las leves). E introdujo, *ex novo*, un plazo de prescripción para la ejecución forzosa de las multas (dos años para las graves y un año para las leves). Al mismo tiempo suprimió la referencia expresa de la versión primitiva del precepto sobre la exigencia de reposición de las cosas a su estado anterior “cualquiera que sea el tiempo transcurrido”.

Lo relativo a la reposición física de los terrenos pasó a regularse con carácter exclusivo en el artículo 95.1 LC, con el siguiente texto definitivo:

<<Sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior, con la indemnización de daños irreparables y perjuicios causados, en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente. Esta obligación prescribirá a los quince años desde que la Administración acuerde su imposición, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10.2 de esta Ley>>.

Es decir, tras la modificación operada por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, los límites temporales para el ejercicio de la potestad de reposición física de los terrenos en dominio público o en zona de servidumbre afectados por una obra ilegal se compendiaron en el artículo 95 LC, en estos términos:

- La obligación de “restitución de las cosas y reposición a su estado anterior” continuó sin someterse a plazo determinado. [De haberse establecido un plazo máximo concreto para la incoación del procedimiento de reposición sería de

Regap



COMENTARIOS

“caducidad” y no de “prescripción”, conforme al asentado criterio doctrinal y jurisprudencial establecido al respecto en la materia urbanística].

- Una vez concluido el procedimiento con la resolución definitiva de reposición de la legalidad, el infractor deberá restaurar los terrenos, o indemnizar subsidiariamente, “en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente”.
- Tras la imposición de la orden de demolición o restauración, la Administración dispondrá del plazo máximo de quince años para proceder a su ejecución forzosa (prescripción de la resolución de reposición).

Este nuevo plazo de 15 años se inspiró en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (S^a de lo Cont.-Ad.), consolidada para integrar la laguna existente en la normativa sectorial urbanística sobre la prescripción de las órdenes de demolición firmes. Dicha jurisprudencia había fijado el criterio de aplicarles supletoriamente el plazo de prescripción de las acciones personales regulado en el artículo 1964 del Código Civil (CC). Plazo que en aquella época, anterior a la reforma del CC por Ley 42/2015, de 5 de octubre, era de 15 años [SSTS 05/06/1987 –núm. 822–; 17/02/2000 –rec. 5038/1994–; 25/11/2009 –rec. 6237/2007–; y 29/12/2010 –rec. 500/2008–. Puede también citarse, en el mismo sentido, la S del TSJ Galicia, S^a de lo Cont.-Ad., de 20/11/2014 –rec. 4074/2014–].

En la Comunidad Autónoma de Galicia la competencia para reaccionar frente a las construcciones ilegales erigidas en ZSPC le corresponde a la Axencia de Protección da Legalidade Urbanística (APLU), perteneciente a la Xunta de Galicia [artículo 35 del Decreto de la Xunta de Galicia 97/2019, de 18 de julio, por el que se regulan las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia en la ZSPC (DOG de 09/08/2019)]. Desde la entrada en vigor de la referida reforma de la LC por la Ley 2/2013 y hasta la aprobación de la Ley gallega 7/2022 en cuestión, la APLU sostuvo de manera firme y vehemente, tanto en la vía administrativa como en la judicial, que aquella no modificó el plazo indefinido o permanente de reacción frente a las obras construidas ilegalmente en ZSPC. Concluyó la APLU que el nuevo plazo de prescripción, de 15 años, del artículo 95.1 LC modificado, se refiere exclusivamente a la ejecución forzosa de las órdenes de demolición ya dictadas y notificadas. De manera que no afecta a la potestad administrativa de incoación del procedimiento de restauración de la legalidad frente a la edificación ilegal.

La APLU, y los letrados de la Xunta de Galicia que la defienden en juicio, han sostenido esta interpretación, continuadamente, ante la jurisdicción cont.-ad. en todos los litigios en los que se ha planteado el conflicto. Y el TSJG les ha dado siempre la razón, en innumerables sentencias (ad. ex. SS TSJG 14 de enero de 2019 (rec. 4251/2018), 31 de mayo de 2019 (rec. 4072/2018), 2 de diciembre de 2022 (rec. 4299/2022), 23 de septiembre de 2022 (rec. 4102/2022), 14 de mayo de 2021 (rec. 4025/2021), 9 de abril de 2021 (rec. 4143/2020), 26 de marzo de 2021 (rec. 4283/2020), 1 de diciembre de 2020 (rec. 4207/2019), 23 de noviembre de 2020 (rec. 4087/2019), 19 de octubre de

2020 (rec. 4052/2020), 18 de septiembre de 2020 (rec. 4095/2019), 11 de septiembre de 2020 (rec. 4367/2019), 26 de junio de 2020 (rec. 4270/2019), 19 de junio de 2020 (rec. 4200/2019), 18 de junio de 2020 (rec. 4012/2019), 25 de enero de 2019 (rec. 4381/2017), 20 de junio de 2019 (rec. 4054/2018), 20 de septiembre de 2019 (rec. 4151/2018), 21 de noviembre de 2019 (rec. 4306/2019). El TS confirmó en casación el criterio del TSJG, en sus sentencias de 11 de julio de 2018 (RC 953/2017) y 2 de diciembre de 2020 (RC 7404/2019), fijando la siguiente doctrina jurisprudencial:

<<Que la obligación de imposición de las obligaciones de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción, como consecuencia de una condena penal o una sanción administrativa, se mantienen en la LC en la misma situación que antes de la reforma de la LMC, sin que de esta se derive novedad alguna>>.

De manera que la reforma de la LC por Ley 2/2013 no afectó en Galicia al principio de “seguridad jurídica” en lo referente a los plazos máximos de reacción frente a estas obras ilegales. Tanto la Administración competente (APLU-Xunta de Galicia), como los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa concluyeron desde el primer momento, conforme a su interpretación gramatical y sistemática, que se mantienen abiertos indefinidamente.

En esta tesitura se promulgó la Ley del Parlamento de Galicia 7/2022, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas. En su artículo 10.1 se estableció *ex novo* un plazo específico de caducidad o perención de la potestad administrativa para reaccionar frente a las obras ilícitas realizadas en ZSPC mediante un procedimiento de reposición de la legalidad. Concretamente un plazo de quince años [plazo que ya no coincide con el residual o supletorio de prescripción de acciones personales previsto en el artículo 1.964 CC, tras su minoración a cinco años por Ley 42/2015, de 5 de octubre]. Y en su disposición transitoria primera se ordenó la aplicación retroactiva de este beneficio a todas las construcciones ilícitas preexistentes.

El Juzgado Cont.-Ad. núm. 1 de Pontevedra, mediante Auto de 19 de junio de 2023, formuló frente a dichos preceptos la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4409/2023 (BOE 18/12/2023), con las siguientes consideraciones:

<<(…) la Comunidad Autónoma de Galicia ha sobrepasado el ejercicio legítimo de sus competencias al establecer “ex novo” un plazo límite de reacción frente a las obras realizadas ilícitamente en ZSPC. Esa medida no constituye una “norma adicional de protección” del dominio público marítimo-terrestre (artículo 149.1.23 CE). Por el contrario, prima el interés particular de quien ha incumplido el régimen básico esencial de protección del dominio costero, sobre el general medioambiental y paisajístico respecto de una zona especialmente sensible y vulnerable (la franja litoral), que los poderes públicos deben preservar (artículo 45 de la Constitución). El legislador estatal, en el artículo 95 LC, decidió no someter a límite temporal la potestad administrativa (...). Esa medida protectora (plazo permanente de reacción frente a obras ilegales ejecutadas en suelo de propiedad privada con determinada afección pública) no es anómala en nuestro Derecho administrativo. Así, por ejemplo, la legislación urbanística (en todas las CCAA)

regap



COMENTARIOS

también la prevé cuando se edifica ilícitamente en suelo calificado por el planeamiento para futuras zonas verdes, espacios libres y dotaciones o equipamientos públicos (ad. ex. artículo 155 Ley 2/2016, de 10 de febrero, del Suelo de Galicia; o, indirectamente, artículo 55 del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre). También se encuentra una habilitación semejante en otras legislaciones sectoriales, como la de carreteras: en el artículo 64 de la Ley 8/2013, de 28 de junio, de carreteras de Galicia se dispone, para las obras ilícitamente realizadas en la zona de servidumbre del vial, que: “ La obligación de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior se les exigirá a las personas responsables de la infracción en cualquier momento, independientemente de la eventual prescripción de ésta o de las sanciones que se deriven de ella “.

De lo que no cabe duda es de que las comunidades autónomas carecen de competencia legislativa para innovar a la baja el régimen estatal de protección de la ZSPC, en beneficio de los infractores, bien modificando lo dispuesto al respecto en el artículo 95 LC (como aparentemente ha hecho esta Ley 7/2022); bien –en la última interpretación del Letrado de la Xunta– colmando una supuesta “laguna” del legislador estatal. Se produce con ello, además de un menoscabo relevante en la protección del medio ambiente y del paisaje litoral, una desigualdad esencial en las obligaciones y derechos de los ciudadanos sobre dicho espacio en el conjunto del territorio español.

Tal y como se ha indicado, la Ley aquí cuestionada no se dirige en puridad a salvaguardar el “principio de seguridad jurídica” (artículo 9.3 CE), porque en Galicia la reforma de la LC por la Ley 2/2013 no le llegó a generar dudas interpretativas, sobre la continuidad del plazo permanente de reacción, ni a la Administración autonómica que la había de aplicar (la APLU), ni al Tribunal de Justicia que supervisa su actuación.

No es difícil deducir que dicha norma autonómica tiene como única finalidad la de beneficiar a quienes han infringido la Ley de Costas en la zona de servidumbre de protección del litoral gallego, otorgándoles un privilegio singular frente a los que cometen la misma infracción en el resto del litoral español. Y ello invadiendo la competencia estatal en materia de costas, en detrimento de los valores medioambientales y paisajísticos que su legislación básica pretende preservar>>.

Posteriormente, el Presidente del Gobierno interpuso el recurso de inconstitucionalidad núm. 6243/2023 contra los mismos preceptos autonómicos, provocando su suspensión cautelar (BOE de 30/10/2023 y 03/04/2024). La Sentencia del TC 76/2024, de 8 de mayo (BOE de 10/06/2024, ponente: Díez Bueso, contiene voto particular) estima este último recurso y declara nulos los artículos 10.1, 10.2, 10.3, así como la disp. trans. primera de la referida Ley gallega 7/2022, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, con los siguientes razonamientos:

<<El precepto autonómico, al regular un plazo cuya expiración impide a las autoridades competentes imponer la reposición de la legalidad en relación con las obras y actuaciones contrarias a las limitaciones y prohibiciones que rigen en la zona de servidumbre de protección, contraviene la regla de imprescriptibilidad prevista en el art. 21.1 LC, al permitir que, por el transcurso del tiempo, pierdan su eficacia y obligatoriedad las limitaciones que, para el uso y la ocupación de los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre, se derivan de la regulación de la servidumbre de continua referencia. De esta manera, producida la prescripción de la potestad administrativa para imponer la obligación de reposición de la legalidad, los titulares de los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre pasarían a poder ejercer su derecho de propiedad sobre los mismos como si estuvieran libres del gravamen que constituye la sujeción al régimen jurídico de la servidumbre de protección, generándose un efecto que en poco o en nada se diferencia del que obtendrían en el caso de ser posible –en ausencia de la regla del art. 21.1 in fine LC– la extinción de la servidumbre por prescripción derivada del no uso de la misma durante un determinado período de tiempo.

Frente a ello, no puede aducirse que el precepto impugnado pueda hallar cobertura en la competencia autonómica para dictar normas adicionales sobre protección del medio ambiente (art. 27.Treinta EAG). La regulación de un plazo para el ejercicio de las acciones dirigidas a hacer valer las normas reguladoras de la servidumbre de protección más reducido que el que resulta de las previsiones de la legislación básica estatal, que no sujeta la acción para la reposición de la legalidad a plazo alguno, no otorga una mayor protección a los intereses medioambientales y paisajísticos del dominio público marítimo terrestre, a cuya preservación se ordena precisamente la servidumbre de protección (art. 2o LC). Por el contrario, esta previsión supone una merma del régimen legal de protección de la zona de servidumbre, al introducir ex novo una regla cuya aplicación puede llegar a producir el efecto de impedir la actuación de la Administración frente a obras y actuaciones ilegalmente ejecutadas sobre la referida franja de terreno>>.

Regap



COMENTARIOS

3.3 Evaluación ambiental de explotaciones mineras.

La Sentencia de 7 de junio de 2024 del TSJG (rec. 7240/2022, ponente: Cambón García) estima el recurso promovido por una asociación ecologista frente a la autorización de explotación de la mina de coltán “Penouta”, en Viana do Bolo, por la insuficiencia de su evaluación ambiental, al no ponderar adecuadamente la incidencia de dicha actividad en los entornos protegidos inmediatos (Pena Trevinca), ni su afectación a la salud de los vecinos de los núcleos más próximos:

<<la insuficiencia del estudio de afectación ambiental aparece cumplidamente acreditada de lo considerado (...), toda vez que la Rede Natura 2000 no ha sido objeto de un estudio de afectación, sin que la promotora hubiese realizado una oportuna y adecuada evaluación sobre el espacio “Peña Trevinca”, limitándose

a indicar que el proyecto no afecta a ningún espacio protegido, cuando la ZEC y la ZEPA Pena Trevinca se encuentran a cero metros del enclave minero, constándose que las masas de aguas superficiales superan la normativa permitida para arsénico, mercurio, cadmio y plomo y de haberse realizado tal evaluación de afectación es dudoso que se hubiese aprobado, dados los antecedentes de la mina “San Rafael”, T.m. “O Pino-Touro” con DIA negativa por posibles impactos a LICA “Sistema Fluvial Vela-Deza” y “Ría de Arousa”, a más de 40 kms, apareciendo acreditado impacto del polvo resultante de voladuras y movimientos, así como grietas en viviendas y afectadas las aguas destinadas a consumo humano, que motivó denuncias de la empresa municipal de Aguas de Viana do Bolo, con actuaciones de la CHMS, Guardia Civil y Comisaría de Aguas>>.

3.4 Planeamiento urbanístico. Es posible promover, por iniciativa particular, la modificación puntual de un plan especial de protección de conjunto histórico.

Así lo declara el TS, en su Sentencia de 12 de marzo de 2024 (rec. 5723/2022, ponente: Lesmes Serrano), sobre la modificación del PEPRI del conjunto histórico de la ciudad de Lugo. La sentencia realiza un exhaustivo análisis de la normativa estatal y gallega reguladora del patrimonio histórico y cultural, concluyendo finalmente que:

<<el que se trate de Planes de exclusiva iniciativa pública no significa que los particulares no puedan tener ninguna participación o iniciativa en una modificación puntual del planeamiento una vez aprobado el Plan Especial de Protección del Conjunto Histórico. (...) Los particulares interesados tienen el derecho a promover una modificación puntual de un Plan Especial de protección de un área afectada por la declaración de Conjunto Histórico, sin perjuicio de que es a la Administración municipal a quien corresponde la aprobación inicial y definitiva de dicha modificación>>.

3.5 Requisitos urbanísticos de las viviendas y apartamentos de uso turístico.

El TSJG, en sus sentencias de 7 de febrero y 20 de marzo de 2024 (recs. 4295/2023, ponentes: Parada López y Díaz Casales), en primer lugar ratifica su criterio de que las viviendas dedicadas a alojamiento turístico desarrollan un uso de especial intensidad equiparable al de hospedaje, que en el caso de Santiago de Compostela sólo se puede implantar en la planta primera en edificios residenciales. La segunda sentencia concluye que las viviendas preexistentes que se pretendan dedicar a uso turístico deben cumplir íntegramente las prescripciones del Código Técnico de la Edificación en materia de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas vigentes a día de hoy.

3.6 Disciplina urbanística. La APLU no puede ordenar directamente la demolición de edificaciones erigidas conforme a licencia de obras municipal. Previamente debe revisarse y anularse la licencia.

La Sentencia del TS de 19 de enero de 2024 (rec. 3815/2022, ponente: Olea Godoy) ratifica el criterio consolidado del TSJG conforme al cual la Administración autonómica carece de la posibilidad de exigir el derribo de edificaciones que se construyeron al amparo de licencia municipal. Antes debe impugnarse y anularse la licencia (Sentencias del TSJG de 2 de noviembre de 2020 -rec. 4163/2019-; 13 de julio de 2021 -rec. 4074/2021-; 17 de enero de 2022 -rec. 4284/2021-; y 15 de noviembre de 2023 -rec. 4147/2023-).

4 PERSONAL

4.1 Procedimiento selectivo para nuevo ingreso en las Administraciones locales. No es preceptivo ofrecerles previamente las plazas vacantes a los funcionarios de carrera mediante concurso de traslados.

Resuelve la diatriba el TSJG en su sentencia de 15 de febrero de 2024 (rec. 452/2023, ponente: Seoane Pesqueira) con esta argumentación:

<<(…) Hay que tener en cuenta que en esta materia rige la regulación contenida en el artículo 18.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, en la redacción derivada de la modificación operada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (...), que al regular las ofertas de empleo público contiene un precepto específico que habilita la oferta al titular de nuevo ingreso, al establecer que “Las vacantes correspondientes a las plazas incluidas en las convocatorias para ingreso de nuevo personal no precisarán de la realización de concurso previo entre quienes ya tuvieren la condición de funcionarios”.

Este precepto mantiene su vigencia porque, si bien es cierto que los apartados 1 a 5 de dicho artículo 18 de la Ley 30/1984 fueron derogados por la disposición derogatoria única.b) de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, en ella se añadía que continuaban vigentes en tanto no se opongan a lo establecido en el mismo hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo, según establece su disposición final 4.2.

Por tanto, tiene respaldo normativo la actuación del Concello de Lugo de haber convocado la plaza litigiosa sin haberla incluido previamente en un concurso entre quienes ya tuvieran la condición de funcionarios. Y esa cobertura es a través de una norma con rango de ley. La demandante pretende que, frente a

Regap



COMENTARIOS

dicha norma, prevalezca lo recogido en el apartado 6.3 del plan de ordenación de recursos humanos del Concello de Lugo, para lo que invoca la potestad de autoorganización de las Corporaciones Locales y se apoya en la disposición adicional 21ª de la propia Ley 30/1984, según la cual “ Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, de acuerdo con su capacidad de autoorganización, podrán adoptar, además de Planes de Empleo, otros sistemas de racionalización de los recursos humanos, mediante programas adaptados a sus especificidades, que podrán incluir todas o alguna de las medidas mencionadas en los apartados 2 y 3 del artículo 18 de la presente Ley , así como incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación anticipada”.

Esta disposición adicional 21ª de la Ley 30/1984 no permite a las Corporaciones Locales alterar cuanto se recoge en el apartado 4 del artículo 18, pues expresamente se refiere a la posibilidad de inclusión de las medidas contenidas en los apartados 2 y 3, pero no a la del apartado 4, la cual no tiene nada que ver con los incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación anticipada (...).

La lectura detenida de dicho apartado pone de manifiesto que a su amparo no se permite que la Corporación Local incluya una medida que vaya en contra de lo que establece el apartado 4 del mismo precepto. Tampoco lo permite el apartado 3 del propio artículo 18, con arreglo al cual “ El personal afectado por un Plan de Empleo podrá ser reasignado en otras Administraciones Públicas en los términos que establezcan los convenios que, a tal efecto, puedan suscribirse entre ellas”.

Para fundar su pretensión de anulación de la resolución administrativa impugnada también invoca la apelante el título X de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia, que se refiere a la planificación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que contempla, en su artículo 69 (no lo cita expresamente la recurrente) que los planes de ordenación de recursos humanos pueden incluir, entre otras medidas, el análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos, y medidas de movilidad.

El examen de una y otra regulación evidencia que entre esas medidas de planificación para la ordenación de recursos humanos no cabe incluir la que se recoge en el apartado 6.3 del plan de ordenación de recursos humanos del Concello de Lugo, por lo que ni la normativa que se menciona puede servir de apoyo a la pretensión de fondo que se invoca ni a su amparo puede prevalecer aquel apartado sobre el artículo 18.4 de la Ley 30/1984 que, como hemos visto, continúa vigente>>.

5 PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

5.1 Legitimación activa de la junta de personal de una corporación municipal para impugnar un procedimiento selectivo. Vinculación de la Administración por sus actos propios.

La Sentencia del TSJG de 15 de febrero de 2024 (rec. 452/2023, ponente: Seoane Pesqueira) revoca la de instancia apelada, reconociéndole legitimación activa a la junta de personal del Ayuntamiento de Lugo para impugnar resoluciones dictadas en materia de selección de personal, con estos planteamientos:

<<(…) el artículo 4o.1.e del EBEP establece, como una de las funciones de las Juntas de personal, la de vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en materia de condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, Seguridad Social y empleo y ejercer, en su caso, las acciones legales oportunas ante los organismos competentes, mientras que el apartado 2 del propio artículo 4o dispone que “ Las Juntas de Personal, colegiadamente, por decisión mayoritaria de sus miembros y, en su caso, los Delegados de Personal, mancomunadamente, estarán legitimados para iniciar, como interesados, los correspondientes procedimientos administrativos y ejercitar las acciones en vía administrativa o judicial en todo lo relativo al ámbito de sus funciones”.

Con esa norma se permite que la Junta de personal defienda lo que pueda constituir un interés colectivo de los empleados públicos que afecta a sus condiciones de empleo.

Al ejercitar el recurso promovido en el caso que ahora se analiza la Junta de personal está defendiendo las condiciones de empleo de los empleados públicos del Concello de Lugo (...). En consecuencia, el artículo 4o.1.e del EBEP respalda la legitimación ad causam de la Junta de personal para la promoción del recurso contencioso-administrativo frente a una resolución del Concello de Lugo en la que se decide ofertar dos plazas de auxiliar administrativo, y posteriormente adscribir, al personal de nuevo ingreso sin dar la posibilidad de provisión por quienes ya tienen la condición de funcionarios de carrera del Concello.

Al anterior argumento se añade que en vía administrativa ya se reconoció a la Junta de personal legitimación, pues se dio respuesta al recurso de reposición que planteó sin ponerla en cuestión, por lo que resulta invocable la doctrina del Tribunal Supremo según la cual la Administración no puede ignorar en vía judicial una legitimación ya reconocida en vía administrativa (sentencias de 8 de noviembre de 1995 y 18 de enero de 1996, 19 de enero y 21 de marzo de 2020). Esa línea jurisprudencial no se ha visto modificada por la más reciente sentencia de 28 de enero de 2019, porque esta se refiere al tema específico de la legitimación

Regap



COMENTARIOS

del denunciante en un procedimiento sancionador y para acudir a la vía judicial frente a la resolución final del mismo>>.

6 SANIDAD.

6 Programa de citación en atención primaria “Xide”.

En el año 2021 la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia implantó el programa “Xide”, de “gestión integral de la demanda en equipo en la atención primaria”. Es un sistema de citas médicas automatizado consistente, básicamente, en que el paciente le proporciona una serie de datos a un administrativo, el cual los introduce en un programa que, mediante un algoritmo, determina la prioridad y tipo de consulta, así como el profesional que debe atenderla.

El “Consello Galego de Médicos” solicitó su retirada. Frente a la consiguiente desestimación presunta interpuso ante el TSJG el rec. 7092/2023, el cual fue desestimado por Sentencia de 22 de marzo de 2024 (ponente: López Fernández). Concluyó la Sala, en primer lugar, que la implantación de dicho programa se aprobó mediante un acto administrativo, por lo que no le eran exigibles los trámites de las disposiciones generales. Sobre el fondo del asunto, realiza las siguientes consideraciones de interés:

<<(…) se trata de un instrumento que sustituye al sistema tradicional de citas a los pacientes por su turno de llegada al Centro de Salud, para pasar a otro previamente diseñado por una comisión de expertos que ha elaborado un manual de ayuda y orientación para la adecuada y eficaz gestión de las citas previas de los pacientes, lo que no se agota con su exclusivo examen por el facultativo o sanitario no facultativo para su diagnóstico, pronóstico y tratamiento, sino que requiere de la intervención de todos los profesionales y empleados que integran el Equipo de Salud, entre ellos los estatutarios del área administrativa (personal de servicios generales), que son los que reciben en primer lugar a los pacientes y que se limitan a incorporar al programa los datos sobre los motivos de la consulta que aquéllos les facilitan, sin que en modo alguno realicen una valoración clínica de su estado, ni de sus signos o sintomatología, ni realicen interpretación alguna de lo que solicitan, ya que –previa la formación facilitada al efecto– se limitan a incorporar al programa los síntomas que los pacientes les declaran, para hacerlos concordar con los que los autores de tal programa han preestablecido (en la fecha de la práctica de la prueba unos 800).

En suma, la ejecución de la programación de citas “Xide” por el personal estatutario de servicios generales ni es un triaje, ni un sistema “encubierto” de triaje, como sostiene el letrado de la actora, pues no va encaminado a valorar o diagnosticar al paciente, función que tan sólo se le encomienda al personal sanitario, ya sea no facultativo, pero no al de servicios generales creado por Decreto 160/1996, de 25

de abril, de configuración e introducción en el Estatuto de personal no sanitario de instituciones sanitarias de la Seguridad social de la categoría de personal de servicios generales, cuyo artículo 3 enumera funciones como las administrativas y apoyo a la gestión, recepción, atención e información al paciente y de materialización o consecución del programa de cita previa, que es a lo que se refiere el programa discutido, sin que se le permita a ese personal extralimitarse en tales funciones, y de ahí que la testigo-perito haya declarado que tal personal ha sido instruido para cubrir los datos, así como para recabar de los médicos el auxilio que demanden cuando tengan dudas. (...).

El algoritmo del programa, no es sino un patrón o documento de uso interno que recoge operaciones básicas para la solución de un problema, en este caso mediante la recopilación de datos previamente definidos por un comité de expertos, sobre los motivos de la consulta que interesa el paciente, con la finalidad de hacer más eficaz el sistema de citación para que reciban asistencia a cargo de quien tiene facultad para ello: el personal sanitario. (...).

[Respecto] de la confidencialidad de los datos médicos de los pacientes (...), el paciente siempre puede pedir consulta telefónica, sin que venga obligado a hacerlo de forma presencial, ni a facilitar datos o información de índole sanitaria que no quiera aportar, sino tan sólo el motivo de la consulta para proceder a su debida atención por los profesionales sanitarios, lo que no sólo sucede con la asistencia primaria, sino también con la especializada y la de urgencia; ello no quiere decir que aquellos ciudadanos no tengan derecho a la confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las administraciones públicas (...). Pues bien, como se ha advertido, no ha quedado acreditado en modo alguno que la confidencialidad haya quedado comprometida con la metodología que impuso la ejecución del programa “Xide”; otra cosa sería que en algún caso se pudiera contravenir esa obligación, pero esto no se enjuicia en este caso>>.

Regap



COMENTARIOS

7 TRIBUTOS.

7.1 Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU). Inconstitucionalidad de su regulación. Responsabilidad patrimonial del estado legislador.

El TS, en su Sentencia de 5 de abril de 2024 (rec. 302/2023, ponente: Huet de Sande) confirma la desestimación por el Consejo de Ministros de la reclamación indemnizatoria formulada por una mercantil inmobiliaria gallega, mediante el cauce de la “responsabilidad patrimonial del estado legislador”, motivada en la declaración de nulidad de la regulación del IIVTNU por la sentencia del TC 182/2021, de 26 de octubre.

El alto tribunal considera que en este caso en concreto no se cumple el requisito de la “antijuridicidad” del daño, al no haber acreditado la actora haber padecido un decremento patrimonial entre las dos transmisiones determinantes del tributo:

<<(…) La expulsión del ordenamiento jurídico de determinados preceptos del TRLHL por la STC 182/2021 no conduce necesariamente –como pretende el recurrente– a calificar de antijurídico el abono de determinadas cantidades en concepto del IIVTNU o que esas cantidades, por equivalencia, constituyan un daño efectivo desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial. Para llegar a tal conclusión es preciso que se acredite a través de los medios de prueba establecidos en el ordenamiento tributario que el hecho imponible no se ha producido o que se ha producido en cuantía distinta a la establecida por la Administración con su método de estimación objetiva, o que las reglas de cálculo aplicadas eran incorrectas. Ninguno de estos extremos resultó acreditado en el presente caso pese a la utilización de diferentes medios de prueba por parte del actor.

Aunque de una declaración de inconstitucionalidad puede extraerse la presunción de la antijuridicidad de los daños derivados de los actos de aplicación, lo cierto es que tal presunción no es absoluta y puede ser desvirtuada por las circunstancias que concurren en el caso concreto, como aquí acontece. No existe, pues, el automatismo pretendido por la parte actora, que deduce su derecho a la indemnización del simple hecho de haber abonado el tributo, obviando la existencia de unos procesos previos en los que se tuvo en cuenta la doctrina constitucional emanada de las SSTC 59/2017, de 11 de mayo de 2017, y 126/2019, de 31 de octubre de 2019, y que facilitaron una prueba del hecho imponible en línea con lo declarado por la STC 182/2021, sin que se pusiera de manifiesto una realidad patrimonial que sometida a tributación contraviniera el principio de capacidad económica. Esa insuficiencia probatoria se hace ahora extensiva, en este proceso, a la determinación de la efectividad del daño y a su cuantía, circunstancias que tampoco podemos presumir obviando los resultados de los procesos judiciales previos>>.

7.2 El tipo autonómico del impuesto sobre hidrocarburos es contrario a la Directiva 2003/96/CE sobre imposición de los productos energéticos y de la electricidad.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su sentencia de 30 de mayo de 2024 (C-743/22), en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el TS, concluye que:

<<La Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad, en su versión modificada por la Directiva 2004/74/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, y por la Directiva 2004/75/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, en particular su artículo 5, debe interpretarse en el sentido de

que se opone a una normativa nacional que autoriza a regiones o comunidades autónomas a establecer tipos del impuesto especial diferenciados para un mismo producto y un mismo uso en función del territorio en que se consuma el producto fuera de los casos previstos a tal efecto>>.

Con la siguiente motivación:

<<(…) 50 (…) para aplicar tipos diferenciados en el territorio de un Estado miembro, para un mismo producto y un mismo uso, cuando tal posibilidad no está prevista en las propias disposiciones de la Directiva 2003/96, sigue siendo necesaria una autorización en virtud de esta Directiva, con independencia del respeto de los niveles mínimos de imposición.

51 Por consiguiente, tanto del artículo 5 como del análisis del conjunto de las disposiciones de la Directiva 2003/96 que prevén reducciones o exenciones fiscales se desprende que, aunque es cierto que el ámbito de la imposición de los productos energéticos y de la electricidad solo está parcialmente armonizado y esta Directiva reconoce a los Estados miembros cierto margen de maniobra para que puedan aplicar políticas adaptadas a los contextos nacionales, no lo es menos que este margen de maniobra está delimitado. De ello se deduce que, con independencia del respeto de los niveles mínimos de imposición impuestos por dicha Directiva, las facultades ofrecidas a los Estados miembros para establecer tipos impositivos diferenciados y exenciones o reducciones de los impuestos especiales solo pueden ejercerse en el estricto cumplimiento de los requisitos establecidos por las disposiciones pertinentes de la Directiva 2003/96. (...)

53 En el caso de autos, es preciso señalar que ninguna de las excepciones previstas por la Directiva 2003/96 autoriza expresamente al Reino de España a aplicar, para un mismo producto y un mismo uso, tipos del impuesto especial diferenciados según las comunidades autónomas en las que se consuman dichos productos. Este extremo no ha sido discutido por el Gobierno español, que tampoco niega que no ha obtenido una excepción específica en virtud del artículo 19 de dicha Directiva para permitir a esas comunidades autónomas fijar tipos autonómicos diferenciados del impuesto especial sobre hidrocarburos.

(…) el hecho de reconocer a cada Estado miembro la posibilidad de aplicar tipos diferenciados en sus regiones para un mismo producto y un mismo uso, sin ninguna delimitación o mecanismo de control, podría perjudicar el buen funcionamiento del mercado interior, fragmentándolo en mayor medida, y, de este modo, comprometer la libre circulación de mercancías>>.

regap



COMENTARIOS

7.3 Nulidad de ordenanza fiscal municipal por defecto grave de tramitación al no haberse publicado en el tablón de anuncios del ayuntamiento el contenido íntegro de la versión aprobada provisionalmente, durante la fase de exposición pública.

Las Sentencias del TJSG de 1 y 8 de febrero de 2024 (recs. 15267/2023 y 15225/2023, ponentes: Fernández Leiceaga y Pérez Pliego) declararon la nulidad, por este defecto formal, de sendas ordenanzas fiscales aprobadas en 2022 por, respectivamente, los Ayuntamientos de Guitiriz y Baleira (Lugo) por el defecto formal consistente en que en la fase de exposición pública de la ordenanza aprobada provisionalmente, no se publicó su texto íntegro en el tablón de anuncios municipal. Considera la Sala que la posterior publicación en el BOP del texto aprobado definitivamente no subsana dicho vicio de forma.

7.4 Sanciones tributarias. Ausencia de culpabilidad por errores razonables cometidos en la autoliquidación del IRPF.

El TSJG, en Sentencia de 28 de noviembre de 2023 (rec. 15081/2023, ponente: Rivera Frade) anula las sanciones impuestas por la Agencia Tributaria tras la regularización de una autoliquidación de IRPF errónea, al considerar ausente el elemento de “culpabilidad” en el supuesto infractor. Reconoce así el “derecho al error”, con estas consideraciones:

<<(…) el abogado del Estado admite la complejidad de las operaciones en las que ha participado el actor, pero resta importancia a este dato en base a que el obligado tributario ha contado con asistencia de representantes y colaboradores, según dice desprenderse de la autoliquidación del IRPF del ejercicio 2014. Con estos argumentos pretende responder a las alegaciones que hace la parte actora en su escrito de demanda, alegando que sus conocimientos tributarios son limitados. Ello entronca con lo que se conoce como “derecho al error” (el droit à l’erreur del derecho francés), que no ha pasado desapercibido para el Consejo para la Defensa del Contribuyente en la “Propuesta 3/2022, sobre la incorporación del derecho al error al Ordenamiento tributario español”, sobre todo teniendo en cuenta la generalización del régimen de autoliquidaciones como expresión del traspaso de la responsabilidad de aplicación de los tributos de la Administración, según señala el Consejo. Y aunque esa propuesta todavía no ha tenido reflejo en la LGT, quizá se haya iniciado un camino que conduzca a evitar sanciones por incumplimientos involuntarios de las normas fiscales.

Con lo que se acaba de decir, se quiere llamar la atención de que la complejidad de las normas y de los procedimientos, al que quedaría vinculada la regulación de aquel derecho, opera como factor a tener en cuenta a la hora de valorar la culpabilidad del obligado tributario; y al mismo tiempo llamar la atención de que el necesario análisis del elemento de culpabilidad no desaparece, sino que

se mantiene en toda su extensión, cuando el obligado tributario cuenta con la asistencia de asesores en las gestiones de naturaleza fiscal>>.

8 UNIVERSIDADES

8.1 Derecho del profesorado asociado a tiempo parcial a la evaluación de su actividad docente (quinquenios).

La Sentencia del TSJG de 2 de mayo de 2024 (rec. 87/2024, ponente: Seoane Pesqueira) confirma en apelación la revocación de una resolución de una universidad gallega que había inadmitido la solicitud de evaluación de los méritos docentes del año 2020 (quinquenios) presentada por un profesor asociado con dedicación parcial. Declara el derecho a la evaluación docente del profesorado no permanente contratado, a tiempo completo o parcial, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, de 18 marzo de 1999 (Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio), así como en la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1997, que incorpora el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial:

<<En definitiva, no se aprecia ninguna justificación objetiva y razonable para el trato desigual, por lo que el profesorado asociado, como el demandante, por mucho que su contrato sea con dedicación a tiempo parcial, tiene derecho igualmente a ser admitido para la evaluación de sus méritos docentes. Frente a ello no cabe argumentar en base al artículo 5.2 del RD 1086/1989, ya que estamos en presencia de una condición de empleo y no puede tratarse al trabajador a tiempo parcial de manera menos favorable que al trabajador a tiempo completo en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario>>.

8.2 Sanción disciplinaria a profesor universitario por vejar a una de sus alumnas con comentarios machistas durante las clases.

La Sentencia del TSJG de 18 de octubre de 2023 (rec. 470/2022, ponente: Bolaño Piñeiro) confirma las sanciones principales de suspensión de funciones impuestas por la Universidad de Santiago de Compostela a uno de sus profesores por haber insultado a una alumna en clase con comentarios sexistas. Incide la Sala en que:

<<(…) No se trata en absoluto de cuestionar la labor académica del recurrente durante 30 años en la Universidad, que, de hecho, no se cuestiona en la resolución administrativa recurrida. Tampoco se trata de abordar cuestiones personales del recurrente con otros compañeros de profesión. De lo que se trata es de analizar la conducta del recurrente, profesor universitario con años de experiencia, un día concreto.

regap



COMENTARIOS

En el presente caso nos encontramos con una sanción impuesta al recurrente por unos hechos concretos, que tuvieron lugar el 22 de octubre de 2.019 mientras el recurrente impartía a varios alumnos una de sus clases. Ni la libertad de cátedra ni la libertad de expresión amparan que el recurrente se dirija a sus alumnos haciendo comentarios respecto a su aspecto físico. En este caso se ha sancionado la conducta del recurrente que se concretó en unas expresiones, cuyo contenido es claro, no siendo relevantes esos matices que pretende realizar la parte apelante, y que fueron dirigidas expresa y específicamente a una de sus alumnas. En esas expresiones, totalmente inadecuadas, el recurrente menciona los pechos de la alumna, manifestando su desagrado por la vestimenta y el escote que llevaba en ese momento dicha alumna. Efectivamente esa conducta es constitutiva de la infracción por la que fue sancionado el recurrente, pues realizó comentarios totalmente impropios referidos al aspecto físico de una mujer, conducta del recurrente que constituye la discriminación que sanciona el precepto legal.

No se sabe si el recurrente le hubiese dicho lo mismo a un alumno varón, o no, dado que lo que compete a esta Sala es analizar los hechos por los que se sancionó al recurrente, no cualquier otra situación hipotética.

Por supuesto que un docente puede exigir respeto en su clase, pero proferir expresiones inadecuadas y referidas al aspecto físico de una alumna, no es una conducta aceptable>>.

Regap

Recensiones

3



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_enero-junio 2024 | pp. 337-338
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v67i1.5246>
© Sophie Anton

ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 01/07/2024 | Aceptado: 03/12/2024

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

67 Regap

Martín Fernández, Carmen, El régimen sancionador de la seguridad ciudadana, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2023.

Regap



RECENSION

SOPHIE ANTOUN
Doctoranda en Derecho
Universidad de Santiago de Compostela

El libro que se recensiona lleva por título *El régimen sancionador de la seguridad ciudadana*. Se trata de una obra de la profesora Carmen Martín Fernández, quien es profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Córdoba.

El estudio comienza con un prólogo del profesor Manuel Rebollo Puig, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba, quien hace una perfecta introducción al objeto y pretensiones de la monografía.

La obra en sí supone la publicación de un arduo trabajo de investigación en el que se ha perseguido como objetivo el abordar ese régimen sancionador relativo a la seguridad ciudadana, régimen que se circunscribe a la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que ha tenido, desde su aprobación, un especial interés jurídico.

A lo largo de sus páginas nos encontramos con una estructura perfectamente diferenciada del trabajo, siendo esta una parte general, constituida por cinco capítulos, y una parte especial que consta de seis capítulos.

En la parte general se abordan aspectos esenciales de la seguridad ciudadana. Concretamente se tratan, tal y como se puede ver en la nomenclatura de los capítulos, los límites que existen entre la rama del derecho penal y el administrativo sancionador en el tema, lo que se pretende proteger y quien ostenta la competencia en la materia, garantías generales existentes, así como ciertos aspectos relacionados con la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

La parte especial se centra en abordar las infracciones propiamente dichas en distintos temas que se circunscriben a la ley orgánica.

La obra es un excelente estudio que la autora nos presenta en relación con el régimen sancionador que se puede encontrar en la ley orgánica. A lo largo de sus páginas, procede a hacer un análisis completo y profundo del régimen así como busca aportar soluciones y resolver incógnitas a problemas que se han dado en relación con el tema.

Nos encontramos, en definitiva, con un trabajo de importancia en una materia tan relevante en nuestros días que se convierte en bibliografía obligada para quien desee conocer aspectos concernientes a la seguridad ciudadana.

Regap

PROCESO DE SELECCIÓN E AVALIACIÓN DOS ORIXINAIS NORMAS DE PUBLICACIÓN

PROCESO DE SELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ORIGINALES NORMAS DE PUBLICACIÓN

SELECTION AND EVALUATION PROCESS OF ORIGINALS PUBLICATION REQUIREMENTS

PROCESO DE SELECCIÓN E AVALIACIÓN DOS ORIXINAIS

A selección dos textos responderá a criterios de orixinalidade, novidade, relevancia e rigor. Os orixinais que non se atean estritamente ás normas de publicación que se indican a continuación serán devoltos aos autores para a súa corrección antes do seu envío aos avaliadores. Unha vez que a Secretaría comprobe o cumprimento das normas de publicación, os autores recibirán aviso do recibo dos orixinais remitidos coa indicación da duración aproximada do proceso de avaliación. Os textos serán sometidos á revisión de dous expertos alleos ao equipo editorial (doutores ou outras persoas de recoñecido prestixio) seguindo o sistema para o anonimato de dobre cego. O resultado da avaliación poderá ser positiva, positiva con modificacións ou negativa. En caso de que os avaliadores propoñan modificacións de forma motivada na redacción do orixinal, será responsabilidade do equipo editorial –unha vez informado o autor– o seguimento do proceso de reelaboración do traballo. No suposto de non ser aceptado para a súa edición, o orixinal será devolto ao seu autor xunto cos ditames emitidos polos avaliadores. Antes da súa publicación, os autores recibirán por correo electrónico a versión definitiva do artigo para facer as correccións oportunas das probas de imprenta no prazo de quince días.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. As propostas de colaboración coa *Revista Galega de Administración Pública* remitiranse a través da plataforma electrónica dispoñible na seguinte ligazón: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. Os traballos deberán ser remitidos antes do 15 de maio e do 15 de novembro, para os dous números ordinarios. As datas de remisión e aceptación figurarán nun lugar visible da revista.
3. Os traballos enviados deberán cumprir as seguintes condicións:
 - a) Ser inéditos e non estaren incluídos en procesos de avaliación doutras publicacións.
 - b) Estar redactados en galego, español, portugués, francés, italiano, inglés e alemán.
 - c) Conter un número de entre 30.000 e 40.000 caracteres (40 páxinas como máximo) para os traballos redactados como “estudos”; e dun máximo de 15.000 (non máis de 30 páxinas) para os editados como “comentarios e crónicas”.
4. Os traballos que se propoñen para a súa publicación como artigos deberán incluír, por esta orde:
 - a) Un título descritivo do contido. Xunto co nome, apelidos, profesión ou cargo do/a/s autor/a/es/as, o nome da institución de adscrición, o país da institución e o enderezo electrónico do/a/s autor/a/es/as.
 - b) Un resumo (dun máximo de 120 palabras) no idioma en que se presenta o texto principal e a súa tradución ao inglés, de non ser esta a lingua utilizada na súa redacción.
 - c) Unha relación dun mínimo de cinco palabras clave, e un máximo de dez, que identifiquen as materias sobre as que versa o texto principal, e a súa versión ao idioma inglés, de non ser esta a lingua empregada na súa redacción.



- d) Sumario seguindo a estrutura da CDU.
(Exemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).
 - e) O corpo principal do texto.
 - f) A bibliografía.
5. Os traballos deberán ser coidadosamente revisados pola(s) persoa(s) responsable(s) da súa autoría no tocante ao estilo, e respectarán ademais os seguintes requisitos:
- a) Todos os traballos deberán ser presentados a un espazo e medio, con formato de fonte *Times New Roman*, tamaño 12.
 - b) As notas figurarán a pé de páxina, gardarán unha numeración única e correlativa para todo o traballo e axustaranse ao seguinte modelo:
 - LIBRO: AUTOR, *Título da publicación*, núm. edición, lugar da publicación, editor, ano, páxina.
 - AUTOR, "Título do artigo", *título da fonte* (revista ou outra colectiva), número, ano, páxinas.

- c) A bibliografía deberá conter con exactitude toda a información dos traballos consultados e citados (autoría, título completo, editor, cidade e ano de publicación; de se tratar dunha serie, serán indicados o título e o número do volume ou a parte correspondente).
 - d) Os documentos, fontes ou bases de datos publicados na Internet deberán indicar o URL respectivo, sinalando a data de consulta. Por exemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26 de setembro de 2013)
6. Dereitos de autoría. Unha vez que o Consello Editorial acepte publicar calquera material (artigo ou recensión) recibido, os dereitos exclusivos e ilimitados para reproducir e distribuír os traballos en calquera forma de reprodución, idioma e país serán transferidos á Escola Galega de Administración Pública (EGAP).

PROCESO DE SELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ORIGINALES

La selección de los textos responderá a criterios de originalidad, novedad, relevancia y rigor. Los originales que no se atengan estrictamente a las normas de publicación que se indican a continuación serán devueltos a los autores para su corrección antes de su envío a los evaluadores. Una vez que la Secretaría compruebe el cumplimiento de las normas de publicación, los autores recibirán aviso del recibo de los originales remitidos con la indicación de la duración aproximada del proceso de evaluación. Los textos serán sometidos a la revisión de dos expertos ajenos al equipo editorial (doctores u otras personas de reconocido prestigio) siguiendo el sistema para el anonimato de doble ciego. El resultado de la evaluación podrá ser positiva, positiva con modificaciones o negativa. En caso de que los evaluadores propongan modificaciones de forma motivada en la redacción del original, será responsabilidad del equipo editorial –una vez informado el autor– el seguimiento del proceso de reelaboración del trabajo. En el supuesto de no ser aceptado para su edición, el original será devuelto a su autor junto con los dictámenes emitidos por los evaluadores. Antes de su publicación, los autores recibirán por correo electrónico la versión definitiva del artículo para hacer las correcciones oportunas de las pruebas de imprenta en el plazo de quince días.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. Las propuestas de colaboración con la *Revista Galega de Administración Pública* se remitirán a través de la plataforma electrónica disponible en el siguiente enlace: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. Los trabajos deberán ser remitidos antes del 15 de mayo y del 15 de noviembre, para los dos números ordinarios. Las fechas de remisión y aceptación figurarán en un lugar visible de la revista.
3. Los trabajos enviados deberán cumplir las siguientes condiciones:
 - a) Ser inéditos y no estar incluidos en procesos de evaluación de otras publicaciones.
 - b) Estar redactados en gallego, español, portugués, francés, italiano, inglés y alemán.
 - c) Contener un número de entre 30.000 y 40.000 caracteres (40 páginas como máximo) para los trabajos redactados como "estudios"; y de un máximo de 15.000 (no más de 30 páginas) para los editados como "comentarios y crónicas".
4. Los trabajos que se proponen para su publicación como artículos deberán incluir, por este orden:
 - a) Un título descriptivo del contenido. Junto con el nombre, apellidos, profesión o cargo del/de la/s autor/a/es/as, el nombre de la institución de adscripción, el país de la institución y la dirección electrónica del/de la/s autor/a/es/as.
 - b) Un resumen (de un máximo de 120 palabras) en el idioma en que se presenta el texto principal y su traducción al inglés, si no es ésta la lengua utilizada en su redacción.
 - c) Una relación de un mínimo de cinco palabras clave, y un máximo de diez, que identifiquen las materias sobre las que versa el texto principal, y su versión al idioma



inglés, si no es ésta la lengua usada en su redacción.

d) Sumario siguiendo la estructura de la CDU. (Ejemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).

e) El cuerpo principal del texto.

f) La bibliografía.

5. Los trabajos deberán ser cuidadosamente revisados por la(s) persona(s) responsable(s) de su autoría en lo tocante al estilo, y respetarán además los siguientes requisitos:

a) Todos los trabajos deberán ser presentados a un espacio y medio, con formato de fuente *Times New Roman*, tamaño 12.

b) Las notas figurarán a pie de página, guardarán una numeración única y correlativa para todo el trabajo, y se ajustarán al siguiente modelo:

- LIBRO: AUTOR, *Título de la publicación*, núm. edición, lugar de la publicación, editor, año, página.

- AUTOR, "título del artículo", *Título de la fuente* (revista u otra colectiva), número, año, páginas.

c) La bibliografía deberá contener con exactitud toda la información de los trabajos consultados y citados (autoría, título completo, editor, ciudad y año de publicación; si se trata de una serie, serán indicados el título y el número del volumen o la parte correspondiente).

d) Los documentos, fuentes o bases de datos publicados en Internet deberán indicar el URL respectivo, indicando la fecha de consulta. Por ejemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26 de septiembre de 2013)

6. Derechos de autoría. Una vez que el Consejo Editorial acepte publicar cualquier material (artículo o recensión) recibido, los derechos exclusivos e ilimitados para reproducir y distribuir los trabajos en cualquier forma de reproducción, idioma y país serán transferidos a la *Escola Galega de Administración Pública* (EGAP).

SELECTION AND EVALUATION PROCESS OF ORIGINALS

The selection of texts that will be included in the *Galician Magazine of Public Administration* is based on the following criteria; originality, novelty, relevance and accuracy. Original texts that do not meet requirements listed below will be returned to the authors to be corrected before being submitted for evaluation. Once originals have been received and checked that comply with publication requirements, the Secretary will confirm that the original texts have been received and give an estimated date to be accepted. Texts will be reviewed by two (Phd or equivalent) experts from out of the editorial board. Evaluation process will be anonymous to ensure the independence in the selection. The texts will be evaluated as accepted, accepted with modifications or rejected. In the case the text is accepted with modifications, the publishing team will be in charge of following up the resubmission of the text (author will be informed). In the case of the text being rejected, the original will be returned to the author together with the evaluation assessment. Before the text is published the author will receive by email a final copy to make any changes on the final edition if needed in the next fifteen days.

PUBLICATION REQUIREMENTS

1. Proposals of collaboration with the *Galician Magazine of Public Administration* will be through the electronic platform available at the following link: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. The original texts will be received before 15th of May and of May and before 15th of November for the two annual issues. Dates of reception and acceptance will appear in a visible place of the magazine.
3. The texts should meet the following requirements:
 - a) Be original and not being included in any other evaluation process.
 - b) Be written in Galician, Spanish, English, German, Portuguese, Italian or French.
 - c) Constraining a number between 30.000 and 40.000 characters (40 pages at the most) for the works written out as "Studies"; and of a maximum of 15.000 (in the more than 30 pages) for the ones edited as "Comments and Chronicles".
4. The works proposed as articles will include in the following order:
 - a) A title describing contents together with name, surnames, profession, position, name and country of the institution, and email address of the author(s).
 - b) A summary (maximum of 120 words) in the language in which the main text is submitted and translation to English language if this wasn't the language of choice.
 - c) A minimum of five key words, and a maximum of ten, stressing the contents of the main text. They will be translated to the English language if this wasn't the language of choice.
 - d) Index would follow a CDU structure. (Example: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).



- e) Text's main body.
 - f) Bibliography.
5. The works should be checked carefully by the author(s) in regards with style. In addition, the originals should comply with the following requirements:
- a) All the works will have to be presented to a space and to a half, with format of source *Times New Roman*, size 12.
 - b) Notes will appear as footnotes and keeping a correlative numeration in all the work. Notes should be adjusted to the next model:
 - BOOK: AUTHOR, *Title of the publication*, number. Publish, place of publication, editor, year, page.
 - AUTHOR, "Title of the article", *Title of the source* (magazine or review), number, year, pages.
 - c) Bibliography must include all information sources consulted and mentioned in the work (authorship, completed title, editor, city and year of publication; should the source belong to a serie, the number of the volume will be also included).
 - d) Documents, online sources and/or databases will contain its URL and date of last. For example: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26th September 2013)
6. Author's copyright. Once the Editorial Team decides to publish any text (article or review), the exclusive and unlimited rights to reproduce and distribute these pieces works in any form of reproduction, language and country will be transferred to the Galician School of Public Administration (EGAP).

