

Dito doutro xeito, o dereito, igual que outras ramas de coñecemento, posúe unha linguaxe de especialidade, que de maneira habitual ten un carácter prescritivo, de modo que o emisor ocupa xeralmente unha posición de dominio pola intervención dos poderes públicos, aínda que tamén se atopan funcións reguladoras, performativas, informativas ou interpretativas⁶.

Neste sentido, cobra unha especial importancia o enfoque da linguaxe xurídica a través da aproximación aos distintos xéneros xurídicos, que non son outra cousa que as manifestacións sistemáticas deste complexo ámbito⁷:

- A norma: Entendida en sentido amplo –lei e regulamento–, e emanada polo lexislador –así como polo executivo en determinadas situacións–, ten unha linguaxe prescritiva, que trata de pautar o comportamento social, se ben é certo que existen excepcións coas normas de *soft law* ou de linguaxe indicativa. Cabe destacar que a configuración do dereito a unha lexislación de calidade e á seguridade xurídica (art. 129 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas) presupoñen o da claridade na linguaxe. Doutro modo, existen directrices de técnica normativa e definicións consideradas nas propias normas como exemplos da vontade de mellorar tecnicamente desde a lingua ao dereito.
- A sentenza: Neste caso, a ferramenta propia do poder xudicial é a sentenza, que interpreta textos normativos para un caso concreto. Pola contra, trátase de textos informativos, descritivos e directivos, e cunha forte repercusión social. Malia as prescricións estruturais da sentenza (art. 248.3 LOPX), o ámbito lingüístico atópase a discreción do xuíz, máis alá da existencia dun *prontuario de estilo para o Tribunal Supremo* acordado no ano 2016.
- O acto administrativo: Quizais o xénero paradigmático ao que pode facerse mención, posto que emana de toda a actividade da Administración se o entendemos *lato sensu*. O característico da dita linguaxe administrativa é a posición da Administración como emisor, e a multiplicidade de ámbitos funcionais en que se desenvolve.
- A demanda: Tanto a demanda como outros escritos procesuais de parte representan o núcleo esencial da tarefa do avogado como interlocutor xurídico entre os cidadáns e os textos xudiciais. Pero tamén se manifesta alternativamente no ámbito verbal, dependendo do momento procesual.

Por outra parte, é recomendable reflexionar, como xuristas, acerca do contexto en que se sitúan os distintos escenarios comunicativos xurídicos. Esta disciplina,

⁶ *Ibíd.*, p. 317.

⁷ *Ibíd.*, pp. 319-325.

denominada pragmática, inflúe na correcta interpretación das palabras e do seu significado, así como das implicacións que ten o contexto na linguaxe xurídica⁸.

Por este motivo, tomando como referencia os anteriores xéneros, será receptor do dereito o cidadán no caso dos textos normativos e da linguaxe administrativa; os xuristas e os cidadáns ao mesmo tempo nos textos procesuais; ou soamente os xuristas no caso de textos académicos.

Doutro xeito, o emisor da linguaxe xurídica tamén depende da devandita realidade, atopándonos con que, como expresa MOREU⁹, “uns poucos deciden ou crean dereito (o lexislador, o goberno), outros fano cumprir (o xuíz, a Administración) e outros descríbeno, interprétano, sistematízano mesmo nun nivel de metalinguaxe (os avogados, os xuristas académicos)”.

O certo é que as anteriores aproximacións nos levan cara a un diagnóstico preocupante, e é que a linguaxe xurídica fracasa desde o punto de vista comunicativo. Son varios os factores que inflúen nesta situación: “o impacto dos medios de comunicación de masas, a falta dunha política clara de defensa e promoción do español, a dependencia da linguaxe política, a invasión do inglés e a debilidade dos estudos de lingua española na escola; o foco do problema sitúase na ineptitude para falar en público na era das comunicacións, na xudicialización da política e nun deficitario ensino secundario”¹⁰.

2.1.2 O dereito a comprender a linguaxe xurídica

As consecuencias da anterior problemática non son banais, xa que a incompreensión dos textos xurídicos por parte da cidadanía impacta directamente no ámbito dos dereitos e deberes. Así, o artigo 6.1 CC expón que “a ignorancia das leis non escusa do seu cumprimento”, mentres que o artigo 9.1 CE somete os poderes públicos e a cidadanía ás normas e ao ordenamento xurídico. Situámonos de cheo ante un problema de lexitimidade, de confianza e de eficacia do sistema xurídico¹¹ que debe resolverse desde un dobre prisma: a linguaxe xurídica clara e a linguaxe xurídica accesible.

A linguaxe xurídica clara fai referencia á sinxeleza, precisión e ausencia de ambigüidade. Doutro modo, exige achegarse á linguaxe utilizada normalmente pola sociedade tanto no ámbito semántico como na claridade normativa (simplificación). O certo é que observar desde o dereito a mellora da calidade lingüística e o estilo facilita a comprensión por parte da cidadanía¹².

Por outra banda, a linguaxe xurídica accesible sitúanos ante unha problemática sensiblemente diferente, e é que depende esencialmente da situación do receptor. Neste sentido, facemos referencia á diversidade funcional, ou a persoas con

⁸ *Ibíd.*, p. 341.

⁹ *Ibíd.*, p. 344.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 344.

¹¹ *Ibíd.*, pp. 345-346.

¹² *Ibíd.*, pp. 348-349.

discapacidade física, sensorial ou psíquica¹³. A previsión constitucional do artigo 9.2 CE de remoción de calquera causa de discriminación implica reforzar e aplicar unha serie de garantías para os colectivos susceptibles de discriminación¹⁴. Neste ámbito concreto, iso tradúcese no obxectivo de que os textos resulten de lectura doada e amable, o cal se está empezando a estender a distintos textos xurídicos, nos servizos públicos ou no acceso á xustiza, malia que polo momento non estamos ante un dereito exixible aos poderes públicos ou aos tribunais (*vid.* STSX Madrid 9043/2018, FX 6)¹⁵.

Finalmente, e como nexos cos seguintes apartados, cabe mencionar a situación multilingüe tanto pola parte do estatuto das linguas cooficiais e das políticas lingüísticas como unha conexión entre linguaxe e dereito con especial atención desde a doutrina xurídica. Doutro xeito, MOREU¹⁶ entende que “a reivindicación da linguaxe xurídica propia garda relación evidente co feito diferencial da lingua nun determinado contexto político [...]. En definitiva, a distribución territorial do poder e a coexistencia de linguas cooficiais xera problemas terminolóxicos e de tradución [...]. Ademais, España é un país con máis de catro millóns de cidadáns estranxeiros, e o obxectivo de comprensión da linguaxe xurídica debe facer fronte tamén a contextos multilingües”.

Todo o anterior cobra unha especial relevancia ante a situación en que se atopan varias linguas españolas, dado que non alcanzaron o status de cooficialidade, pola ausencia efectiva do dereito de opción lingüística. Este feito afecta aos anteriores colectivos que falen estas linguas, posto que impide, *de facto*, a posibilidade de que exista unha linguaxe accesible, ao comunicarse a Administración nun código diferente da súa lingua propia.

2.2 Tutela xurídica das linguas rexionais e/ou minoritarias: o caso da lingua asturleonese, estatutaria e non oficial

O modelo constitucional español de pluralismo lingüístico, que ten no artigo 3 CE a súa clave, está a ser obxecto, á luz das novas previsións recollidas nos estatutos de autonomía e os seus desenvolvementos legais, dun proceso de reflexión e, nalgúns casos, de reinterpretación.

Así, centrárase a análise no tratamento que se dispensa estatutaria e legalmente á lingua asturleonese, tanto en Asturias como en Castela e León. Esta lingua, que non foi obxecto dunha declaración expresa e formal de oficialidade, goza, non obstante, especialmente en Asturias, dun nivel de tutela superador das cláusulas de salvagarda que inclúe o recoñecemento legal de dereitos lingüísticos. Para tales efectos, observárase o marco estatutario e legal da lingua asturleonese e o tortuoso camiño

¹³ ÁLVAREZ ROBLES, T. “Los estudiantes con discapacidad y la realidad del sistema universitario español: desde la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a la Ley orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del sistema universitario (LOSU)” en VILAS VILLAMARÍN, A. (coord.) *Las personas jóvenes y menores de edad como colectivo vulnerable*, Aranzadi, Navarra (pendente de publicación), p. 25.

¹⁴ ÁLVAREZ ROBLES, T. *El Derecho de acceso a internet: especial referencia al constitucionalismo español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 116.

¹⁵ MOREU CARBONELL, E., *op. cit.*, pp. 350-351.

¹⁶ *Ibid.*, p. 345.

no recoñecemento dos dereitos lingüísticos. Por outra parte, abordarase o cuestionamento sistemático dos dereitos lingüísticos recoñecidos *ex lege* á comunidade asturófona: o criterio da gradación xerárquica *ex* artigo 3 CE e a negativa da existencia dun *tertium genus*. Finalmente, será debullado o estándar de tutela da lingua asturleonese, así como a súa adecuación ao marco constitucional e estatutario: artigo 3.3 CE e Carta europea das linguas rexionais ou minoritarias.

2.2.1 Regulación lingüística constitucional

O feito multilingüe coñecía o constituínte no momento de redactar a Constitución, e atopábase estreitamente relacionado coas reivindicacións políticas de autogoberno rexional. A complexidade política do momento derivou nun complexo marco xurídico que dependía do desenvolvemento das comunidades autónomas, a causa do principio dispositivo¹⁷, ademais da asunción de compromisos internacionais, tales como o proceso de integración europea.

Deste xeito, o preámbulo constitucional proclamaría a vontade de “Protexer todos os españois e pobos de España no exercicio dos dereitos humanos, as súas culturas e tradicións, linguas e institucións”. Este desiderátum deixaba clara a relación existente entre o autogoberno autonómico e a protección de todas as linguas españolas. É certo que os preámbulos constitucionais non son considerados preceptos directamente aplicables, malia teren valor como parámetro interpretativo de primeiro nivel.

Ao longo da carta magna, atópanse salpicados varios preceptos relacionados coas linguas: este é o caso do artigo 20.3 CE ao falar do respecto das linguas nos medios de comunicación; do artigo 148.1.17.^a CE ao determinar como competencia exclusiva das comunidades autónomas o ensino das súas linguas propias; ou a disposición derradeira, onde se obriga a publicación do texto constitucional nas demais linguas de España.

Non obstante, o modelo lingüístico atopa a súa concreción normativa no artigo 3 CE, referido expresamente ao marco lingüístico, onde, tras declarar a oficialidade do castelán no apartado 1.^o, establece a cláusula do bilingüismo a través do mandato¹⁸ de cooficialidade do resto de linguas españolas¹⁹ por parte das comunidades autónomas²⁰

¹⁷ Este principio, nomeado tamén como de voluntariedade e definible como un principio estrutural básico da Constitución española, tiña encomendada a determinación do mapa territorial e o grao competencial de cada comunidade, tal como indica ROSALES FERNÁNDEZ, Á., *El derecho constitucional de acceso a la autonomía de las nacionalidades y regiones en la actualidad. Un aporte desde León*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, León, 2024, p. 36.

¹⁸ Entende GÁLVEZ SALVADOR, M. J., “Artículo 3” en PÉREZ TREMPES, P./SÁIZ ARANAIZ, A. (dirs.) *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario. Libro-homenaje a Luis López Guerra, tomo I (Preámbulo a artículo 96)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 134, que estamos ante un verdadeiro mandato e non unha mera posibilidade para o estatuínte. Reforza esta idea, o feito de que, durante o transcurso dos debates constitucionais, se introducisen dúas emendas (n.º 235 e 736) que pretendían cambiar a palabra “serán”, por “poderán ser”. Seguindo esta lóxica, a non cooficialidade de varias linguas españolas sería inxustificable, situándoas ante unha anomalía constitucional. Sobre o importante sector doutrinal que defendeu o carácter imperativo, cita PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., *El marcu llegal del asturiano. Vías pal reconocimiento efeutivu de los drechos lingüísticos*, Fundación Caveda y Nava, Uviéu, 2005, p. 32, entre outros autores, a Tolívar Alas e a Millian Massana.

¹⁹ “La categoría jurídica de *lengua oficial* es la consecuencia natural y, si se quiere, la concreción lógica del reconocimiento del pluralismo lingüístico [...]” (*Ibidem*: 163 e 165).

²⁰ Aínda que non hai que vela como exclusiva, pois entende SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., “El modelo lingüístico constitucional como conjunto categorial específico” en LÓPEZ CASTILLO, A., *Lenguas y Constitución Española*, Tirant lo Blanch, Valencia,

nos seus respectivos territorios. Finalmente, pecha o artigo o apartado 3.º mediante a fórmula do respecto entre todas as modalidades lingüísticas –é dicir, entre todas as linguas españolas, e, pola súa vez, entre todas as variantes internas de cada unha delas–, e a súa valoración e vinculación co patrimonio cultural.

O certo é que da anterior regulación se desprenden unha serie de conceptos que determinan o noso modelo. Así, hai unha verdadeira xerarquía entre castelán e resto de linguas españolas que veu condicionando os límites da cooficialidade²¹. Noutra orde de cousas, existe unha atribución competencial da regulación lingüística ás CC.AA.²² que veu xerando, na práctica, modelos singulares en cada comunidade. Así mesmo, a vinculación regulatoria limitada ao territorio²³ de cada autonomía supón, na práctica, afastar o noso modelo daqueles onde se regula por dominio lingüístico (Suíza).

Agora ben, o apartado terceiro xerou dúbidas de interpretación do conxunto do artigo, xurdindo así numerosas posicións doutrinais que se reparten desde valorar o modelo lingüístico como de tripla xerarquía ata considerar que só hai un nivel ideal de protección para as linguas²⁴.

Deste modelo lingüístico de xerarquía xorden problemáticas concretas, como a non oficialidade de varias linguas españolas, entre as que se atopan o diasistema asturleonés –asturiano, cántabro, leonés e estremeño– e o aragonés, de maneira que varias comunidades valoraron a cooficialidade como posibilidade e non como mandato, regulando as súas linguas a través da institución do recoñecemento estatutario e a declaración de dereitos lingüísticos por vía legal.

O certo é que o Tribunal Constitucional realizou un control tácito e de *obiter dicta* dos estatutos que optaron por esta solución (STC 27/1996, FX 1.º), de xeito que non entrou a remarcar o posible carácter imperativo do artigo 3.2 CE, mentres que, doutro modo, validou que poidan desenvolverse dereitos lingüísticos a través deste mecanismo alternativo (STC 56/2016, FX 5.º, e STC 75/2021, FX 2). Non obstante, ao noso xuízo, non se realizou un esforzo argumentativo expreso que analice as causas

2013, pp. 37 e 44, que se trata dunha reserva que define a normación dos aspectos definitorios ou constitutivos, representando unha garantía institucional.

²¹ O Tribunal Constitucional fixa na STC 82/1986 que o único deber constitucional de coñecemento afecta á lingua castelá, PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., *El marco legal del asturiano. Vías al reconocimiento efectivo de los derechos lingüísticos*, Fundación Caveda y Nava, Uviéu, 2005, p. 32, p. 32. Aínda que, con certos matices, a STC 74/1987 permite excepcións arredor do desenvolvemento das administracións autonómicas e os seus funcionarios, TASA FUSTER, V., “El sistema español de jerarquía lingüística. Desarrollo autonómico del artículo 3 de la Constitución: Lenguas cooficiales, otras lenguas españolas y modalidades lingüísticas. Teoría y praxis”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 54.

²² En concreto, a atribución está referida ao fomento do ensino das linguas como competencia autonómica (art. 148.1.17 CE). Aínda que non debemos ver unha competencia exclusiva todo o referido ao ámbito lingüístico, senón vela como unha reserva estatutaria que define “a normación dos aspectos definitorios ou constitutivos”, en palabras de SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., “El modelo lingüístico constitucional como conjunto categorial específico” en LÓPEZ CASTILLO, A., *Lenguas y Constitución Española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 37.

²³ A competencia lingüística autonómica é de base exclusivamente territorial, *ibidem*, p. 49.

²⁴ Sen sermos exhaustivos, atopamos posicións accidentalistas como a de GÁLVEZ SALVADOR, M. J., “Artículo 3” en PÉREZ TREMPES, P./SÁIZ ARANAIZ, A. (dirs.) *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, tomo I (preámbulo a artículo 96), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 138, que, malia entender que hai un mandato de cooficialidade, existen CC.AA. que non regularon a protección das súas linguas mediante esta figura, tendo neste apartado unha posible habilitación constitucional que supla na práctica. Por outro lado, TASA FUSTER, V., “El sistema español de jerarquía lingüística. Desarrollo autonómico del artículo 3 de la Constitución: Lenguas cooficiales, otras lenguas españolas y modalidades lingüísticas. Teoría y praxis”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 75, insiste en alcanzar o máximo nivel de protección para todas as linguas coa maior das iguais posibilidades.

e as consecuencias dun comportamento influído por diversas opcións políticas no que pode cualificarse como un exercicio de mutación constitucional. Por iso, deben traerse a colación outros parámetros que permitan contribuír á evolución da xurisprudencia do Tribunal Constitucional, como veu acontecendo na interpretación de conceptos xurídicos esenciais como a igualdade.

2.2.2 Linguas e comunidades autónomas

O noso modelo territorial baséase na incorporación do principio dispositivo como elemento que permitía tanto resolver a cuestión da determinación do mapa territorial como a concreción do rango competencial que podía ir alcanzando cada comunidade a través das reformas que puidesen propor dos seus estatutos. A cooficialidade da lingua propia pode interpretarse como unha das manifestacións concretas do dito principio²⁵.

É certo que a mera declaración de cooficialidade despreza uns efectos comúns²⁶, pero, a partir de aí, cada comunidade decidirá o alcance e os medios do seu modelo de normalización. Así, o principio dispositivo operará como modulador do grao de cooficialidade²⁷ e dando sentido á literalidade do artigo 3.2 CE: “de acordo cos seus estatutos”.

Ata o momento, seis comunidades declararon a cooficialidade das súas linguas propias: Cataluña (art. 6 EAC, Lei 1/1998), Valencia (art. 6 EACV, Lei 4/1983) e Baleares (art. 4 EAIB, Lei 3/1986) declararon a cooficialidade do catalán/valenciano; Galicia (art. 5 EAG, Lei 3/1983) o galego; Euskadi (art. 6 EAC, Lei 10/1982) e Navarra (art. 9 LO 13/1982, Lei 18/196) o **éuscaro**. Doutro modo, soamente existe un exemplo dunha lingua que nun primeiro momento non gozaba desa protección e que adquiriu o dito status con posterioridade, o aranés²⁸.

Deste crisol estatutario xorden distintas regulacións que, moldeadas polo principio dispositivo, permiten modular o grao de cooficialidade, extensión territorial, ámbito de aplicación ou ritmo de aprendizaxe²⁹, mentres que, a causa do principio de territorialidade, eses efectos só se despregan dentro de cada comunidade.

Non obstante, xurdiu unha problemática derivada do principio de territorialidade, e é que varias linguas fóra das fronteiras onde son cooficiais non gozan deste nivel de protección. Este é o caso do galego en Asturias (Lei 1/1998), Castela e León (art.

²⁵ Aínda que GÁLVEZ SALVADOR, M. J., “Artículo 3” en PÉREZ TREMPES, P./SÁIZ ARANAIZ, A. (dirs.) Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario. Libro-homenaje a Luis López Guerra, tomo I (preámbulo a artículo 96), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 134, insiste no carácter imperativo da dita cláusula, o que o afastaría da plena virtualidade do principio dispositivo ou de voluntariedade.

²⁶ Explica BARTOLOMÉ PÉREZ, N., Derechu Llingüístico del Principáu d'Asturies. Normativa y xurisprudencia, Gobiernu del Principáu d'Asturies, Uviéu, 2022, p. 17, que a oficialidade exige a declaración estatutaria expresa, tendo como consecuencia que a lingua oficial se atope alí en igualdade co castelán.

²⁷ É aí onde operará o principio dispositivo, permitindo que cada comunidade con lingua propia poida definir tanto o alcance como o réxime de cooficialidade no seu territorio. *Ibid.*, p. 17.

²⁸ A nova redacción do artigo 6.5 EAC en 2006 elevou a cooficial ao aranés (occitano) no ámbito da Val d'Arán, sendo a Lei 35/2010 a encargada de desenvolver a súa cooficialidade.

²⁹ PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., El marco legal del asturianu. Vías pal reconocimiento efeutivu de los drechos llingüísticos, Fundación Caveda y Nava, Uviéu, 2005, p. 32.

5.3 EACeL) e Estremadura (declaración como BIC da Fala de Xálima); do catalán en Aragón (art. 7 EAAr, Lei 3/2013); e do valenciano no Jarche de Murcia, onde carece de protección estatutaria.

Esta cuestión, sumada á de linguas que non gozan do máximo nivel de tutela, foi resolta por parte do estatuínte, ao abeiro do artigo 3.3 CE, creando na práctica un terceiro nivel regulatorio que desprega distintos efectos xurídicos que a cooficialidade. Deste xeito, amparados no principio dispositivo, as comunidades de Asturias (art. 4 EAPA, Lei 1/1981) e Castela e León (art. 5.2 EAC) respecto do asturleonés; e Aragón (art. 7 EAAr, Lei 3/2013) sobre a lingua aragonesa, decidiron optar por esta protección limitada, descartando a cooficialidade. Este denominado *tertium genus* por PÉREZ FERNÁNDEZ³⁰ merece unha especial atención pola citada mutación constitucional que puido suceder, tratamento que permite, en calquera caso, desenvolver un réxime de dereitos lingüísticos por vía de lei distintos dos automáticos que emanan da declaración de oficialidade expresa³¹.

É máis, atopamos que, por debaixo, Estremadura non protexeu nin recoñeceu de xeito explícito a súa diversidade lingüística –asturleonés de Estremadura ou estremeño, fala do Xálima ou galego de Estremadura, e portugués raiano– senón a través de meras referencias indirectas nos artigos 7.2 e 9.1.47.º do seu Estatuto ao patrimonio lingüístico e cultural. Mentres que en Cantabria para a lingua cántabra –asturleonés de Cantabria– e en Murcia para o valenciano do Jarche nin sequera existen preceptos nos seus estatutos que as protexan, nin aínda de xeito indirecto. Polo que vemos, non existe un mínimo estándar de protección similar para todas as linguas de España³².

Este escenario, descrito como sistema de xerarquía por TASA FUSTER³³, pode conducir a situacións de discriminación que contraveñan as distintas manifestacións do principio de igualdade, de modo que alcanzar o grao de protección máximo para as anteriores linguas supón un reto xurídico que implica superar a actual mutación constitucional que os distintos actores políticos foron mantendo ao longo do período de construción autonómica.

Por outra banda, analizando o ámbito asturleonés, atopamos que o mandato de cooficialidade do artigo 3.2 da Constitución aínda non foi satisfeito en Castela e León, apoiándose os seus preceptos no artigo 3.3 CE.

Na primeira redacción estatutaria de 1983 non existía mención ningunha á diversidade lingüística, sendo en 1999 cando foi introducido un artigo 4 celoso co recoñecemento do castelán como parte do acervo cultural da comunidade, mentres que, no apartado segundo, se recoñecería o plurilingüismo deste modo:

³⁰ PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., "La tutela de las lenguas regionales o minoritarias estatutarias y su encaje en el modelo constitucional español: ¿Un *tertium genus* en el reconocimiento de derechos lingüísticos?", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010, *passim*, pp. 157-191.

³¹ BARTOLOMÉ PÉREZ, N., "Los rexímenes xurídico-lingüísticos del asturllionés: estudio comparativo del tratamiento legal del mirandés, el llionés y l'asturianu», *Añada: revista d'estudios llioneses*, núm. 2, 2020, p. 98.

³² Para saber máis sobre o complexo marco de xerarquía, pódese acudir a TASA FUSTER, V., "El sistema español de jerarquía lingüística. Desarrollo autonómico del artículo 3 de la Constitución: Lenguas cooficiales, otras lenguas españolas y modalidades lingüísticas. Teoría y praxis", *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, *passim*, pp. 73-75, onde se refire a outras cuestión como a situación das modalidades lingüísticas de Andalucía, o tamazight, o caló e a haquetia.

³³ *Ibid.*, *passim*.

“2. Gozarán de respecto e protección a lingua galega e as modalidades lingüísticas nos lugares en que habitualmente se utilicen”.

Chegada a reforma do Estatuto do ano 2007, incorporouse por primeira vez unha mención explícita ao leonés, pero sen nomealo expresamente como lingua no artigo 5.2:

2. O leonés será obxecto de protección específica por parte das institucións polo seu particular valor dentro do patrimonio lingüístico da comunidade. A súa protección, uso e promoción serán obxecto de regulación.

O Principado de Asturias, pola contra, é o territorio onde se concentra o maior número de falantes patrimoniais de asturleonés³⁴, motivo polo cal o glotónimo asturiano é o máis coñecido de todos os existentes para denominar a lingua. Tamén influíu de xeito notable o feito de que o asturiano, na súa variedade central, gozase dunha tradición literaria importante nos últimos séculos³⁵, que contrastou co uso tradicionalmente dado ao resto de variantes do dominio lingüístico.

Estas circunstancias mostran un trazo particular da sociolingüística asturiana, que é de maior normalización e prestixio social que nos demais territorios, o cal influíu notablemente a nivel político e social, sendo Asturias o paradigma das reivindicacións lingüísticas pola cooficialidade da súa lingua propia. Non obstante, o tratamento ofrecido a nivel estatutario desde a promulgación do seu Estatuto de autonomía foi o de protección e recoñecemento limitado sen declarar a cooficialidade:

“Artigo 4.

1. O bable gozará de protección. Promoverase o seu uso, a súa difusión nos medios de comunicación e o seu ensino, respectando en todo caso as variantes locais e a voluntariedade na súa aprendizaxe.

2. Unha lei do Principado regulará a protección, uso e promoción do bable”.

Deste xeito, se ben a Lei 1/1998, do 23 de marzo, de uso e promoción do bable/asturiano emula nalgúns aspectos as citadas leis de normalización lingüística das comunidades con linguas cooficiais, non pode xerar os mesmos efectos que estas. Por iso, nos últimos anos as reivindicacións acerca da reforma estatutaria tomaron protagonismo, sendo na XI lexislatura cando máis preto se estivo de producir o mencionado cambio, aínda que finalmente unha disputada negociación política entre os partidos favorables á cooficialidade impediu alcanzar un consenso, e o debate

³⁴ Arredor de 350.000 persoas falan asturiano, mentres que o resto de falantes das distintas variantes alcanzan cifras moi inferiores (mirandés 4.500, leonés entre 25.000 e 50.000). MERLAN, A., “El asturiano en el Principado de Asturias y en la Tierra de Miranda” en DOPPELBAUER, M./CICHON, P. (eds.), *La España multilingüe. Lenguas y políticas lingüísticas de España*, Praesens Verlag, Wien, 2008, pp. 78-79; e GARCÍA GIL, H., “La nuesa llingua nel restu del dominio ástur” en *Informe sobre la llingua asturiana* (4.ª ed.), Academia de la Llingua Asturiana, Uviéu, 2018, p. 184.

³⁵ Como explica GARCÍA GIL, H., “La nuesa llingua nel restu del dominio ástur” en *Informe sobre la llingua asturiana* (4.ª ed.), Academia de la Llingua Asturiana, Uviéu, 2018, p. 188 “nes tierras de Lleón y Miranda la producción lliteraria escrita va ser inexistente hasta feches cercanes, magar habría de xuru una lliteratura popular de tresmisión oral. De fechu onde la lliteratura popular será de tresmisión oral. Nun s’atopó daqué asemeyao a la que se producía n’Asturies dende metá del sieglu XVII con A. González Reguera y cola continuidá d’autores y obres”.

quedou posposto tras os resultados electorais de maio de 2023 que deron paso á XII lexislatura.

2.2.3 O marco de referencia lingüístico internacional

O estudo do marco regulatorio non se esgota coas anteriores precisións, senón que require dun enfoque amplo, tendo en conta a normativa internacional existente na materia. Todo iso dada a asunción dos ditos compromisos a través do disposto nos artigos 10.2 e 96 CE. Pois, como expón APARICIO³⁶, os tratados internacionais validamente celebrados e ratificados non só forman parte do ordenamento interno (ex artigo 96 CE), senón que aos que sexan de natureza relativa a materias de dereitos fundamentais se lles confire unha especial forza interpretativa e eficacia directa (ex artigo 10.2 CE).

Neste sentido, atopamos a Declaración Universal dos Dereitos Humanos e o Pacto Internacional de Dereitos Cívís e Políticos, ademais de toda unha extensa normativa derivada deste marco. Non obstante, a ausencia dunha carta de dereitos lingüísticos internacional que declare os dereitos lingüísticos como dereitos humanos³⁷ non impediu certa regulación. Así, o artigo 2 da DUDH e os artigos 24, 26 e 27 do PIDCP confírenlle ao ámbito lingüístico un espazo á política que os Estados asinantes han de seguir en relación cos dereitos humanos. Así mesmo, atopamos distintas referencias lingüísticas na Convención sobre os dereitos do neno (arts. 29 c. e 30), na Convención sobre a loita contra a discriminación na esfera da educación (principio II, 1), no Pacto internacional de dereitos económicos, sociais e culturais (art. 2), na Convención para a salvagarda do patrimonio cultural inmaterial (art. 2.2. a.), na Convención sobre a protección e promoción da diversidade das expresións culturais (art. 6) e no Convenio para a protección dos dereitos humanos e das liberdades fundamentais (arts. 5, 6 e 14), ademais de no seu Protocolo n.º 12 (art. 1) e na Convención–marco para a protección das minorías nacionais (arts. 5, 10, 11, 12, 13 e 14)³⁸.

Noutra orde de cousas, o Consello de Europa elaborou a Carta europea de linguas minoritarias en 1992, que establece unha serie de medidas para cumprir en educación, administración ou xustiza, e que España asinou, e ratificou no ano 2001³⁹.

Del deriva a aplicación desigual respecto das linguas cooficiais e das linguas con recoñecemento estatutario limitado, todo iso a través dunha serie de compromisos diferenciados das partes dispositivas da carta. Respecto das linguas que non son cooficiais, como é o asturleonés, foron numerosos os requirimentos do Consello

³⁶ APARICIO PÉREZ, M. Á., “Lengua y modelo de Estado”, *Revista de Derecho Político*, núm. 43, 1997, pp. 45.

³⁷ MAY, S., “Derechos lingüísticos como derechos humanos”, *Revista de Antropología Social*, núm. 19, 2010, pp. 131-159, *passim*, mostra a necesidade de que o marco internacional avance por esta liña.

³⁸ APARICIO PÉREZ, M. Á., “Lengua y modelo de Estado”, *Revista de Derecho Político*, núm. 43, 1997, pp. 44-47; y BARTOLOMÉ PÉREZ, N., “Derecho Lingüístico del Principáu d’Asturies. Normativa y xurisprudencia, Gobiernu del Principáu d’Asturies, Uviéu, 2022, pp. 78-82.

³⁹ O Convenio entrou en vigor en 1998, ratificándoo España en 2001. Este instrumento imponlle a España o máximo nivel de protección respecto das linguas cooficiais, quedando reservado un nivel limitado de protección para as demais linguas, segundo explica BARTOLOMÉ PÉREZ, N., “Los rexímenes xurídico-lingüísticos del asturllionés: estudio comparativo del tratamiento legal del mirandés, el llionés y l’asturianu”, *Añada: revista d’estudios llioneses*, núm. 2, 2020, pp. 99-100.

de Europa encamiñados tanto a solicitar información específica da súa situación sociolingüística como a instar a Administración autonómica de Castela e León a **permitir o acceso da lingua leonesa ao sistema educativo**⁴⁰. Tamén foi contundente a UNESCO, ao incluílo no Atlas das linguas do mundo en perigo como lingua en perigo de extinción⁴¹.

3 Aspectos sociolingüísticos do asturleonés en León e Asturias a través dos actores implicados⁴²

A análise da situación concreta dos falantes de asturleonés pode supor un exemplo práctico de fallas comunicativas entre a Administración e os administrados, polo distinto código lingüístico utilizado. Desde o prisma dos dereitos lingüísticos, pode confrontarse a realidade cotiá dos falantes de asturleonés –como exemplo de lingua non cooficial en ningunha comunidade autónoma–. Así mesmo, resulta de interese aproximarse aos distintos escenarios en que se manifesta esa relación⁴³.

Para chegar a esta problemática, é importante alertar de que en España máis de 10 millóns de persoas teñen como lingua habitual unha lingua española distinta do castelán, ata o punto de que arredor dun 1% da poboación, presumiblemente persoas maiores, son monolingües nelas e non coñecen o castelán ou teñen uns usos moi limitados nesta lingua. Como se afondou anteriormente⁴⁴, o código que empregan as administracións pode provocar unha mingua de dereitos nos cidadáns. A lingua, polo tanto, ademais dun patrimonio cultural recoñecido como tal na Constitución española, forma parte dos elementos comunicativos, e nas CC.AA. en que non se produciron declaracións de cooficialidade a lingua de moitos cidadáns ocupa un papel secundario na gran maioría dos usos públicos.

Doutro modo⁴⁵, un dos obxectivos da Carta europea das linguas rexionais é fomen-
tar o emprego das linguas minoritarias, así como prover de medios para a aprendizaxe

⁴⁰ Este procedemento de seguimento trianual concluíu con seis informes relativos a España (2005, 2008, 2012, 2016, 2019 e 2024), dos que, dentro do dominio lingüístico asturleonés, todos fan referencia ao asturiano, mentres que os catro últimos se refiren xa ao leonés. *Ibidem*: 100.

⁴¹ UNESCO, *Atlas das Linguas do Mundo en Perigo*, Organización das Nacións Unidas para a Educación, a Ciencia e a Cultura, París, 2010, p. 39.

⁴² A segunda das mesas sobre as que se desenvolveu o citado seminario foi moderada polo investigador predoutoral Álvaro Rosales Fernández, a cal abordaría o multilingüismo en España desde as consecuencias da non cooficialidade do asturleonés na comunicación da Administración.

⁴³ O anterior foi posto de manifesto a través dos relatorios de Inaciu Galán y González, doutor en Xornalismo pola Universidade de Oviedo e Académico de Número da Academia de la Llingua Asturiana; Marcos Rodríguez Álvarez, profesor axudante doutor de Teoría e Historia da Educación da Universidade de Oviedo; e Ricardo Chao Prieto, profesor de Xeografía e Historia de instituto, doutorando sobre heráldica real leonesa e presidente da Asociación Cultural Faceira. Estes autores darían unha visión próxima e práctica de dous casos relativos ao multilingüismo en España, como é a situación sociolingüística do asturleonés en Asturias e en Castela e León.

⁴⁴ Precisamente no apartado relativo ao relatorio da profesora Moreu.

⁴⁵ E como se puxo de manifesto no apartado elaborado a partir do relatorio de José Manuel Pérez na primeira das mesas.

e a investigación no ámbito universitario. Seguindo esta senda, a Universidade de León trata de normalizar a lingua asturleonese no seu ámbito⁴⁶.

3.1 A situación actual do leonés e a actuación da Asociación Cultural Faceira

A sociolingüística pode axudar a explicar o tratamento normativo dispensado actualmente á lingua asturleonese. Por iso, debe formularse unha síntese da evolución global da lingua asturleonese desde o seu nacemento ata chegar á situación de extrema precariedade en que se atopa, en concreto nas provincias da Rexión Leonesa –León, Zamora e Salamanca– dentro da Comunidade de Castela e León.

Por outra banda, contrastarase a realidade práctica co encaixe estatutario que teoricamente protexe o leonés no dito territorio. Non obstante, a ausencia de medidas normalizadoras e dunha política lingüística a favor do leonés obriga a coñecer o labor que desde o asociacionismo se leva a cabo para a dignificación do idioma. E, máis en concreto, expóñanse as actividades que ao longo do tempo foi desenvolvendo a Asociación Cultural Faceira, presidida por Ricardo Chao Prieto, tanto respecto á divulgación do leonés como aos traballos realizados arredor das denuncias da desprotección xurídica e prestacional en instancias autonómicas, estatais e europeas.

Regap



ESTUDIOS

3.1.1 Evolución do asturleonés

O certo é que a orixe do asturleonés é similar á do nacemento do resto de linguas romances. Isto é, como evolución do particular latín vulgar falado en cada recanto da Romanía tras a ruptura xeográfica que supuxo a caída do Imperio romano. E similar ao do resto de romances peninsulares, nun momento de división política entre os reinos cristiáns e o Al-Ándalus baixo control islámico, onde a fragmentación política e social favoreceu o xurdimento de distintos dialectos latinos que foron evolucionando paralelamente ata a final consolidación do romance como medio escrito, substituindo o latín⁴⁷. doutro xeito, o proceso polo que foi substituíndose o latín como medio de escritura polas linguas romances foi similar en León ou Asturias ao do resto de Europa. Paulatino, ata o século XIII, onde aparece o romance escrito, precisamente como fonte de lexitimidade das normas⁴⁸.

O Reino de León, como herdeiro do Asturorum Regnum (Reino dos Ástures) ou Reino de Asturias, estivo caracterizado pola existencia de varios romances (galego, leonés e castelán) que, malia teren trazos comúns, presentaban notables diferenzas. Non obstante, a lingua de prestixio, ou a lingua da corte, era a lingua asturleonese,

⁴⁶ Deste xeito, os apartados seguintes foron elaborados a partir dos relatorios realizados tanto na variedade central do asturiano como na variedade occidental do leonés, así como a partir de materiais redactados nesta lingua española.

⁴⁷ Esta cristalización das linguas romances foi modelada a través da nivelación, ata o punto de que, como expresa CARMONA GARCÍA, I., “El estreñeño”, *Hápx*, núm. 4, 2011, p. 77 “entre los hijos y nietos del latín, al ser una familia tan numerosa, hay veces en que algunos miembros no se conocen y pueden, por desgracia, que nunca lo lleguen a hacer, pues desaparecen antes de que se repare en ellos”.

⁴⁸ GARCÍA ARIAS, X. L., “La escritura medieval asturiana”, en *Informe sobre la llingua asturiana* (3.ª ed.), Academia de la Llingua Asturiana, Uviéu, 2002, pp. 59–68.

por atoparse desde o ano 910 na cidade de León o epicentro do poder político do Reino. É máis, na obra de Claudio Sánchez Albornoz *Estampas de la vida en León hace mil años* poden apreciarse numerosos trazos e feitos tanto lingüísticos como sociolingüísticos no prólogo titulado “Sobre el habla de la época” por MENÉNDEZ PIDAL⁴⁹. Así, ao emular o falar da corte e da xente do común, recolle un protocolo notarial onde se apresura a traducir o discurso dun servo ao seu dono. Deste modo, Pidal traduce literalmente do latín “dueño, prendiéronme elos míos enemigos, ie metiéronme en fierros ie en cárcele, sen culpa”, ao cal engadiría: “así proseguiría expresándose nunha linguaxe semellante ao que hoxe aínda se conserva nalgúns recantos máis occidentais da provincia de León, cara a Ponferrada nos vales do río Sil”, certamente describindo o asturleonés occidental falado na actualidade. Sobre a situación da corte, chega mesmo a simular un escenario de conflito lingüístico ao contrastar os nobres de León a súa lingua coa fala castelá, a cal criticarían pola súa rudeza e vileza, ao cambiar e retorcer as palabras.

Foi a partir do século XIII cando aparece o romance escrito, o cal tamén acontece no espazo do Reino de León. Este feito xustificábase na necesidade de lle ofrecer unha lingua próxima a un pobo que demandaba coñecer os seus dereitos. Deste xeito, poden atoparse numerosos textos oficiais, tales como foros, cartas pobos ou protocolos notariais escritos en asturleonés. Tamén é posible achar exemplares do código procesual vixente en León – *Fuero Juzgo*⁵⁰– en romance asturleonés desde o século XIII ata mesmo o século XV en terras leonesas por atoparse na Catedral de León o *Locus apellationis*. A existencia destes textos testemuña a importancia social e política da que gozaba o dito romance naquel momento histórico⁵¹.

Non obstante, a incorporación da Coroa Leonesa á Coroa Castelá a partir do ano 1230 supuxo un punto de inflexión en relación coa situación de prestixio social do asturleonés. Por iso, foise abandonado progresivamente o uso dos trazos leoneses, por seren percibidos como antigos e pertencentes a estratos sociais baixos. Esta situación debíase a que o centro do poder político se foi desprazando cara á área de influxo castelá, e a nobreza leonesa abandonou rapidamente o uso da lingua propia para non se ver prexudicada dentro das dinámicas políticas do novo estado medieval.

A perda paulatina de espazos e de influencia en favor da lingua oficial supuxo, así mesmo, o retroceso xeográfico do dominio lingüístico⁵² por atoparse en situación de

⁴⁹ MENÉNDEZ PIDAL, R., “Sobre el habla de la época (pról.)”. En Sánchez-Albornoz, C. *Una ciudad de la España cristiana hace mil años* RIALP, Madrid, 2014, pp. 4-13.

⁵⁰ O certo é que hai máis textos xurídicos conservados en asturleonés que literarios; os foros chegaron ata a zona hoxe portuguesa de Riba-Coa, sendo, desde o punto de vista lingüístico, máis interesantes os protocolos notariais, GARCÍA ARIAS, X. L., “La escritura medieval asturiana” en *Informe sobre la llngua asturiana* (3.ª ed.), Academia de la Llingua Asturiana, Uviéu, 2002, p. 65. Ademais, MENÉNDEZ PIDAL, R., *El dialecto leonés*, Diputación de León, León, 1990, p. 15, indica que “se comprende que todos los códigos romanceados sean leoneses, porque era código que regía especialmente en León, más que en Castilla”.

⁵¹ A vinculación do prestixio da lingua ao poder político é tal que, unha vez perdida a condición de lingua cortesá e establecida a hexemonía castelá, a perda de espazos para o leonés é irreparable. Deste xeito, soamente sería reservada co paso do tempo para o xaronismo, no teatro, paso previo para a desaparición dunha lingua, FERNÁNDEZ CHAPMAN, C., “Estigma e ideología lingüística alrededor del leonés», *Lletres Asturianas*, núm. 121, 2019b, p. 141.

⁵² Detalla GARCÍA GIL, H., “La nuesa llingua nel restu del dominio ástur” en *Informe sobre la llingua asturiana* (4.ª ed.), Academia de la Llingua Asturiana, Uviéu, 2018, p. 184), que historicamente o dominio lingüístico tivo maior extensión, quedando testemuñado a través do mantemento de trazos e elementos léxicos fóra da área de influencia actual.

contacto fronteirizo⁵³, **aínda que** a aparición de xéneros literarios como o saiaqués⁵⁴ na idade moderna testemuñan o mantemento da lingua nos substratos sociais baixos e rurais na sociedade zamorana e salmantina, a cal chegou a manterse ata finais do século XIX e principios do XX⁵⁵ na maior parte das dúas provincias.

A construción dos Estados nación ao longo do século XIX e a consolidación destes a través da xeneralización dunha lingua común viñeron provocando un forzado proceso de homoxeneización cuxos efectos aínda poden notarse a día de hoxe. O feito de que non se prestase unha atención especial a linguas como o asturleonés na actualidade forma parte deste proceso de substitución cultural e lingüístico, e debe analizarse e responderse de maneira axeitada e con coñecemento exhaustivo da súa realidade social.

3.1.2 A actividade de Faceira arredor da lingua leonesa

A causa da ausencia absoluta de política lingüística e de desenvolvemento legal do artigo 5.2 do Estatuto de Castela e León regulando o uso e promoción da lingua leonesa, o Procurador do Común solicitou no ano 2009 formalmente que cumprise o devandito mandato. Non obstante, un ano despois, presentárase no Pleno das Cortes unha proposición non de lei que foi aprobada por unanimidade, instando a Junta a que impulsase o leonés con medidas para a súa protección específica, e cumprir co estatuto.

Preto de dúas décadas despois, a patente falta de cumprimento levou a diversas asociacións da sociedade civil a suplir esa falta de protección para coa lingua leonesa. Entre elas⁵⁶ atópase a Asociación Cultural Faceira, nacida no ano 2011, continuando co labor dunha das primeiras asociacións lingüísticas de León, Facendera pola Llingua.

As denuncias efectuadas pola citada asociación derivaron en tres resolucións adicionais nos anos 2016 e 2023, mentres que en sede parlamentaria se desenvolverían numerosas preguntas e interpelacións, así como outras dúas PNL en 2016 e 2023 na Comisión de Educación, denunciando de novo a falta de desenvolvemento legal e a ausencia de medidas educativas. É máis, soamente se permitiría unha vez falar en

Regap



ESTUDOS

⁵³ Sobre as características do complexo proceso de substitución lingüística –nomeado como castelanización–, pódese acudir a GARCÍA ARIAS, X. L., “La escritura medieval asturiana” en *Informe sobre la llingua asturiana* (3.ª ed.), Academia de la Llingua Asturiana, Uviéu, 2002, pp. 65 e 66.

⁵⁴ Este xénero, segundo FERNÁNDEZ CHAPMAN, C., “Estigma e ideoloxía lingüística arredor del leonés», *Lletres Asturianas*, núm. 121, 2019b, pp. 137-138, buscaba a hilaridade do público, exaxeraba trazos fonéticos do dialecto dos protagonistas da obra, rematando así por representar as falas meridionais (ao sur do río Douro) do Reino de León.

⁵⁵ LLORENTE (1947: 30) expón que, malia o avance da lingua oficial (o proceso de castelanización era claro), os dialectos leoneses de Salamanca aínda se conservaban nas “xeracións rústicas e vellas”. É máis, segundo o seu relato, pode considerarse a xeración dos anos 40 como a do comezo da substitución lingüística en bisbarrias occidentais da provincia de Salamanca (La Ribera), ao considerar os mozos instruídos como bilingües.

⁵⁶ Dentro do ámbito das provincias de León, Zamora e Salamanca (así como no resto do dominio lingüístico), son numerosas as asociacións que teñen entre os seus fins a defensa do patrimonio cultural e lingüístico, como Fumientu, Colectivo Ciudadanos de la Región Leonesa, La Parva, L'Alderique, El Fueyu, El Teixu, Alcuentre, Órgano de Seguimiento y Coordinación del Extremeño y su Cultura, Iniciativa pol Asturianu ou Xunta pola Defensa de la Llingua Asturiana, entre moitas outras.

leonés en sede parlamentaria, con motivo dunha sesión extraordinaria realizada en Santo Isidoro de León.

A carestía de política lingüística autonómica contrasta coa situación doutras comunidades cun status xurídico similar. Pero o certo é que se está impedindo a escolarización, estase vedando calquera uso na Administración ou impedindo a recuperación da toponimia tradicional⁵⁷. Sobre todo o anterior inflúe a marcada ruralización da lingua neste territorio. Isto é, a realidade sociolingüística é complexa e existen unha serie de factores que impediron *de facto* a normalización lingüística. No entanto, coñecer esta realidade é imprescindible como paso previo a configurar unha política lingüística efectiva.

O certo é que o traballo neste sentido dependeu do voluntarismo das asociacións polos dereitos lingüísticos como Faceira, así como de institucións de territorios veciños como a Academia de la Llingua Asturiana, a cal veu realizar nos anos 2006, 2008 e 2010 tres investigacións sociolingüísticas que situaron o número de falantes entre 20.000 e 50.000⁵⁸ repartidos en varias bisbarras, que á par foron azoutadas pola despoboación nas últimas décadas.

Porén, dun modo lento, o traballo realizado desde a transición pola sociedade civil comeza a ser recollido pola Administración local, así como pola Universidade de León. Os cursos de lingua leonesa ofrecidos por Faceira, os *calechos*, xornadas ou debates polo aumento de demanda social, contan recorrentemente co apoio de concellos como Villablino, Astorga, Carrizo de la Ribera, León ou Truchas. Froito desa colaboración, os dous últimos municipios comezaron a rotular as súas rúas en leonés, do mesmo xeito que recentemente varias poboacións do municipio de Castrocabón.

O Instituto Leonés de Cultura da Deputación de León, pola súa banda, ofrece documentación en leonés, organiza o certame literario Caitano Bardón en lingua leonesa (vai pola súa segunda edición) e tamén rotulou a súa sede e museo etnográfico en leonés.

Paralelamente, no ámbito universitario, existe desde o ano 2017 unha Cátedra de Estudos Leoneses que colabora co ILC e con Faceira, dando lugar a congresos, cursos e mesmo unha revista –*Añada*– que ofrece un lugar de investigación sobre o leonés e en leonés. Ademais, esta rede colaborativa está a permitir o desenvolvemento de proxectos de recollida oral, creación de materiais didácticos e a promoción de investigacións. Este apoio, sumado á crecente demanda, fai posible que haxa máis produción científica e cultural, tanto literaria como musical.

Finalmente, no ámbito privado, cabe destacar a crecente presenza en RRSS e nos medios de comunicación, onde ciclicamente centran a súa atención na lingua e elaboran documentais e programas monográficos. Tamén existen algúns negocios que rotulan en leonés ou ofrecen produtos nesta lingua, servindo como exemplos

⁵⁷ Sobre isto último, cabe mencionar que o artigo 24 da Lei 1/1998, do 4 de xuño, de réxime local de Castela e León, exige que a denominación dos municipios sexa en castelán, limitando calquera expresión plurilingüe neste sentido.

⁵⁸ GARCÍA GIL, H., “La nuesa llingua nel restu del dominio ástur” en *Informe sobre la llingua asturiana* (4.ª ed.), Academia de la Llingua Asturiana, Uviéu, 2018, pp. 184.

varias campañas realizadas por Faceira con carteis de entrada a locais en leonés ou a elaboración neste idioma da carta dunha coñecida pizzería leonesa.

3.2 A situación sociolingüística do asturiano: estado e retos de futuro

Este apartado conecta directamente co enfoque xurídico que se acaba de plasmar, a través dun repaso superficial á historia recente do asturiano e dos seus avances nos últimos 50 anos. Neste sentido, resulta fundamental confrontar os datos das últimas enquisas sociolingüísticas efectuadas en solo do Principado de Asturias, de maneira que poderá coñecerse así de primeira man a percepción que ten a sociedade asturiana da súa propia lingua e das perspectivas de desenvolvemento que se poden formular no futuro.

Resulta tamén de interese resaltar o papel desempeñado polo asociacionismo civil que veu reclamando un status de lingua cooficial para a lingua asturiana. Neste sentido, na actualidade é de destacar a asociación Iniciativa pol Asturianu, da que foi fundador e presidente ata o ano 2019 Inaciu Galán y González.

3.2.1 O asturiano no franquismo

Cabe citar, así mesmo, que o recoñecemento na Lei de memoria democrática aos supostos históricos de persecución e represión por motivo de lingua durante o franquismo –incluíndose o asturleonés baixo o glotónimo de lingua asturiana, ex artigo 4– abriu a porta a valorar na práctica como categoría sospeitosa de discriminación a lingua nun período histórico concreto. A dita discriminación, se ben se acentuou durante o réxime franquista, o certo é que non comezou con el, e lamentablemente algúns dos episodios de discriminación máis graves non foron nin recoñecidos nin resarcidos respecto a esta lingua milenaria ata o momento.

Como exemplos discriminatorios arredor da lingua asturleonese, pode citarse un bando redactado en 1960 –recuperado por Emilio Gancedo para o *Diario de León* en 2003⁵⁹– polos mestres da localidade leonesa de Valdefuentes del Páramo, polo que se “recompensaba” os nenos que cambiasen o seu léxico “pueblerino” por un máis acorde cun “recto” idioma castelán. Este feito, que se ben parece puntual, volveu acontecer de xeito análogo 40 anos máis tarde en Asturias, onde as Carmelitas de Villaviciosa facían pagar 25 pesetas por cada palabra en bable. O certo é que determinadas institucións públicas como as educativas desempeñaron un papel esencial na substitución lingüística. Así, GALÁN⁶⁰ explica que os castigos durante a escola franquista se facían de distintas formas, pero sempre implicaban xerar vergoña nos falantes, atribuíndolle ao uso do asturiano valores negativos, e, de man do testemuño directo de persoas educadas en todas as etapas da escola franquista, refírenos

Regap



ESTUDIOS

⁵⁹ GANCEDO, E. (09 de marzo de 2003, consultado o 10/10/2024). Palabras prohibidas en el Páramo. *Diario de León*. https://www.diariodeleon.es/cultura/30309/474757/palabras-prohibidas-paramo_amp.html#amp_tf=De%20%251%24s&aoh=1663013255370&referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com&share=https%3A%2F%2Fwww.diariodeleon.es%2Farticulo%2Fcultura%2Fpalabras-prohibidas-paramo%2F2003030901000649986.html

⁶⁰ GALÁN I., *¡Volved las manos al bable! La lingua asturiana nel franquismo*, Trabe, Uviéu, 2021, pp. 53-73.

numerosos exemplos mesmo máis graves, relativos á violencia, estigmatización, burla ou reprimenda contra os menores en Asturias por falaren asturiano, que foron xeneralizados e afectaban polos seus efectos a todos os falantes de xeito transversal pola súa ruralidade e pobreza.

Os efectos desta política lingüística lingüicida en relación co asturleonés foron especialmente efectivos, e pódense corroborar a través de múltiples manifestacións sociolingüísticas, ata o punto de que os falantes nados arredor dos anos 40 do pasado século poden ser considerados os últimos falantes nativos nalgunhas bisbarras como La Ribera de Salamanca⁶¹, onde, por estaren instruídos xa en castelán, non valoraban positivamente a súa lingua tradicional ao asociala coa falta de educación. Deste xeito, xorde a diglosia, que consiste en diferenciar os usos de dúas linguas segundo o prestixio, e está especialmente presente no dominio asturleonés⁶²; da mesma forma, maniféstase a autoxenreira e a falta de conciencia lingüística, relacionados co anterior, que inducen a pensar que realmente falan un mal castelán⁶³. Todo iso tradúcese nunha falta de autoestima lingüística que, *de facto*, impide que moitos falantes valoren de forma positiva tanto o uso como as medidas a favor da lingua.

Trátase dun proceso⁶⁴ con moitas arestas que conduce, en definitiva, á desaparición paulatina do asturleonés.

Contextualizar toda esta situación axuda a comprender as consecuencias que a sociolingüística pode ter na adopción normativa de medidas lingüísticas. Máis en concreto, a falta dun status xurídico axeitado pode explicarse precisamente nesas causas. Deste modo, o complexo proceso xurídico que pode revertelo supón a día de hoxe un auténtico reto xurídico de cara a garantir a igualdade e a dignidade, así como a manter a paz social.

3.2.2 O asturiano na actualidade

A situación definida anteriormente do asturleonés como lingua estatutaria non oficial ten unha serie de consecuencias e manifestacións nos distintos ámbitos da vida pública en Asturias. O certo é que as carencias xurídicas do sistema de recoñecemento de dereitos por vía legal se fan patentes ao comprobar a cantidade de usos oficiais que lles son vedados aos asturianos se optan por falar en asturiano.

Neste sentido, malia que o artigo 4 da citada Lei de uso recoñece o dereito de opción ante a Administración autonómica, esta só se cumpre na vertente activa, pero non na pasiva, mentres que a situación ante a Administración xeral do Estado nin

⁶¹ LLORENTE MALDONADO DE GUEVARA, A., *Estudio sobre el habla de La Ribera (comarca salmantina ribereña del Duero)*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1947, pp. 21-22.

⁶² Como explica MARTÍN, A., *Yo hablo, ellas cantorín. Las aventuras de un extremeño por los caminos de la diversidad lingüística*, Pie de Página, España, 2023. p. 125, ao fío da realidade lingüística extremeña, esta situación diglósica, se se mantén no tempo, pode levar o falante a unha situación de substitución lingüística completa.

⁶³ CARMONA GARCÍA, I., "El extremeño", *Hápx*, núm. 4, 2011, p. 78, considera esta idea o froito dunha mitoloxía cancerixena que envelenou a percepción dos extremeño-falantes.

⁶⁴ Acerca deste complexo proceso a través das primeiras manifestacións desde o Século de Ouro coa aparición do xénero saia-gués, dedica un completo estudo FERNÁNDEZ CHAPMAN, C., "Estigma e ideología lingüística alrededor del leonés", *Lletres Asturianas*, núm. 121, 2019b, pp. 135-150.

sequera alcanza o uso activo, posto que a falta de cooficialidade veu sendo utilizada como pretexto para denegar o uso válido administrativo do asturiano. Sirva como exemplo o caso de numerosas asociacións cidadás que non puideron legalizarse polo feito de presentaren a documentación na devandita lingua á Delegación do Goberno en Asturias (no ano 1985 aconteceu á Xunta pola Defensa da Llingua Asturiana, en 1987 ao Conceyu d'Estudiantes Nacionalistes, ou en 1989 ao Coleutivu Llingua y Enseñanza) ou o feito de denegar recorrentemente a solicitude da Víspera del Día de les Lletres Asturianas polo mesmo motivo⁶⁵.

Esta situación cobra un cariz especialmente grave se nos referimos ao ámbito electoral. Neste sentido, o partido político Andecha Astur atopouse coa negativa da Xunta Electoral Provincial no ano 1991 a votar en asturiano nas eleccións autonómicas, mentres que nos anos 1995 e 2000 non lles deixaron presentar candidatura ás eleccións xerais ao Congreso e Senado por ter a documentación en asturiano, se ben é certo que nesa última ocasión a STC 48/2000, do 24 de febreiro de 2000, estimou o recurso de amparo promovido polo partido e anulou esa decisión. Aínda que na actualidade se atopa en vías de normalización o uso do asturiano ante a Xunta Xeral do Principado, a situación non foi sempre similar. Así, déronse casos de discriminación no ano 1993, cando a Mesa do Parlamento rexeitou unha iniciativa do Partido Asturianista por ter parágrafos en asturiano, ou en 1996, cando rexeitou unha interpelación de Izquierda Unida polo mesmo motivo⁶⁶.

Por outra banda, o lento desenvolvemento do artigo 15 da Lei de uso en relación coa toponimia permitiu perpetuar a castelánización e a confusión da toponimia tradicional. Este feito resulta patente na utilización soamente dos topónimos en castelán nos sinais viarios de circulación por parte dalgúns titulares da vía, así como noutras sinalizacións, anuncios, publicacións ou boletíns oficiais⁶⁷.

A situación na Administración de xustiza é un exemplo de negación radical do uso do asturiano. E non soamente no ámbito do exercicio do poder xudicial (un cidadán nun xulgado de instrución de Xixón non puido declarar en asturiano), senón mesmo ante a prohibición do uso por parte de xuíces en vodas civís (un xulgado de primeira instancia de Mieres prohibiu que se utilizase o asturiano nunha voda na casa consistorial de Riosa)⁶⁸.

3.2.3 O reto da cooficialidade

Os requisitos procesuais considerados no artigo 56.2 do Estatuto de autonomía de Asturias para proceder á reforma estatutaria e incluír o asturiano (e galego-asturiano) como lingua oficial exixen unha maioría de 27 deputados (3/5 do Parlamento) para poderen prosperar.

⁶⁵ ACADEMIA DE LA LINGUA ASTURIANA., *Informe sobre la represión y non reconocencia de los derechos lingüísticos n'Asturies*, Academia de la Llingua Asturiana, Uviéu, 2002, pp. 12-1313.

⁶⁶ *Ibid.* p. 13.

⁶⁷ *Ibid.* p. 19.

⁶⁸ *Ibid.* pp. 13-14.

Como anteriormente se referiu, durante a XI lexislatura, o número de parlamentarios favorables á cooficialidade estivo moi preto desa cifra, pero a negociación política fracasou. Na actual lexislatura, o proceso de negociación parece lonxe de chegar a concluír en acordo, aínda que por primeira vez en democracia se iniciou o procedemento establecido no citado artigo, estando polo momento pendente de sinalarse a sesión para a votación da citada reforma.

O certo é que desde o ámbito social o apoio parte de distintos estratos sociais, e atopou resposta en varias enquisas realizadas por parte da Academia de la Llingua Asturiana. Este é o caso do II Estudo Sociolingüístico de Asturias, que amosou un apoio social do 60% a favor da cooficialidade, así como dun 80% de cidadáns que consideran o asturiano como lingua propia. Doutro modo, o 70% consideraba que o asturiano se trataba dunha lingua igual ás demais linguas rexionais cooficiais⁶⁹.

Desde o ámbito municipal, tamén existiron mobilizacións a favor da cooficialidade ante os distintos procesos de reforma do estatuto, ata o punto de lanzar o Concello de Bimenes no ano 1997 unha declaración de cooficialidade do asturiano á que se sumaron Casu, Castrillón, Morcín, Llangréu, Teberga, Llaviana e Llanera, pero o TSX acabaría por anulalos.

3.3 A escolarización da lingua asturiana: unha cronoloxía

Se hai un ámbito que require de maior profundidade, é o educativo, por representar unha área de comunicación da Administración en que se verten numerosos dereitos da cidadanía e na cal participan administrados que, pola súa idade, son susceptibles de sufriren discriminación.

Por este motivo, vaise trazar un percorrido histórico a través do proceso de escolarización da lingua asturiana, desde os inicios das reivindicacións cidadás ata a situación que hoxe en día presenta o ensino deste idioma. Así, o estudo atende ao xurdimento da demanda escolarizadora da man da aparición do movemento lingüístico moderno de Asturias, con Conceyu Bable (1974, a cal recentemente acaba de cumprir o 50 aniversario), o recoñecemento do ensino da lingua no Estatuto de autonomía de Asturias no ano 1981, os traballos desenvolvidos pola Academia de la Llingua Asturiana para facer efectivo o estatuto desde a súa creación nese mesmo ano, a planificación e desenvolvemento do programa piloto co que se iniciou o ensino formal nas escolas e institutos entre 1984 e 1990, e, finalmente, a evolución da presenza do asturiano no sistema educativo do Principado desde ese momento ata a actualidade.

3.3.1 Situación educativa na transición e os plans piloto

O ámbito educativo representa un paradigma da relación desigual entre a Administración e uns administrados potencialmente vulnerables pola súa idade. O reto do encaixe dunha lingua minoritaria e estigmatizada historicamente non foi

⁶⁹ *Ibíd.* p. 11.

doado. Se algo puido inferirse ao longo dos anteriores apartados, é a situación de bilingüismo desequilibrado en que se atopan os falantes de asturleonés que producen serias afeccións sobre a propia percepción dos falantes que levan consigo a restrinxir o seu uso mediante fenómenos de interferencia lingüísticos, prexuízos, deterioracións das competencias lingüísticas e, finalmente, de desmantelamento⁷⁰.

Non en van, a situación de partida desde o franquismo era, como normal xeral, a do estigma e a desconsideración oficial cara á lingua propia dos estudantes, posto que a política lingüística franquista se baseaba na uniformidade idiomática⁷¹. Con todo, o celo represivo coas linguas rexionais paulatinamente ía relaxarse, sobre todo a partir da década aperturista dos anos 50, se ben reservando primeiramente usos diglósicos e folclóricos ás linguas distintas do castelán, mentres que, ante o reto da nova Lei xeral de educación do ano 1970, os cambios sociais e o cumprimento de exixencias internacionais (UNESCO) propiciarían a entrada paulatina no sistema educativo dalgunhas das linguas rexionais⁷².

Non obstante, ningunha das variantes do asturleonés alcanzaría naquel momento convulso recoñecemento no sistema educativo. Pero en Asturias o nacemento de Amigos del Bable suporía paulatinamente a aparición no debate público da situación da lingua asturiana, o cal cristalizaría na I Asemblea Rexional do Bable, celebrada en Uviéu en novembro de 1973⁷³.

Daquel encontro con cariz académico xurdiría o contacto entre un grupo de mozos universitarios con inquietudes cara ao asturiano. Froito destes encontros, nacia o grupo Conceyu Bable en novembro de 1974, como unha sección da revista *Asturias Semanal*, coa novidade dun uso normalizador e reivindicativo do asturiano. Aos poucos meses, esta sección cristalizaría nun movemento moderno de reivindicación e recuperación do asturiano, rexistrándose oficialmente en xuño de 1976. E, se hai un ámbito que consideraron fundamental, foi o educativo, que acabaría articulándose arredor do seu lema “bale nes escuelas”, inicialmente pensada como unha recollida de sinaturas⁷⁴.

Malia as reivindicacións sociais e políticas incipientes da transición, a escolarización do asturiano non chegaría da man da declaración de cooficialidade da lingua, como se viu anteriormente. Por iso, pospúxose esta cuestión ata despois do ano 1981, tras a aprobación do estatuto e a creación da Academia de la Llingua Asturiana.

De feito, sería esta institución, a través dos “cursos de llingua pa enñantes”, a que configuraría a estrutura para a habilitación do profesorado de asturiano entre os anos 1983 e 1994. Este paso foi fundamental para poder implementar a escolarización do asturiano a través dun plan piloto entre os anos 1984 e 1990⁷⁵.

⁷⁰ RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, M., *El proceso histórico de escolarización de la lengua asturiana: dimensiones políticas y sociales*, Academia de la Llingua Asturiana, Uviéu, 2022, p. 30.

⁷¹ *Ibid.*, p. 254.

⁷² *Ibid.*, pp. 262, 267 e 287.

⁷³ *Ibid.*, pp. 296 e 304.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 325-327 e 378.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 503 e 626.

3.3.2 Chegada da Lei de uso e desenvolvemento educativo na actualidade

A década dos 90 supuxo o afianzamento paulatino do asturiano no sistema educativo, aínda que precario en numerosas ocasións e cuestionado por parte de distintos sectores políticos. Sirva como exemplo a proposta do deputado conservador García Cañal acerca de que o ensino da lingua asturiana fose imperativo por parte do Estatuto⁷⁶. A capacidade de veto dos centros educativos, as limitacións orzamentarias ou o requisito mínimo de 10 alumnos son algunhas das características deste modelo ata o ano 1998.

O recoñecemento expreso de dereitos lingüísticos por parte da Lei de uso desenvolvía no artigo 10 a escolarización da lingua asturiana en todos os niveis, garantindo a aprendizaxe voluntaria, e supoñía así mesmo, *de facto*, o recoñecemento como materia curricularmente integrada. Aínda que non sería ata o ano 2006, momento en que se aproba a LO 2/2006 de educación, cando a Consellaría de Educación puidese desenvolver os decretos necesarios para regular o currículo de asturiano, os cales chegarían no ano 2007 á educación primaria e secundaria, en 2008 a bacharelato e en 2018 á educación infantil. Se ben as cifras de oferta de centros son xeneralizadas no ámbito público, o certo é que na rede concertada e privada os datos son sensiblemente inferiores⁷⁷.

Cabe destacar que outra das reivindicacións históricas arredor desta cuestión ten que ver coa vehicularidade do asturiano. Esta circunstancia foi formulada de xeito efectivo ao redor dun programa piloto lanzado no curso 2017–2018. A pesar de que o apoio a esa medida na III enquisa sociolingüística de Asturias era do 52% e en termos xerais o programa gozou dun notable éxito, polo momento non tivo continuidade⁷⁸.

Finalmente, como colofón ao anterior, é importante referirnos á situación dos docentes, posto que en liñas xerais se caracterizaron pola temporalidade e a parcialidade. Por outra banda, a situación formativa evolucionou desde a asunción da formación por parte da universidade, aínda que non existe unha especialidade docente en lingua asturiana, como se veu reivindicando desde os sindicatos educativos⁷⁹.

4 Conclusións

O dereito doado, a linguaxe clara e a linguaxe accesible son un recurso fundamental na procura da lexitimación do dereito, na mellora da eficacia das normas e un paradigma na remoción de causas de discriminación aos colectivos vulnerables.

España é un Estado multilingüe que creou regulacións e políticas lingüísticas moi dispares, dependendo do desenvolvemento do Estado autonómico e do autogoberno das comunidades autónomas. Non obstante, nas comunidades carentes de cooficialidade, o réxime de dereitos recoñecido por lei non alcanza nin satisfai as necesidades

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 740.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 742.

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 747.

de certos colectivos susceptibles de vulnerabilidade, dándose na realidade social situacións de discriminación.

No ámbito internacional, existe normativa xuridicamente vinculante en materia lingüística, aínda que o cumprimento arredor da lingua asturleonese está lonxe de ser efectivo.

A lingua asturleonese atópase en perigo de extinción por unha situación de ruptura da transmisión xeracional e a xeneralización de estereotipos prexudiciais para a comunidade de falantes. Esta situación sociolingüística veu condicionando as medidas normalizadoras e legais nos distintos ámbitos do dominio lingüístico.

No ámbito de Castela e León, o incumprimento estatutario relativo ao desenvolvemento dunha lei de uso do leonés implica que o traballo feito dependa de xeito absoluto dun grupo de activistas, académicos e ocasionalmente dalgúns representantes sensibilizados coa lingua. Pola contra, a situación en Asturias, malia ter desenvolvemento legal de dereitos lingüísticos, atopouse con numerosos escollos que impediron alcanzar un dereito de opción efectivo, resultando paradigmático o complexo proceso de escolarización da lingua asturiana.

En definitiva, atopámonos ante un reto que une distintos enfoques xurídicos e multidisciplinares de diversas áreas de coñecemento, e que supón un verdadeiro cuestionamento do marco lingüístico desenvolvido nas comunidades con falantes de lingua asturleonese canalizado actualmente nun proceso de reforma estatutaria que busca situar o asturiano como lingua cooficial no Principado de Asturias, servindo como acicate ao resto de reivindicacións doutros territorios asturófonos.

5 Bibliografía

- ÁLVAREZ ROBLES, T. *El Derecho de acceso a internet: especial referencia al constitucionalismo español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- ÁLVAREZ ROBLES, T. “Los estudiantes con discapacidad y la realidad del sistema universitario español: desde la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU)” en VILAS VILLAMARÍN, A. (coord.) *Las personas jóvenes y menores de edad como colectivo vulnerable*, Aranzadi, Navarra (pendente de publicación).
- ÁLVAREZ ROBLES, T. “Discapacidad y Universidad española: protección del estudiante universitario en situación de discapacidad”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 36, 2016, pp. 3-39.
- ACADEMIA DE LA LINGUA ASTURIANA., *Informe sobre la represión y non recoñecencia de los drechos llingüísticos n’Asturies*, Academia de la Llingua Asturiana, Uviéu, 2002.
- APARICIO PÉREZ, M. Á., “Lengua y modelo de Estado”, *Revista de Derecho Político*, núm. 43, 1997, pp. 29-48.

regap



ESTUDIOS

- BARTOLOMÉ PÉREZ, N., “Los rexímenes xurídico-lingüísticos del asturllionés: estudio comparativu del tratamientu legal del mirandés, el llionés y l’asturianu”, *Añada: revista d’estudios llioneses*, núm. 2, 2020, pp. 97-114.
- BARTOLOMÉ PÉREZ, N., *Derechu Llingüísticu del Principáu d’Asturies. Normativa y xurisprudencia*, Gobiernu del Principáu d’Asturies, Uviéu, 2022.
- CARMONA GARCÍA, I., “El extremeño”, *Hápax*, núm. 4, 2011, pp. 77-102.
- FERNÁNDEZ CHAPMAN, C., “Estigma e ideología lingüística alrededor del leonés”, *Lletres Asturianas*, núm. 121, 2019b, pp. 135-150.
- GÁLVEZ SALVADOR, M. J., “Artículo 3” en PÉREZ TREMPs, P./SÁIZ ARANAIZ, A. (dirs.) *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario. Libro-homenaje a Luis López Guerra, Tomo I (Preámbulo a artículo 96)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 131-139.
- GALÁN I., ¡Volved las manos al bable! *La llingua asturiana nel franquismu*. Trabe, Uviéu, 2021.
- GANCEDO, E. (09 de marzo de 2003, consultado el 10/10/2024). Palabras prohibidas en el Páramo. *Diario de León*.
- GARCÍA ARIAS, X. L., “La escritura medieval asturiana” en *Informe sobre la llingua asturiana (3.ª ed.)*, Academia de la Llingua Asturiana, Uviéu, 2002, pp. 59-68.
- GARCÍA GIL, H., “La nuesa llingua nel restu del dominio ástur” en *Informe sobre la llingua asturiana (4.ª ed.)*, Academia de la Llingua Asturiana, Uviéu, 2018, pp. 183-192.
- LLORENTE MALDONADO DE GUEVARA, A., *Estudio sobre el habla de La Ribera (comarca salmantina ribereña del Duero)*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1947.
- MARTÍN, A., *Yo hablo, ellas cantorin. Las aventuras de un extremeño por los caminos de la diversidad lingüística*. Pie de Página, España, 2023.
- MAY, S., “Derechos lingüísticos como derechos humanos”, *Revista de Antropología Social*, núm. 19, 2010, pp. 131-159.
- MENÉNDEZ PIDAL, R., *El dialecto leonés*, Diputación de León, León, 1990.
- MENÉNDEZ PIDAL, R., “Sobre el habla de la época (pról.)”. En Sánchez-Albornoz, C. *Una ciudad de la España cristiana hace mil años* RIALP, Madrid, 2014, pp. 4-13.
- MERLAN, A., “El asturiano en el Principado de Asturias y en la Tierra de Miranda” en DOPPELBAUER, MAX/CICHON, PETER (eds.), *La España multilingüe. Lenguas y políticas lingüísticas de España*, Praesens Verlag, Wien, 2008, pp. 77-107.
- MOREU CARBONELL, E., “Nuestro lenguaje: el giro lingüístico del Derecho”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1. 2020, pp. 313-362.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., *El marcu llegal del asturianu. Vies pal reconocimientu efeutivu de los drechos llingüísticos*, Fundación Caveda y Nava, Uviéu, 2005.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., “La tutela de las lenguas regionales o minoritarias estatutarias y su encaje en el modelo constitucional español: ¿Un *tertium genus* en el reconocimiento de derechos lingüísticos?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010, pp. 157-191.

- PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., “Potencial regulación del estatuto y usos de otras lenguas y modalidades lingüísticas de España” en LÓPEZ CASTILLO, A., *Lenguas y Constitución Española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 363-400.
- PONS PARERA, E., “Transición española y pluralismo lingüístico en España” en *Espaço Jurídico: Journal of Law*, vol. 14, núm. 3, 2013, pp. 93-112.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, M., *El proceso histórico de escolarización de la lengua asturiana: dimensiones políticas y sociales*, Academia de la Llingua Asturiana, Uviéu, 2022.
- ROSALES FERNÁNDEZ, Á., *El derecho constitucional de acceso a la autonomía de las nacionalidades y regiones en la actualidad. Un aporte desde León*, Servicio de Publicaciones Universidad de León, León, 2024.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., “El modelo lingüístico constitucional como conjunto categorial específico” en LÓPEZ CASTILLO, A., *Lenguas y Constitución Española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 35-50.
- TASA FUSTER, V., “El sistema español de jerarquía lingüística. Desarrollo autonómico del artículo 3 de la Constitución: Lenguas cooficiales, otras lenguas españolas y modalidades lingüísticas. Teoría y praxis”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 51-79.
- UNESCO., *Atlas de las Lenguas del Mundo en Peligro*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, París, 2010.

regap



ESTUDIOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 68_xullo-decembro 2024 | pp. 89-114
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v68i1.5240>
© Luisa Irene González Martínez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 15/11/2024 | Aceptado: 27/03/2025

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Vulnerabilidade dos procesos electorais ante o mal uso da intelixencia artificial

Vulnerabilidad de los procesos electorales ante el mal uso de la inteligencia artificial

The vulnerability of electoral processes in the face of AI misuse

68 Regap

Regap



ESTUDIOS

LUISA IRENE GONZÁLEZ MARTÍNEZ
Investigadora predoutoral de Dereito Constitucional
Universidade da Coruña
i.gonzalez.martinez@udc.es

ORCID: 0009-0000-6704-2684.

Resumo: Os procesos electorais democráticos susténtanse na libre formación da opinión pública, baseada en información veraz, plural e contrastada, e expresada libremente mediante o voto. Non obstante, nun ámbito onde resulta cada vez máis difícil discernir entre información veraz e desinformación, e onde as redes sociais están a substituír os medios de comunicación tradicionais como fontes informativas, xorde a interrogante de se a formación da opinión pública continúa sendo verdadeiramente libre. Esta preocupación intensifícase co avance da intelixencia artificial, que permite esvaecer a verdade e condicionar a liberdade de elección mediante *deepfakes*, propaganda computacional e segmentación algorítmica, presentando un novo desafío para o cal o noso sistema electoral podería non estar axeitadamente preparado.

Palabras clave: Liberdade de expresión, liberdade de información, opinión pública, eleccións, intelixencia artificial, desinformación, *deepfake*, Cambridge Analytica.

Resumen: Los procesos electorales democráticos se sustentan en la libre formación de la opinión pública, basada en información veraz, plural y contrastada, y expresada libremente mediante el voto. Sin embargo, en un entorno donde resulta cada vez más difícil discernir entre información veraz y desinformación, y donde las redes sociales están reemplazando a los medios de comunicación tradicionales como fuentes informativas, surge la interrogante de si la formación de la opinión pública continúa siendo verdaderamente libre. Esta preocupación se intensifica con el avance de la inteligencia artificial, que permite difuminar la verdad y condicionar la libertad de elección mediante *deepfakes*, propaganda computacional y segmentación algorítmica, planteando un nuevo desafío para el cual nuestro sistema electoral podría no estar adecuadamente preparado.

Palabras clave: Libertad de expresión, libertad de información, opinión pública, elecciones, inteligencia artificial, desinformación, *deepfake*, Cambridge Analytica.

Abstract: Democratic electoral processes are grounded in the free formation of public opinion, based on truthful, pluralistic, and verified information, and freely expressed through voting. However, in an environment where it is increasingly difficult to discern between truthful information and disinformation, and where social networks are replacing traditional media as sources of information, the question arises as to whether the formation of public opinion continues to be truly free. This concern is intensified by the advancement of artificial intelligence, which allows the truth to be blurred and the freedom of choice to be conditioned through deepfakes, computational propaganda, and algorithmic segmentation, posing a new challenge for which our electoral system might not be adequately prepared.

Key words: Freedom of expression, freedom of information, public opinion, elections, artificial intelligence, disinformation, deepfake, Cambridge Analytica.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 A importancia da libre formación da opinión pública. 3 A manipulación do electorado a través de propaganda cognitiva e *microtargeting*: o caso de Cambridge Analytica. 4 O uso da intelixencia artificial para atacar os candidatos: o caso de Eslovaquia. 5 Conclusións. 6 Bibliografía.

1 Introducción

Vivimos nun momento complexo para a información. Pasamos dun escenario en que tan só uns poucos controlaban a elaboración de noticias e as puñan á disposición do público, primeiro a través da prensa impresa e despois a través da radio e a televisión, a outro moito máis dinámico, extenso e con doado acceso para calquera persoa¹.

Este doado acceso maniféstase tanto desde o punto de vista activo como pasivo. Así, desde o punto de vista activo, atopámonos con que a universalización no uso de Internet e o desenvolvemento das redes sociais cambiou o propio concepto de informador, ao non resultar xa necesario pasar polo filtro dunha dirección ou unha liña editorial para poder publicar, nin sequera cursar unha formación ou especialización habilitante, senón que calquera persoa ten a posibilidade de difundir calquera

¹ Neste sentido, sinala o *Informe C: Desinformación en la era digital* da Oficina de Ciencia e Tecnoloxía do Congreso que, aínda que Internet e o desenvolvemento dixital propician grandes avances e beneficios económicos e sociais, tamén deron pé a “un novo contexto social e informativo que favoreceu unha amplificación sen precedentes da desinformación e dos seus efectos, converténdoa nunha destacada ameaza para os sistemas democráticos. Trátase dunha cuestión de seguridade nacional que alcanza niveis críticos en situacións de gran relevancia social, como crises sanitarias, conflitos bélicos ou os procesos electorais”. Oficina de Ciencia e Tecnoloxía do Congreso dos Deputados (Oficina C). Informe C: Desinformación na era dixital. www.doi.org/10.57952/j3p6-9086 (2023) p. 1/26.

contido e comentar ou replicar a información publicada chegando a unha audiencia antes impensable fóra dos medios tradicionais².

Isto supón unha multiplicación e diversificación do informador debido á socialización tecnolóxica da produción de contidos e, polo tanto, á democratización da transmisión da información³ que fai que cada vez sexa máis difícil distinguir entre o xornalismo profesional e a información partidista, e entre medios de comunicación profesionais e medios alternativos⁴ ou *pseudomedios*⁵.

Desde o punto de vista pasivo, atopámonos cun consumidor de información voraz, que ten un océano de contidos ao alcance da súa man⁶ ao que con grande acerto se refire Carlos Rodríguez como *catering* de fontes de información⁷, e que mostra cada vez maior tendencia ao consumo compulsivo de información, outorgándolle en moitas ocasións máis importancia á rapidez e á accesibilidade que á calidade e á fiabilidade⁸.

Aquí entra en xogo a lei da oferta e a demanda, provocando que, nun ecosistema en que o consumidor quere consultar información sobre un feito ao instante de que este aconteza, algo claramente incompatible co dilixente labor xornalístico de busca de información e contrastación da noticia, moitos medios non dubidasen en pregarse á vontade dos seus lectores, chegando a arriscar a veracidade e o rigor das súas publicacións a cambio de conseguir a primicia, a exclusiva, a cambio de ser os primeiros en ofrecerlle ao público unha información⁹.

Deste xeito, o deber de contrastación da noticia, ese que tradicionalmente evitara a publicación de informacións falsas ou mesmo salvara a responsabilidade de medios e xornalistas pola publicación de información errónea, vai quedando pouco a pouco

Regap



ESTUDIOS

² ELVIRA PERALES, A., "¿Quién es periodista?", *Teoría y Realidad Constitucional*, 52, 2023, pp. 209-231. <https://doi.org/10.5944/trc.52.2023.39015>, pp. 210-211; BARRIENTOS-BÁEZ, A., CALDEVILLA-DOMÍNGUEZ, D., e YEZERS'KA, L., "Fake news y posverdad: Relación con las redes sociales y fiabilidad de contenidos". *Fonseca, Journal of Communication*, 24, 2022, pp. 149-162. <https://doi.org/10.14201/fjc.28294>, p. 154; MORENO-CABANILLAS, A., CASTILLERO-OSTIO, E., e SERNA-ORTEGA, Á., "El impacto de las redes sociales en la campaña política: Elecciones Generales de 2023 en España", *Redmarka. Revista de Marketing Aplicado*, vol. 28, núm. 1, 2024, pp. 56-76. <https://doi.org/10.17979/redma.2024.28.1.10>, p.58; GALDÁMEZ MORALES, A., "Posverdad y crisis de legitimidad: El creciente impacto de las fake news", *Revista Española de la Transparencia*, vol. 8, 2018, pp. 25-44, <https://doi.org/10.51915/ret.45>, p. 32.

³ GALDÁMEZ MORALES, A., 2018, *op. cit.*, p. 32.

⁴ DEL-FRESNO-GARCÍA, M., "Desórdenes informativos: sobreexposados e infrainformados en la era de la posverdad", *El profesional de la información*, v. 28, n. 3, e280302. <https://doi.org/10.3145/epi.2019.may.02>, (2019), p. 6.

⁵ Considéranse como *pseudomedios* os sitios web que imitan o estilo e deseño utilizado polos medios e xornalistas *mainstream*, pero con fins antagónicos á ética xornalística, mesturando datos e opinión, todo iso cunha gran carga ideolóxica. Trátase de webs que intentan mostrarse como unha alternativa aos medios convencionais pero que moitas veces se limitan a absorber o contido destes e reformulalo de acordo cunha ideoloxía concreta: PALAU-SAMPIO, D., CARRATALÁ, A., "Injecting disinformation into public space: pseudo-media and reality-altering narratives", *Profesional de la información*, v. 31, n. 3, e310312. <https://doi.org/10.3145/epi.2022.may.12> (2022), p.3.

⁶ Segundo o Digital Report 2024, o número de usuarios de teléfonos móbiles ascendía a principios de 2024 a 5,61 billóns, un 69,4% da poboación mundial, sufrindo un incremento de 138 millóns desde comezos de 2023. Informe dispoñible en <https://datareportal.com/reports/digital-2024-global-overview-report> [consulta 17 de outubro de 2024].

⁷ RODRÍGUEZ PÉREZ, C., "No diga fake news, di desinformación: una revisión sobre el fenómeno de las noticias falsas y sus implicaciones", *Revista Comunicación*, 40, 2019, pp. 65-74, DOI: <http://dx.doi.org/10.18566/comunica.n40.a05>, p. 66.

⁸ PAUNER CHULVI, C., "Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red", *Teoría y Realidad Constitucional*, 41, 2018, pp. 297-318. <https://doi.org/10.5944/trc.41.2018.22123>, p 302; MÉNDEZ, L., "El algoritmo sustituye al periodismo", *Cuadernos de Periodistas*, 2021, pp. 65-70, p. 66. Dispoñible en <https://www.cuadernosdeperiodistas.com/el-algoritmo-sustituye-al-periodismo/>

⁹ PAUNER CHULVI, C., 2018, *op. cit.*, p. 298.

relegado a un segundo ou terceiro plano, eclipsado pola busca de *likes*, *retuits* e de páxinas vistas¹⁰.

É que, malia ser certo que a nosa Constitución no seu artigo 20.1.d) impón o límite da veracidade á información ao consagrar o dereito a comunicar ou recibir libremente información veraz por calquera medio de difusión, non se trata dunha exixencia absoluta, que suporía case unha forma de censura¹¹, senón que o que se exige é un deber de dilixencia na comprobación dos feitos, evitando que o comunicador actúe con menosprezo á veracidade ou falsidade do comunicado, comportándose de forma negligente e irresponsable ao transmitir como feitos verdadeiros simples rumores carentes de toda constatación ou meras invencións, rumores ou insinuacións¹².

Non obstante, no contexto actual, atopámonos con que non só non se prima ou se valora a veracidade, senón que mesmo se está a intentar anular o propio concepto de verdade, converténdoa en algo subxectivo. É o que se veu a chamar *posverdade*¹³, definida pola Real Academia Española como a “distorsión deliberada dunha realidade, que manipula crenzas e emocións co fin de influír na opinión pública e en actitudes sociais”.

Todo pode ser verdade ou non segundo o relato que cada un queira crer, quedando a verdade relativizada e subordinada ás emocións e á realidade desexada e totalmente desvinculada da realidade fáctica¹⁴. E iso porque, se nada é verdade, dificilmente pode ser algo mentira, quedando o campo fertilizado para que se poida difundir a información que máis interese en cada momento para condicionar as decisións da poboación en xeral na dirección desexada.

Adentrámonos, polo tanto, nun contexto de *infocracia* ou réxime da información¹⁵ onde priman a abundancia de contidos sobre a súa veracidade, un mal que

¹⁰ MENEU-BORJA, M.; SORIA SALVADOR, A.; AGUAR TORRES, J., “La juventud en el ecosistema mediático: una mirada al consumo y la producción informativos de las nuevas generaciones”, *Zer*, 29(56), 2024, pp. 153-172. (<https://doi.org/10.1387/zer.26192>), p. 155.

¹¹ Establece a Sentenza do Tribunal Constitucional 6/1988, do 21 xaneiro, que «as afirmacións erróneas son inevitables nun debate libre, de tal forma que, de se impor “a verdade”, como condición para o recoñecemento do dereito, a única garantía da seguridade xurídica sería o silencio».

¹² Sobre o requisito da veracidade, sentenzas do Tribunal Constitucional 240/1992, do 21 de decembro, FX 5.º e 7.º, e 105/1990, do 6 de xuño, FX. 5º.

¹³ O termo *posverdade* foi popularizado polo expresidente estadounidense Donald Trump en 2016, chegando a ser acuñado como palabra dese ano por *Oxford Dictionaries*. Non obstante, a primeira aparición da palabra *posverdade* débemoslla ao guionista e dramaturgo Steve Tesich, que a utilizou en 1992 nun artigo para a revista *The Nation* sobre o escándalo Watergate e a guerra de Iraq, afirmando «Lamento que nós, como pobo libre, decidísemos libremente vivir nun mundo onde reina a posverdade».

¹⁴ Afirmar Jorge Astudillo que “o que caracteriza a posverdade é que os feitos obxectivos teñen menos credibilidade ou menos influencia que os sentimentos, desexos e crenzas das persoas ao momento de asumir unha posición ou emitir unha opinión sobre un tema de interese público ou dar o seu apoio ou rexeitamento a unha determinada postura social”. ASTUDILLO MUÑOZ, J. L., “Notas sobre la posverdad, sus efectos en el sistema democrático y en la protección de los derechos humanos en el marco de la sociedad digital”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 52, 2023, pp. 401-427, <https://doi.org/10.5944/trc.52.2023.39023>, p. 404; BARRIENTOS-BÁEZ, A., CALDEVILLA-DOMÍNGUEZ, D. e YEZERS'KA, L., 2022, *op. cit.*, 153.

¹⁵ Sobre o termo *infocracia*, sinala Byung-Chul Han que a democracia está a dexenerar en *infocracia* debido a que estamos sendo arrastrados por un tsunami de información da esfera política que provoca distorsións e trastornos masivos no proceso democrático debido en gran parte á dixitalización do mundo en que vivimos, que avanza inexorable sometendo a nosa percepción, a nosa relación co mundo e a nosa convivencia a un cambio radical. Define este autor o réxime da información como “a forma de dominio en que a información e o seu procesamento mediante algoritmos e intelixencia artificial determinan de modo decisivo os procesos sociais, económicos e políticos HAN, B., *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia*, Ed. Taurus, 2022, p. 25. e p. 10.

se fixo especialmente patente durante a pandemia da covid-19, en que a propia Organización Mundial da Saúde afirmou que a súa loita se libraba tanto contra a pandemia como contra a *infodemia*¹⁶ para referirse á abundancia tal de información sobre un asunto concreto que resulta difícil discriminar a información verdadeira da mera desinformación¹⁷.

Neste escenario, propicio de seu para que campe a desinformación con total liberdade, irrompe a intelixencia artificial¹⁸ para revolucionalo todo, a introducir supostos que ata agora eran impensables e que supoñen un reto ao labor de contrastación dos profesionais do xornalismo, pero, sobre todo e máis importante, supón un gran risco para a cidadanía de a pé, para quen distinguir contidos veraces de contidos artificiais se torna máis difícil que nunca, por non dicir imposible.

Isto cobra especial relevancia no marco do proceso electoral, un proceso que debe contar con todas as garantías para que a participación da cidadanía teña lugar de xeito libre e informado e a través de sufraxio libre, igual, directo e secreto e onde os medios de comunicación representaban un importante papel, pondo ao dispor do electorado información plural e veraz para unha libre formación da opinión pública.

A importancia dos efectos da desinformación sobre os procesos electorais deriva precisamente da transcendencia que ten o proceso electoral, mediante o cal a cidadanía elixe as persoas que a van representar nas distintas instancias durante os próximos catro anos, sen capacidade de volver atrás esa decisión nin de revogar o poder de representación outorgado, mesmo no caso de que na formación da súa decisión en favor dunha ou outra opción interviñese engano ou mentira en forma de desinformación.

Ademais, no momento actual, en que a fragmentación das opcións electorais e a propia desafección da cidadanía cara á política pode provocar un atraso na decisión do voto¹⁹, a información ou desinformación publicada nos días previos á votación resulta máis relevante, inclinando definitivamente a balanza do electorado indeciso en favor dunha ou outra opción.

Nun contexto en que as desordes informativas son a norma, realmente somos libres nas nosas decisións? Podemos seguir falando dunha libre formación da opinión

¹⁶ Así o sinalou o director xeral da OMS na Conferencia de Seguridade de Múnic o 15 de febreiro de 2020: "Pero non estamos a loitar unicamente contra unha epidemia; estamos a loitar contra unha infodemia. As noticias falsas propáganse con máis rapidez e facilidade que o propio virus, e son igual de perigosas". Dispoñible en <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/munich-security-conference>.

¹⁷ Sinala David García-Marín que, aínda que o termo foi popularizado pola OMS, "xa en 2003 este termo se utilizou para describir situacións onde un conxunto de feitos, mesturados con medo, especulación e rumores, son amplificados e distribuídos a unha audiencia mundial grazas ao uso das tecnoloxías da información, con posibilidades de impactar de forma desproporcionada na seguridade, economía e política dos países"; GARCÍA-MARÍN, D., "Infodemia global. Desórdenes informativos, narrativas fake y fact-checking en la crisis de la Covid-19", *Profesional de la información*, v. 29, n. 4, 2020, e290411. <https://doi.org/10.3145/epi.2020.jul.11>.

¹⁸ O Regulamento europeo de intelixencia artificial define un sistema de IA como un sistema baseado nunha máquina que está deseñado para funcionar con distintos niveis de autonomía e que pode mostrar capacidade de adaptación tras o despregamento, e que, para obxectivos explícitos ou implícitos, infire da información de entrada que recibe o xeito de xerar resultados de saída, como predicións, contidos, recomendacións ou decisións, que poden influír en ámbitos físicos ou virtuais.

¹⁹ WILLOCQ, S., "Explaining Time of Vote Decision: The Socio-Structural, Attitudinal, and Contextual Determinants of Late Deciding", *Political Studies Review*, 17(1), 2019, pp. 53-64. <https://doi.org/10.1177/1478929917748484>, p. 59.

pública? Podería unha potencia estranxeira influír na elección dos nosos máximos representantes? Que papel pode desempeñar a intelixencia artificial en todo isto?

2 A importancia da libre formación da opinión pública

A libre formación da opinión pública²⁰ considérase como un elemento intrínseco ao sistema democrático, unha institución indisolublemente ligada co pluralismo político, consagrado polo artigo 1 da nosa Constitución como valor fundamental e requisito do funcionamento do Estado de dereito, xa que non hai opinión pública sen democracia, nin democracia sen opinión pública²¹.

Considera o noso Tribunal Constitucional que as liberdades do artigo 20 da Constitución aparecen como unha garantía da opinión pública libre, sen a cal “*que-darían baleiros de contido real outros dereitos que a Constitución consagra, reducidas a formas ocas as institucións representativas e absolutamente falseado o principio de liberdade democrática que enuncia o art. 1 ap. 2º CE e que é a base da nosa organización xurídico-política*”²².

Como garantía desta opinión pública libre, o Tribunal sinala as liberdades do artigo 20 da Constitución, de tal modo que garantir as liberdades de expresión e información, permitíndolle á poboación acceder libremente a información plural e veraz, supón tamén garantir a libre formación da opinión pública, pois baseándose nesta información poderán formar de xeito responsable a súa propia opinión sobre os distintos asuntos en atención aos feitos²³.

Hoxe en día, 40 anos despois de que o TC escribise esas palabras, a poboación ten máis acceso que nunca á información; de feito, nunca tivemos acceso a tal cantidade de información con tan pouco esforzo e, porén, non parece que se poida afirmar que estamos mellor informados, e iso débese en gran parte á calidade da información que temos á nosa disposición, por distintos motivos.

O primeiro é que, fronte ao sistema anterior, en que a información proviña con carácter principal dos medios de comunicación, suxeitos a responsabilidade no caso de que difundisen informacións falsas sen ter despregado un dilixente labor de contrastación, a día de hoxe calquera pode ser comunicador²⁴, calquera pode subir informacións á rede nunha sorte de “xornalismo cidadán”²⁵, sen máis límites que os

²⁰ Define Antonio Torres del Moral a opinión pública como o precipitado de ideas, crenzas e sentimentos que se expresa na vida pública, xa que, sen expresión externa, a opinión perde o seu carácter de pública e deixa de cumprir as importantes funcións que a caracterizan. TORRES DEL MORAL, A. (dir.), *Libertades informativas*, Colex, 2009, p. 140.

²¹ TORRES DEL MORAL, A. (dir.), 2009, *op. cit.*, p. 117.

²² Sentenza do Tribunal Constitucional 12/1982, do 31 de marzo, FX 3.º.

²³ TORRES DEL MORAL, A. (dir.), 2009, *op. cit.*, p. 142.

²⁴ Así o sinala o Tribunal Constitucional na Sentenza 8/2022, do 27 de xaneiro, FX 2.º, cando di que “*o uso das ferramentas dixitais converte os seus usuarios en creadores de contidos, emisores, difusores e reprodutores deses contidos (...). Polo tanto, os usuarios poden chegar a desempeñar un papel moi próximo ao que viñan desenvolvendo ata agora os xornalistas nos medios de comunicación tradicionais*”.

²⁵ ASTUDILLO MUÑOZ, J. L., 2023, *op. cit.*, p. 409.

establecidos para a liberdade de expresión, que necesariamente deben ser mínimos nun sistema democrático²⁶.

Esta proliferación de comunicadores non tería sido posible sen o desenvolvemento das novas tecnoloxías e o ascenso das redes sociais e de mensaxaría como principais formas de acceso á información e ás noticias²⁷. Hoxe en día, gran parte da poboación non se informa a través dos medios tradicionais, nin sequera da prensa dixital, senón que o fan a través do seu *feed* de Facebook, X, ou a rede social que cada un siga²⁸, e que os medios de comunicación utilizan como altofalante para as súas publicacións²⁹, a miúdo facendo uso de titulares sensacionalistas ou *clickbait*³⁰, que podemos considerar desinformación en si mesmos, xa que non achegan nada ao xornalismo, só á conta de resultados.

É a rede e o seu algoritmo a que decide que contido lle mostra a cada persoa usuaria, controlando polo tanto o fluxo da información, sen que a cidadanía poida coñecer os nesgos ideolóxicos ou intereses detrás da rede debido á falta de transparencia dos seus algoritmos³¹.

O ascenso das redes sociais como propagadores de noticias viuse impulsado por distintos motivos, entre os que destacan a inmediatez na difusión, o acceso simultáneo a unha grande audiencia, a accesibilidade das redes a calquera persoa (tanto para publicar como para recibir contidos) e, aínda que moitas veces as propias persoas usuarias non sexan conscientes, a facilidade para establecer filtros e segmentar con gran detalle usuarios para fins concretos³².

Esta segmentación fai que recibamos información “cociñada” algorítmicamente en vez de en atención á relevancia da noticia ou mesmo a unha determinada liña editorial, o que pode afectar á calidade da propia información³³ e, o que é aínda máis importante, ao proceso de formación da opinión pública, xa que esta segmentación ou microsegmentación pode ser maliciosamente utilizada con fins desinformativos.

²⁶ ABA CATOIRA, A., “Libertades de expresión e información en la sociedad digital como garantías de la democracia”, *Revista Doctrina Distrital*, vol. 1, n.º extra 2, 2021, pp. 55–70, p. 56; ABA CATOIRA, A., “Los desórdenes informativos en un sistema de comunicación democrático”, *Revista de Derecho Política*, 1(109), 2020, pp. 119–151. <https://doi.org/10.5944/rdp.109.2020.29056>; CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión e información y sus límites*. EDERSA Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 69.

²⁷ Oficina de Ciencia e Tecnoloxía do Congreso dos Deputados (Oficina C) (2023). *Op. cit.*, p. 7/26.

²⁸ Sobre isto afonda Emily Bell no seu artigo “Facebook se está comiendo el mundo”. *Cuadernos de Periodistas*, 32, 2016, pp. 67–76. Dispoñible en <https://www.cuadernosdeperiodistas.com/facebook-se-esta-comiendo-mundo/>

²⁹ JIMÉNEZ PALOMARES, P. e GOMES-FRANCO E SILVA, F., “Visibilidad de la información en redes sociales: los algoritmos de Facebook y su influencia en el clickbait”, *Caleidoscopio - Revista Semestral de Ciencias Sociales y Humanidades*, 23(41), 2019, pp. 173–211. doi:10.33064/41crscsh1772C, p. 175.

³⁰ Seguindo a Berta García e outros, podemos definir o *clickbait* como “o titular dunha noticia que non responde aos criterios xornalísticos tradicionais e cuxo obxectivo final é manter o receptor na páxina o maior tempo posible, non informar. En concreto, o titular cebo tería como obxectivo principal a comercialización ou difusión da información, mentres que o titular xornalístico mantería o rol principal de informar os usuarios”. GARCÍA OROSA, B., GALLUR SANTORUN, S. e LÓPEZ GARCÍA, X., “El uso del clickbait en cibermedios de los 28 países de la Unión Europea”, *Revista Latina de Comunicación Social*, 72, 2017, pp. 1.261–1.277. <http://www.revistalatinacs.org/072paper/1218/68es.html>, p. 1270.

³¹ PAUNER CHULVI, C., 2018, *op. cit.*, p. 303.

³² Resulta especialmente relevante a microsegmentación, unha práctica publicitaria que permite dirixir contidos a grupos específicos baseándose nos seus intereses, características, etc., personalizando as mensaxes que reciben. Oficina de Ciencia e Tecnoloxía do Congreso dos Deputados (Oficina C) (2023). *Op. cit.*, p. 14/26.

³³ Oficina de Ciencia e Tecnoloxía do Congreso dos Deputados (Oficina C) (2023). *Op. cit.*, p. 8/26.

En segundo lugar, porque neste ámbito en que calquera pode publicar contidos e replicalos sen contrastar o máis mínimo a súa veracidade, e en que podemos estar conectados a centos de persoas a través das redes sociais, intensifícanse os efectos dos nesgos cognitivos³⁴, especialmente do nesgo de confirmación, definido como a tendencia dunha persoa a favorecer e priorizar a información que confirma as súas crenzas ou hipóteses.

É dicir, de entre a cantidade inxente de información e informadores aos que podemos acceder, tenderemos a seleccionar ou priorizar as opinións dos que confirmen as nosas, creando unha sorte de “burbullas de filtro”³⁵ ou “cámaras de eco ou resonancia”³⁶ onde o propio grupo cada vez está máis convencido de estar no certo, pois practicamente toda a información que recibe reforza as súas crenzas e rexeita as contrarias³⁷.

Acontece ademais que para o noso cerebro resulta moi difícil convivir con incongruencias, polo que tratamos de encher canto antes os ocos que quedan nos nosos razoamentos, mesmo aínda que sexa con información falsa³⁸. Preferimos autoenganarnos e gozar da harmonía da coherencia entre os nosos actos e crenzas (ou entre as nosas crenzas entre si) a ter que enfrontarnos á ansiedade que supón convivir con dúas crenzas en conflito ou co conflito entre os nosos pensamentos e o noso comportamento, o que Leon Festinger bautizou como *disonancia cognitiva*³⁹.

En terceiro lugar, e aquí reside probablemente a maior ameaza, pola irrupción das ferramentas de intelixencia artificial que permiten, por un lado, un uso moito máis preciso, eficiente e masivo dos datos dos electores, como aconteceu nas eleccións presidenciais estadounidenses de 2016 con Cambridge Analytica. Por outro lado, permítenos construír unha realidade á medida, fabricando os datos, imaxes, vídeos

³⁴ Sobre os nesgos cognitivos, GARRIGUES WALKER, A. e GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M., *El Derecho a no ser engañado. Y cómo nos engañan y nos autoengañamos*, Aranzadi, 2020, pp. 85 e ss., seguindo a Stuart Sutherland, definen o nesgo cognitivo como “un fenómeno psicológico de natureza involuntaria, xa que se produce de forma automática, e que describe unha alteración na mente humana que a conduce a unha distorsión da percepción, a unha distorsión cognitiva e ou a xuízos imprecisos ou a interpretacións ilóxicas ou irracionais dos feitos”.

³⁵ As burbullas de filtro son un fenómeno polo que unha persoa se atopa exposta principalmente a información e perspectivas que reforzan as súas crenzas e puntos de vista preexistentes, debido a algoritmos de recomendación e personalización en plataformas dixitais e redes sociais, todo iso sen que se requira un papel activo por parte do usuario. Oficina de Ciencia e Tecnoloxía do Congreso dos Deputados (Oficina C) (2023). *Op. cit.*, p. 13/26.

³⁶ As cámaras de resonancia son un ámbito ou plataforma onde as ideas, mensaxes ou conceptos atopan unha audiencia receptiva e amplifican o seu impacto, requirindo dun papel activo do usuario, que demanda activamente determinados contidos por diferentes razóns, incluídas as ideolóxicas, e onde pode circular máis libremente a desinformación. Oficina de Ciencia e Tecnoloxía do Congreso dos Deputados (Oficina C) (2023). *Op. cit.*, p. 13/26.

³⁷ MARTÍN, M., FIOR, A., COSTA ESCUREDO, Á., RUIZ SAN ROMÁN, J. A., “La figura del periodista frente al fenómeno de la desinformación en la era digital”, *Zer*, 29(56), 2024, pp. 65-85. (<https://doi.org/10.1387/zer.25993>), p. 68; BARRIENTOS-BÁEZ, A., CALDEVILLA-DOMÍNGUEZ, D. e YEZERS'KA, L., 2022, *op. cit.*, p. 155; Oficina de Ciencia e Tecnoloxía do Congreso dos Deputados (Oficina C) (2023). *Op. cit.*, p. 13/26; BERROCAL-GONZALO, S., WAISBORD, S. e GÓMEZ-GARCÍA, S., “Polarización política y medios de comunicación, su impacto en la democracia y la sociedad”, *Profesional de la información*, v. 32, n. 6, e320622. <https://doi.org/10.3145/epi.2023.nov.22>, 2023, p. 3.

³⁸ GARRIGUES WALKER, A. e GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M., 2020, *op. cit.*, p. 64.

³⁹ Leon Festinger considera que a disonancia, a existencia de relacións entre coñecementos, opinións, crenzas ou condutas que non concordan, é un factor de motivación, xa que condiciona a nosa conduta no sentido de dirixila a reducir esa disonancia. Extractado por A OVEJERO a partir da obra de L. Festinger: *Teoría de la disonancia cognoscitiva*. *Psicothema*, 5(1), 1993, pp. 201-206, Recuperado a partir de <https://reunido.uniovi.es/index.php/PST/article/view/7156> p. 202.

ou audios necesarios para sustentar esa creación e facéndoo de tal forma que resulten indistinguibles da propia realidade, o que se coñece como *deepfakes*⁴⁰.

Un dos problemas clave das *deepfakes* é que atacan os propios principios da estrutura social en que a maioría da sociedade asume que hai algunha forma de verdade mutuamente aceptada, como eran ata agora os contidos audiovisuais, polo que a irrupción dunha tecnoloxía que rompe con ese acordo social ou, polo menos, o pon en dúbida, supón unha perda de confianza epistémica⁴¹ que deriva na fin da crenza na verdade⁴². E isto supón non só que poidamos tomar por certo un contido fabricado, senón tamén que poidamos ter por falso un audio, vídeo ou imaxe real⁴³.

Polo tanto, atopámonos intentando sobrevivir nun océano de información, na súa maioría non contrastada, onde convive información veraz con información terxiversada ou sacada de contexto, parodias, información falsa, información atribuída a fontes incorrectas, información fabricada... e é baseándose naquilo que seleccionemos deste inmenso océano como formaremos a nosa opinión sobre os distintos temas e, polo tanto, como se configurará a opinión pública.

Neste escenario, para calquera cos medios axeitados resultaría relativamente sinxelo influír na formación da opinión pública, orientando os electores nunha dirección ou noutra alterando o sentido do seu voto e influíndo, polo tanto, de xeito claro no resultado dos procesos electorais, coas implicacións que iso pode ter mesmo a nivel de seguridade nacional, especialmente cando quen manexa os fíos é unha potencia estranxeira⁴⁴.

Para intentar controlar este risco, a Unión Europea creou dúas comisións sucesivas de Inxerencias Estranxeiras, a primeira en 2020 e a segunda en 2022. Froito do traballo destas comisións, o 1 de xuño de 2023 o Parlamento Europeo aprobou a Resolución P9_TA(2023)0219 sobre as inxerencias estranxeiras en todos os procesos democráticos da Unión Europea, en particular a desinformación.

Nesta resolución, que busca acordar unha estratexia común para a Unión na loita contra as inxerencias estranxeiras, sinálase que estas poden adoptar diversas formas: desde fraude nas papeletas ou bloqueo dos colexios electorais ata a distribución de información distorsionada sobre os candidatos ou o propio proceso electoral e

⁴⁰ Se ben os primeiros usos da tecnoloxía *deepfake* se atopan no ámbito da pornografía, a primeira documentación desta tecnoloxía encontrámola no ano 2017, cando tres investigadores da Universidade de Washington demostraron como se podía manipular a tecnoloxía de edición de imaxes dinámicas para crear novos contidos, concretamente imitando a voz e expresións faciais do presidente Obama. SUPASORN SUWAJANAKORN, STEVEN M. SEITZ, AND IRA KEMELMACHER-SHLI-ZERMAN. *Synthesizing Obama: Learning Lip Sync from Audio*. ACM Trans. Graph. 36, 4, Article 95 (July 2017), 13 pages. (2017) DOI: <http://dx.doi.org/10.1145/3072959.3073640>.

⁴¹ LEÓN MENDOZA, R., "La imagen como forma de (des)conocimiento en la era del deepfake", *ANIAV Revista de Investigación en Artes Visuales*, n. 11, 2022, pp. 53 70, <https://doi.org/10.4995/aniav.2022.17309>. p. 3.

⁴² GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M., "Por qué las campañas electorales cognitivas basadas en la posverdad pueden erosionar las democracias de opinión", *Revista General de Derecho Constitucional*, 32 2020, p. 9.

⁴³ TERNOVSKI, J., KALLA, J., e ARONOW, P. M., *Deepfake Warnings for Political Videos Increase Disbelief but Do Not Improve Discernment: Evidence from Two Experiments*. <https://doi.org/10.31219/osf.io/dta97>, 2021, p. 6.

⁴⁴ Segundo os datos do Eurobarómetro Flash n.º 522 (2023) sobre "Democracia", o 43% dos europeos mencionou como unhas das ameazas máis graves para a democracia a propaganda ou a información falsa ou enganosa procedente de fontes estranxeiras non democráticas e a inxerencia estranxeira encuberta na política e na economía do seu país.

campañas de desinformación⁴⁵, pasando por financiamento a determinadas opcións políticas ou apoio a correntes ideolóxicas extremas.

En opinión do Parlamento, o obxectivo destas inxerencias é distorcer a política nacional para socavar ou destruír a confianza a longo prazo da cidadanía na lexitimidade das súas institucións e procesos democráticos⁴⁶, constituíndo non só unha ameaza á libre formación da opinión pública, senón tamén á seguridade nacional e transfronteiriza⁴⁷.

3 A manipulación do electorado a través de propaganda cognitiva e *microtargeting*: o caso de Cambridge Analytica

A propaganda cognitiva ou mercadotecnia cognitiva é un tipo de publicidade que se centra en aproveitar os sentimentos ou a emoción para conseguir unha reacción na persoa destinataria. Estúdase o usuario a fondo, os seus gustos, os contidos que publica, o que comparte, buscando aliñar a marca en cuestión con todo aquilo que lle gusta ao consumidor ou que este considera positivo ou desexable, de tal forma que se sinta “naturalmente” atraído cara a ela. O novidoso é que non é unha propaganda pasiva, senón que se aproveita dos nesgos caracterolóxicos das persoas destinatarias para deseñar unha campaña de gran precisión á medida de cada persoa e das súas preferencias emocionais e políticas⁴⁸.

Antes da expansión das redes sociais, este tipo de publicidade resultaba case impensable, xa que por grande que fose o esforzo de coñecer o usuario a través de enquisas ou do estudo das súas compras, nunca houbo tanta facilidade como agora para acceder a toda esa información e procesala.

O mercado tecnolóxico ofrécenos multitude de aplicacións e servizos supostamente gratuítos que instalamos nos nosos dispositivos e comezamos a usar facilitando todos os datos que o servizo en cuestión solicita para configurar o noso perfil e así mellorar a experiencia de usuario mediante a personalización dos contidos. Todo iso

⁴⁵ Resolución P9_TA(2023)0219 do Parlamento Europeo, do 1 de xuño de 2023, sobre as inxerencias estranxeiras en todos os procesos democráticos da Unión Europea, en particular a desinformación (2022/2075 (INI)), Considerando AZ.

⁴⁶ Resolución P9_TA(2023)0219 do Parlamento Europeo, do 1 de xuño de 2023, sobre as inxerencias estranxeiras en todos os procesos democráticos da Unión Europea, en particular a desinformación (2022/2075 (INI)), Considerando BA.

⁴⁷ A Axencia da Unión Europea para a ciberseguridade (ENISA) e o Servizo Europeo de Acción Exterior (EEAS) falan de inxerencia e manipulación estranxeira da información (FIMI, pola súa sigla en inglés) para referirse a un patrón de comportamentos, principalmente non ilegais que ameaza ou ten o potencial de impactar negativamente nos valores, procedementos e procesos políticos. Trátase dunha actividade manipulativa por natureza, levada a cabo de xeito intencionado e coordinado, cuxos actores poden ser tanto actores estatais como non estatais, incluídos os seus representantes dentro e fóra do seu propio territorio. ENISA, EEAS. *Foreign Information Manipulation Interference (FIMI) and Cybersecurity - Threat Landscape*. DOI: 10.2824/750. (2022) Dispoñible en https://www.cde.ual.es/wp-content/uploads/2022/12/EEAS-ENISA-Disinformation_Misinformation.pdf.

⁴⁸ GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M., 2020, *op. cit.*, p. 20.

sen sermos conscientes ou menosprezando o feito de que, como acontece noutros ámbitos, se non nos cobran polo produto, é que o produto somos nós⁴⁹.

Na rede queda rexistro do noso perfil, idade, sexo, situación, intereses declarados... pero tamén de cada unha das nosas accións e interaccións dentro da propia rede: que é o que publicamos, que contas ou páxinas seguimos, que contidos nos gustan ou replicamos, mesmo cal é a nosa reacción ante determinadas publicacións, anuncios, noticias... Queda constancia de cales son os nosos medios de comunicación ou tendencias políticas afíns a través das noticias que publicamos, comentamos ou replicamos, pero tamén a través dos políticos que seguimos ou criticamos... en resumo, toda a nosa actividade a través das redes sociais queda rexistrada e perfectamente segmentada por sexo, ideoloxía, situación, franxa de idade, etc., para ser usada da forma que máis lle conveña ao mellor ofertante.

Precisamente isto é o que aconteceu en 2016 durante as eleccións presidenciais estadounidenses, nas cales a empresa Cambridge Analytica, unha rama do Grupo SCL⁵⁰, contratada polo candidato Donald Trump, utilizou indebidamente datos persoais de millóns de usuarios de Facebook para crear perfís psicolóxicos concretos dos usuarios e así deseñar anuncios políticos co ton e contido axeitados para cada perfil co obxectivo de dirixir o seu sentido do voto, á vez que se creaban e difundían noticias falsas que aumentaban o efecto buscado. Donald Trump gañou as eleccións e non podemos saber cal sería o resultado de non ter recorrido a este tipo de prácticas.

Non estamos a falar da propaganda electoral habitual, senón de publicidade feita á medida de cada usuario utilizando perfís psicométricos, que busca remover as súas emocións para conseguir unha actuación pola súa parte⁵¹. O obxectivo xa non é convencer o usuario para que vote a un candidato determinado, senón xerar nel a emoción que provoca que se convenza só. Polo tanto, a propaganda cognitiva non apela á razón, senón ás emocións, á alegría, á rabia, á ilusión e á vinganza... de modo que o propio destinatario non chega a ser consciente de que está a ser influenciado, de que verdadeiramente non está a decidir libremente.

Para conseguir os datos, recorreron a un académico da Universidade de Cambridge, Aleksandr Kogan, que ideou unha aplicación en liña chamada *This is your digital life* que se presentaba como un test en liña e afirmaba ser unha ferramenta de investigación, que mesmo remuneraba simbolicamente as persoas participantes. Para finalizar o test, os usuarios debían iniciar sesión en Facebook e outorgarlle certos permisos á aplicación, como acontece en tantos outros casos⁵².

⁴⁹ Sobre este tema: MARTÍN-HERRERA, I. e GUERRERO-CABALLERO, M., "Millennials y Generación X frente a la realidad del Big data y la protección de datos personales en Internet", *Vivat Academia*, 157, 2024, pp. 1-20. <http://doi.org/10.15178/va.2024.157.e1489>.

⁵⁰ SCL Group (Strategic Communication Laboratories) é unha empresa británica fundada en 1990, dedicada á investigación do comportamento e comunicación estratéxica.

⁵¹ Resulta moi didáctica a explicación de BYUNG-CHUL HAN sobre os efectos do *microtargeting* no seu libro *Infocracia*: "No *microtargeting*, os votantes non están informados do programa político dun partido, senón que se lles manipula con publicidade electoral adaptada ao seu psicograma, e non poucas veces con *fake news*. (...) Os cidadáns deixan de estar sensibilizados para as cuestións importantes, de relevancia social. (...) Deste xeito, socavan un principio fundamental da democracia: a *autoobservación da sociedade*." HAN, B., 2022, *op. cit.*, p. 37.

⁵² ISAAK, J. e HANNA, M. J., "User Data Privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection", in *Computer*, vol. 51, n.º 8, 2018, pp. 56-59, doi: 10.1109/MC.2018.3191268, p. 57.

Aproximadamente 270 mil persoas cubriron a enquisa e concederon os permisos que a aplicación solicitaba, crendo que os seus datos só serían utilizados no seo da investigación e con fins académicos. Pero entre os permisos que a aplicación solicitaba estaba o acceso aos datos dos amigos na rede social, o que lle permitiu á empresa acceder aos datos duns 87 millóns de persoas⁵³.

Conseguidos os datos, Cambridge Analytica serviuse de ferramentas de *big data*⁵⁴ e *machine learning*⁵⁵ para tratalos en masa, cruzando as respostas das enquisas cos likes e publicacións compartidas en Facebook polos distintos usuarios. Isto permitiulles segmentar os 87 millóns de usuarios en pequenos grupos de persoas ou perfís psicográficos⁵⁶ preocupadas por asuntos concretos e que, polo tanto, serían receptivas a publicacións sobre esas materias concretas se se utilizaba o ton axeitado.

Esta minaría de datos, que con medios tradicionais tería sido imposible, convértese en algo sinxelo e rápido grazas á intelixencia artificial e, concretamente, á *machine learning*, que permite obter en tempo récord unha segmentación extremadamente escurpulsosa e detallada.

Unha vez segmentados os votantes nas distintas categorías, utilizouse un sistema de intelixencia artificial capaz de analizar centos ou mesmo miles de variacións dun anuncio para comprobar cal era a que mellor podería funcionar con cada un dos perfís psicográficos previamente identificados. Tratábase de personalizar ata o máis mínimo detalle de cada anuncio, desde o tipo e cor de letra ata o ton da mensaxe, pasando pola iconografía ou a música, no caso do contido audiovisual.

Polo tanto, a cada pequeno grupo mostrábaselle só a variación do anuncio que o sistema detectara que mellor funcionaría, chegando a deseñarse entre 40 e 50 mil variantes de diferentes argumentos electorais⁵⁷, que se adaptaban á perfección ao perfil do usuario ao que se lle amosaban, sen que ademais puidesen ser coñecidos por outros usuarios, xa que se basean en publicacións invisibles ou *dark post*⁵⁸, o que fai que tamén sexan dificilmente rastrexables polos organismos de control.

É dicir, un usuario non pode ver este tipo de publicacións no muro doutro usuario, senón que só se mostran ao seu destinatario, aumentando así a personalización e

⁵³ Nun primeiro momento pensouse que Cambridge Analytica accedera aos datos de aproximadamente 50 millóns de usuarios, pero os datos en 1 de maio de 2018 proporcionados por Meta, propietaria de Facebook, apuntan a 87 millóns de persoas, a maioría delas en Estados Unidos (81,6%). Datos dispoñibles na web: <https://about.fb.com/news/2018/04/restricting-data-access/>

⁵⁴ O analista Dan Kusnetzky define *big data* como as ferramentas, procesos e procedementos que lle permiten a unha organización crear, manipular e administrar grandes conxuntos de datos e instalacións de almacenamento. CAMARGO ORTEGA, J. F., CAMARGO VEGA, J. J., e JOYANES AGUILAR, L., "Conociendo Big Data", *Revista FI-UPTC*, 24(38), 2015, pp. 63-77, p. 63.

⁵⁵ *Machine learning* ou aprendizaxe automática é unha rama da intelixencia artificial que lles permite ás computadoras aprender dos datos sen seren programadas explicitamente para cada tarefa. En lugar de seguir instrucións fixas, os sistemas de *machine learning* analizan patróns nos datos, o que lles permite facer predicións ou tomar decisións baseadas na información que procesaron.

⁵⁶ Defínese a psicografía como o estudo e a clasificación das persoas segundo as súas actitudes, aspiracións e outros criterios psicolóxicos.

⁵⁷ GARRIGUES WALKER, A. e GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M., *op. cit.*, p. 57.

⁵⁸ Son publicacións cuxa visibilidade se condiciona á pertenza a determinados grupos seleccionados polo administrador da páxina. Trátase dunha funcionalidade especialmente pensada para o mundo publicitario que permite non saturar o mercado mostrando información que poida non resultar relevante para grupos determinados, por exemplo por idade ou situación, e dirixirse soamente á audiencia á que a publicación pode interesar.

evitando que o usuario se decate de que está sendo manipulado, ao tempo que se evita ou atrasa un debate público e aberto sobre o contido e a veracidade desas publicacións que permitiría contrastalas⁵⁹.

Ademais de todo o exposto, debemos ter en conta que a propaganda cognitiva non opera de xeito illado. Non se trata só de que se lle mostren ao usuario anuncios especialmente deseñados para el en función dos seus intereses, previamente conseguidos a través das cesións de datos efectuadas, consciente diso ou non, polo propio usuario, senón que a miúdo se combina esta ferramenta con outras como o uso de contas falsas automatizadas⁶⁰ en redes sociais, tamén coñecidas como *social bots*⁶¹.

No caso das eleccións presidenciais estadounidenses de 2016, o uso de contas automatizadas foi estratéxico e deliberado, especialmente no lado republicano, axustando á perfección o momento de produción de contido durante os debates e chegando no día das eleccións a superar os *bots* pro-Trump os de Clinton a razón de 5 a 1⁶².

Estas contas automatizadas utilízanse sobre todo para alterar o debate na propia rede, dando audiencia a publicacións que poderían parecer inicialmente irrelevantes, chegando a viralizar contidos que doutro xeito pasarían desapercibidos, apropiándose dun debate creado inicialmente por humanos ou mesmo creando *ex novo* un debate que doutra forma non existiría⁶³. Todo iso cun volume de publicacións e interaccións moi superior ao humanamente posible, o que consegue con pouco esforzo manipular o peso do apoio ás distintas opcións, inclinando de maneira artificial a balanza cara a unha delas que aparece claramente como gañadora⁶⁴.

Todo isto consegue reforzar a burbulla do usuario e con ela a polarización existente, unha polarización en que os extremos xa non son tan mal vistos⁶⁵, pois hai gran cantidade de contas que defenden as súas posicións á calor do anonimato das redes e que, ademais, atopan explicación ao inexplicable, normalmente baseándose nalgunha retorcida conspiración que casualmente o explica todo⁶⁶.

Todo iso amplificado polo efecto da disonancia cognitiva: necesitamos buscar explicacións que reforcen as nosas crenzas e isto fai case imposible, a medida que se

⁵⁹ ANDERSON, B. e HORVARTH, B., PÉREZ LAGÜELA, Elena (trad.). "El ascenso de la máquina de armas propagandísticas de inteligencia artificial", *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 38, 2017, pp. 37-47, p. 40.

⁶⁰ Unha conta automatizada ou *bot* é un software ou programa informático elaborado para levar a cabo determinados tipos de actividades repetitivas como se dun ser humano se tratase; pode xerar contido, replicalo, seguir ou deixar de seguir contas, enviar mensaxes directas... todo iso imitando o comportamento humano. SANTOS SANZ, L., "Identificación automática de bots en Twitter basada en contexto", *Reports de inteligencia económica y relaciones internacionales*, n.º 13 (Vol.), 2023, Disponible en <http://hdl.handle.net/10486/700265>, p. 5.

⁶¹ Un *social bot* é unha conta controlada por software que participa activamente nas redes sociais para influir na opinión pública na dirección desexada: PASTOR-GALINDO, J. *et al.*, "Twitter social bots: The 2019 Spanish general election data", *Data in Brief*, volume 32, 2020, <https://doi.org/10.1016/j.dib.2020.106047>.

⁶² ANDERSON, B. e HORVARTH, B., PÉREZ LAGÜELA, E. (trad.), 2017, *op. cit.*, p. 43.

⁶³ LEVI, S., *#FakeYou: Fake news y desinformación*, Rayo Verde Editorial, 2020, p. 82.

⁶⁴ Calcúlase que na campaña española das eleccións xerais de novembro de 2019 había máis de 40.000 *bots* tuiteando sobre eventos destacados da campaña. PASTOR-GALINDO, J. *et al.*, "Spotting Political Social Bots in Twitter: A Use Case of the 2019 Spanish General Election", *IEEE Transactions on Network and Service Management*, vol. 17, n.º 4, 2020, pp. 2156-2170, doi: 10.1109/TNSM.2020.3031573, p. 2158.

⁶⁵ Sobre a polarización: BERROCAL-GONZALO, S., WAISBORD, S. e GÓMEZ-GARCÍA, S., 2023, *op. cit.*

⁶⁶ SÁDABA RODRÍGUEZ, I. e GARCÍA ARNAU, A., "Teorías de la conspiración y crisis globales: retos para la teoría sociológica", *RES. Revista Española de Sociología*, 33(2), 2024, <https://doi.org/10.22325/fes/res.2024.222>, p. 4.

avanza neste tobo, dar marcha atrás, rectificar os nosos pensamentos, pois preferiremos crer calquera cousa antes que rexeitar todas as teorías que xa defendemos e que, polo menos no contexto da nosa burbulla, encaixan á perfección. A credibilidade da información é directamente proporcional a canto coincida cos nosos valores, crenzas e prexuízos⁶⁷.

Resulta importante, non obstante, aclarar que o problema non é o uso das redes sociais para chegar ao electorado –de feito, a campaña doutro candidato á presidencia de Estados Unidos, Barack Obama, foi das primeiras en explotar as redes sociais, en concreto Facebook e MySpace⁶⁸ para facer chegar a súa mensaxe–, a clave é que o que facía era explotar as ferramentas que a rede social puña ao seu servizo para chegar ao electorado a través desa vía⁶⁹.

Pola contra, no caso da campaña de Donald Trump, o que realmente fixo Cambridge Analytica foi enganar os usuarios para que lles confiasen os seus datos, a súa información, e utilízala con fins totalmente distintos aos declarados. Isto supón unha clara violación da debida protección de datos das persoas usuarias, que resulta aínda de maior gravidade porque se produce con fins electorais.

O obxectivo é modificar o sentido do voto dos usuarios da rede escudriñando na súa privacidade para utilizar os datos roubados co obxectivo de lle facer crer a ese usuario que é el quen está a elixir, cando realmente o que ocorre é que se condicionou a súa vontade a un nivel profundo, mostrando só os contidos que reafirmaban a postura que interesaba e creando propaganda á medida do usuario aproveitando a información roubada.

A propaganda computacional sitúase, polo tanto, como unha poderosa ferramenta contra a democracia⁷⁰, ao afectar ao sentido de voto a través da manipulación da formación da opinión pública⁷¹.

Evidentemente, pode que o resultado das eleccións estadounidenses de 2016 tivese sido o mesmo sen a actuación de Cambridge Analytica, pero é imposible sabelo. O que si sabemos é que un dos candidatos presidenciais levou a cabo unha campaña pouco transparente, roubando e tratando os datos de millóns de persoas e utilizando propaganda cognitiva para asegurar o seu voto e que esta situación acabou supoñendo a quebra de Cambridge Analytica e grandes perdas para a rede social Facebook, mentres que o candidato que contratou os servizos da consultora e gañou as eleccións seguiu no seu posto ata rematar o seu mandato.

⁶⁸ BARRIENTOS-BÁEZ, A., CALDEVILLA-DOMÍNGUEZ, D. e YEZERS'KA, L., 2022, *op. cit.*, p. 158.

⁶⁹ Ao celebrarse as eleccións, Obama reunía 3 millóns de seguidores en Facebook, 700.000 en MySpace, 100.000 en Twitter e 144.615 subscritores en YouTube. RUBIO NÚÑEZ, R., "Quiero ser como Obama (me pido una red social)", *Cuadernos de pensamiento político (Madrid, Spain)*, 21, 2009, pp. 123–154; p. 131.

⁶⁹ LINARES RODRÍGUEZ, V. e ABEJÓN MENDOZA, P., "De la marca Obama 2.0 al antagonismo digital de Donald Trump", *Investigación y desarrollo*, 29(1), 2021, pp. 99–132.
<https://doi.org/10.14482/index.29.1.6588>, p. 109.

⁷⁰ WOOLLEY, S. C. e HOWARD, P. N., "Computational Propaganda Worldwide: Executive Summary", *Working Paper 2017.11. Oxford, UK: Project on Computational Propaganda*. demtech.oii.ox.ac.uk. 14 pp., p. 7.

⁷¹ GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M., 2020, *op. cit.*, p. 22.

4 O uso da intelixencia artificial para atacar os candidatos: o caso de Eslovaquia

As ferramentas que ofrece a intelixencia artificial, concretamente no eido da desinformación, supoñen un reto nunca visto. No apartado anterior afondouse nalgún dos usos das ferramentas de *machine learning* neste campo, pero non podemos rematar sen tratar o papel das ferramentas *deep learning*⁷², que permiten crear contidos audiovisuais indistinguibles da realidade, ata o punto de poder utilizar a imaxe ou a voz dunha persoa real para que faga ou diga cousas que xamais fixo ou dixo.

Podemos imaxinar infinidade de formas en que esta tecnoloxía pode afectar ao proceso de toma de decisións en materia electoral, pero o certo é que xa temos exemplos reais.

O 30 de setembro de 2023 celebráronse eleccións parlamentarias anticipadas en Eslovaquia nas cales o ex primeiro ministro prorruso Robert Fico, líder de Dirección-Socialdemocracia Eslovaca (SMER-SSD)⁷³, e Michal Šimečka, líder do partido liberal Eslovaquia Progresista (EP), disputaban o posto de primeiro ministro.

Apenas dous días antes da celebración dos comicios, publicouse en Facebook un audio duns dous minutos en que supostamente se escoitaba o candidato de EP discutindo coa xornalista Monika Tódová a forma de amañar o proceso electoral comprando votos da minoría xitana. Para non deixar lugar a dúbidas, o audio estaba subtítulado e ía acompañado da imaxe estática do candidato liberal e da xornalista. Ambos saíron rapidamente a desmentir o audio, pero con certa moderación, dado que o país se atopaba no período de reflexión, que no caso eslovaco se estende durante as 48 horas previas ao comezo da votación⁷⁴.

Tamén o departamento de comprobación de información da axencia de noticias AFP⁷⁵ saíu rapidamente a pór de manifesto que a gravación mostraba signos de ter sido manipulada con intelixencia artificial⁷⁶.

⁷² Define Raúl López Briega a *deep learning* ou aprendizaxe profunda como un subcampo dentro da *machine learning* que utiliza distintas estruturas de redes neuronais para lograr a aprendizaxe de sucesivas capas de representacións cada vez máis significativas dos datos. A aprendizaxe profunda ou *deep learning* fai referencia á cantidade de capas de representacións que se utilizan no modelo; en xeral adóitanse utilizar decenas ou mesmo centos de capas de representación que aprenden automaticamente a medida que o modelo é adestrado cos datos. Citado en GUAÑA-MOYA, J., SALGADO-REYES, N., e ESCOBAR-TERÁN, C., "La informática y la ciencia de datos utilizando Deep learning. [Computing and data science using deep learning]", *Revista Ibérica De Sistemas e Tecnologías De Información*, 2022, pp. 116-127. Dispoñible en <https://www.proquest.com/scholarly-journals/la-informática-y-ciencia-de-datos-utilizando-deep/docview/2714752347/se-2>.

⁷³ TEJERO MATOS, P., "¿Populismo híbrido? Análisis del SMER-SD en Eslovaquia", *Revista Jurídica de La Universidad Autónoma de Madrid*, 44, 2021, pp. 175-198, p. 186.
<https://doi.org/10.15366/rjuam2021.44.006>.

⁷⁴ Deepfakes en elecciones de Eslovaquia reafirman que IA es un peligro para la democracia. WIRED. 3 de outubro de 2023 [consulta 15 de outubro de 2024]. Dispoñible en <https://es.wired.com/articulos/deepfakes-en-elecciones-de-eslovaquia-reafirman-que-ia-es-peligro-para-democracia>.

⁷⁵ A Agence France-Presse (AFP) é unha das tres principais axencias mundiais de información, que conta ademais cun departamento de verificación de noticias falsas.

⁷⁶ Údajná nahrávka telefonátu predsedu PS a novinárky Denníka N vykazuje podľa expertov početné známky manipulácie (A suposta gravación da chamada entre o presidente do PS e a xornalista de Denník N mostra, segundo os expertos, múltiples signos de manipulación). AFP FACTY. 28 de setembro de 2023 [consulta 15 de outubro de 2024] Dispoñible en <https://fakty.afp.com/doc.afp.com.33WY9LF>.

No entanto, sen poderen ofrecer os supostos participantes probas contundentes sobre a súa falsidade (sen dúbida unha *probatio diabólica*⁷⁷), o audio seguiu en liña. Na política de recursos manipulados de Meta contemplábase a posibilidade de eliminar vídeos falsos onde aparecen persoas dicindo cousas que nunca dixeron, pero as ditas directrices non incluían expresamente os audios, polo que a gravación se atopaba nunha sorte de lagoa respecto á política da compañía.

E non foi este o único uso da intelixencia artificial durante este proceso electoral. Tres días antes das eleccións, publicárase outro audio, tamén do candidato liberal Michal Šimečka, en que afirmaba que duplicaría o prezo da cervexa se gañaba as eleccións co obxectivo de loitar contra o alcoholismo. Nese caso a propia empresa Meta alertou da existencia do audio, o que puxo os verificadores a traballar, conseguindo probar nunhas horas que o contido efectivamente era falso, tal como declarara o seu protagonista⁷⁸.

Á marxe da influencia que puidesen ter os audios sobre os resultados do proceso electoral, que perdeu o candidato de Eslovaquia Progresista en contra do que as enquisas prevían⁷⁹, considero importante destacar tres feitos.

O primeiro deles refírese ao problema para exixir responsabilidades respecto dos danos creados co uso de tecnoloxías *deep learning*. A tecnoloxía utilizada fai moi difícil en primeiro lugar detectar que se trata de contido falso ou manipulado e, en segundo lugar, detectar a verdadeira orixe dos contidos, o que fai imposible a rendición de contas; de feito, hoxe en día non se coñece a orixe do audio *deep fake* sobre o candidato de EP, co problema que iso supón en canto á exixencia de responsabilidades.

Isto cobra especial relevancia, e conecto xa co segundo dos feitos que cómpre destacar, no caso de que quen queira manipular o proceso electoral sexa unha potencia estranxeira. Xa no verán de 2023 a Unión Europea puxo de manifesto a súa preocupación pola posibilidade de inxerencias estranxeiras nas eleccións no territorio da Unión afirmando que “a desinformación reduce a capacidade dos cidadáns para tomaren decisións informadas e participar libremente nos procesos democráticos” e que “algúns Estados membros, que Rusia considera a súa esfera de influencia, están máis expostos a riscos xeopolíticos derivados da inxerencia do Kremlin no seu espazo de información”⁸⁰.

De xeito case premonitorio, esta resolución sinalaba como posible inxerencia nos procesos electorais a distribución de información distorsionada sobre os candidatos e as campañas de desinformación en redes sociais. É dicir, sabíase que podía suceder e, porén, non puido evitarse nin a difusión das loiadadas e *deepfakes* nin as súas consecuencias.

⁷⁷ Tamén chamada proba inquisitorial, a proba diabólica é aquela pola que se lle exige á persoa acusada que probe que algo non existe, é dicir, que probe un feito negativo. PASCUAL CADENA, A., *La prueba diabólica penal, entelequia normativa y prisión preventiva*. Bosch, 2021, p. 24.

⁷⁸ *Slovakia's Election Deepfakes Show AI Is a Danger to Democracy*. WIRED. 3 de outubro de 2023 [consultado o 15 de outubro de 2024]. Dispoñible en <https://www.wired.com/story/slovakias-election-deepfakes-show-ai-is-a-danger-to-democracy/>

⁷⁹ DE NADAL, L. e JANČÁRIK, P., “Beyond the deepfake hype: AI, democracy, and “the Slovak case””, *Harvard Kennedy School (HKS) Misinformation Review*, 5(4), 2024, p. 1.

⁸⁰ Resolución P9_TA(2023)0219 do Parlamento Europeo, do 1 de xuño de 2023, sobre as inxerencias estranxeiras en todos os procesos democráticos da Unión Europea, en particular a desinformación (2022/2075 (INI)), Considerando T.

O terceiro dos aspectos que debemos resaltar é o feito de que a interlocutora do audio *deepfake* fose unha xornalista, o cal resulta importante por varios motivos. O primeiro deles é que nos atopamos ante unha persoa que non é unha personaxe pública e, a pesar diso, vese envolta de xeito involuntario e forzado nun asunto de corrupción electoral, co dano que iso pode supor para a súa honra e a súa imaxe a nivel tanto persoal como profesional.

O segundo motivo é que, ademais, esta interlocutora é unha persoa que se dedica profesionalmente ao xornalismo, resultando moi difícil pensar que esta elección fose azarosa, senón que máis ben parece unha opción premeditada que busca non só desacreditar o candidato, quen pola súa dedicación á cousa pública debe soportar un volume maior de inxerencias sobre a súa honra e propia imaxe, e sementar as dúbidas sobre a lexitimidade do proceso electoral, senón tamén pór en dúbida a xornalista en particular e o xornalismo no seu conxunto⁸¹.

Neste punto, debemos lembrar o lugar clave que lle outorga o TEDH á prensa nos sistemas democráticos, protexendo o seu papel na formación da opinión pública mediante a publicación de información sobre asuntos de interese público veraz e contrastada, obrigando as autoridades públicas e outras esferas de poder a render contas e sinalando a corrupción e o abuso de poder⁸². Ao involucrar unha xornalista nunha conspiración para cometer fraude electoral, estase a atacar tamén o papel da prensa como vixilante público⁸³, sementando a dúbida sobre a súa imparcialidade e o seu imprescindible papel na formación da opinión pública.

5 Conclusións

As ferramentas de intelixencia artificial supoñen unha revolución tecnolóxica sen precedentes. Estamos ante o maior progreso tecnolóxico do noso tempo, equiparable ou mesmo de maior relevancia que o que supuxo no seu día a máquina de vapor ou a electricidade⁸⁴, unha revolución con efectos transversais en todas as áreas do coñecemento e da ciencia e que nos sitúa nun novo escenario tecnolóxico, produtivo e social⁸⁵.

Non obstante, resulta extremadamente importante avaliar e prever os riscos aos que pode someternos a IA, pois estamos ante tecnoloxías disruptivas que, usadas maliciosamente, teñen a potencialidade de causar danos de consecuencias catastróficas, pondo en xaque a democracia e ata a propia humanidade.

⁸¹ Slovakia: Deepfake Audio Clip Aims to Manipulate Voters and Discredit Journalist Monika Tódová Ahead of Election, Women Press Freedom, 28 de setembro de 2023, actualizado 6 de marzo de 2024. [Consulta 15 de outubro de 2024]. Dispoñible en <https://www.womeninjournalism.org/threats-all/slovakia-deepfake-audio-clip-aims-to-manipulate-voters-and-discredit-journalist-monika-todov-ahead-of-election>.

⁸² Recommendation CM/Rec (2016) 4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of journalism and safety of journalists and other media actors.

⁸³ Entre outros, asunto Pedersen and Baadsgaard c. Denmark STEDH do 17 de decembro de 2004.

⁸⁴ ALONSO BETANZOS, A., "La inteligencia artificial y la prospectiva", *Revista Atlántica de Economía*, vol. 6, n.º 1, 2023.

⁸⁵ TUDELA ARANDA, J., "Gobierno, Parlamento, Democracia e inteligencia artificial", *Teoría y Realidad Constitucional*, 52, 2023, pp. 303-333. <https://doi.org/10.5944/trc.52.2023.39018>, p. 326.

Ao longo deste traballo exploráronse algúns dos usos da intelixencia artificial que xa se manifestaron como ameazas reais para a libre formación da opinión pública e, polo tanto, para o sistema electoral e democrático, que se asenta no presuposto de que a poboación acode a votar tras ter formado a súa opinión de xeito libre e baseándose en información veraz e de calidade⁸⁶.

No caso da microsegmentación, atopámonos en primeiro lugar cun problema en materia de protección de datos persoais, dado que a miúdo este tipo de prácticas peca de falta de permisos na recollida ou tratamento dos datos. Interesa aclarar que no seo da Unión Europea é un aspecto que xa se está a regular, sen que polo momento poidamos sacar conclusións sobre a efectividade desa regulación.

Por un lado, o Regulamento xeral de protección de datos⁸⁷, malia non regular especificamente a microsegmentación, si a limita a través das restricións xerais na recollida e tratamento dos datos e no establecemento de certos principios no tratamento dos datos⁸⁸.

Si regula de xeito específico a segmentación en materia electoral o recente Regulamento sobre transparencia e segmentación en publicidade política⁸⁹, cuxo considerando 6 advirte de que a microsegmentación e outras técnicas avanzadas de tratamento dos datos “poden supor graves ameazas para intereses públicos lexítimos como a equidade, a igualdade de oportunidades e a transparencia nos procesos electorais e nos dereitos fundamentais de liberdade de expresión, privacidade e protección dos datos persoais, así como de igualdade e non discriminación e no dereito fundamental a ser informado de xeito obxectivo, transparente e plural”.

Este regulamento permite a segmentación sempre que se cumpran tres requisitos: 1) que o interesado lle proporcionase os datos persoais ao responsable do tratamento; 2) que o interesado dese, por separado, o seu consentimento expreso ao tratamento dos datos persoais para os efectos de publicidade política, e 3) que as ditas técnicas non impliquen a «elaboración de perfís»⁹⁰.

Por último, o Regulamento de intelixencia artificial⁹¹ prohibe expresamente no seu artigo 5.1.a) baixo pena de sanción de ata 35 millóns de euros (a concretar polos

⁸⁶ GALDÁMEZ MORALES, A., 2018, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁷ REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEO E DO CONSELLO do 27 de abril de 2016 relativo á protección das persoas físicas no que respecta ao tratamento de datos persoais e á libre circulación destes datos e polo que se derroga a Directiva 95/46/CE (Regulamento xeral de protección de datos, en diante, REXPD).

⁸⁸ O artigo 5 REXPD establece os principios no tratamento dos datos que poden resumirse en: (a) os datos persoais serán tratados de xeito lícito, leal e transparente en relación co interesado («licitude, lealdade e transparencia»); (b) os datos persoais só poderán ser recollidos para propósitos especificados de antemán e non poderán usarse para ningún outro propósito («limitación da finalidade»); (c) non deben recollese máis datos que os necesarios para a finalidade do tratamento («minimización de datos»); (d) debe asegurarse que os datos sexan exactos («exactitude»); (e) os datos persoais non serán almacenados máis tempo do necesario («limitación do prazo de conservación»); (f) os datos persoais deben estar protexidos («integridade e confidencialidade»).

⁸⁹ REGULAMENTO (UE) 2024/900 DO PARLAMENTO EUROPEO E DO CONSELLO do 13 de marzo de 2024 sobre transparencia e segmentación na publicidade política.

⁹⁰ Artigo 18 do Regulamento sobre transparencia e segmentación na publicidade política.

⁹¹ REGULAMENTO (UE) 2024/1689 DO PARLAMENTO EUROPEO E DO CONSELLO do 13 de xuño de 2024 polo que se establecen normas harmonizadas en materia de intelixencia artificial e polo que se modifican os regulamentos (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e as directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (Regulamento de intelixencia artificial).

Estados membros) “a introdución no mercado, a posta en servizo ou a utilización dun sistema de IA que se sirva de técnicas subliminares que transcendan a conciencia dunha persoa ou de técnicas deliberadamente manipuladoras ou enganosas co obxectivo ou o efecto de alterar de maneira substancial o comportamento dunha persoa ou dun colectivo de persoas, diminuindo de maneira apreciable a súa capacidade para tomar unha decisión informada e facendo que adopten unha decisión que doutro xeito non terían tomado, dun modo que provoque, ou sexa razoablemente probable que provoque, prexuízos considerables a esa persoa, a outra persoa ou a un colectivo de persoas”, o que parece que deixa fóra da legalidade o márketing cognitivo.

Ademais, cualifícanse como de “alto risco” os sistemas de IA que elaboren perfís de persoas físicas e os sistemas de IA destinados a ser utilizados para influír no resultado dunha elección ou referendo ou no comportamento electoral de persoas físicas que exerzan o seu dereito de voto en eleccións ou referendos.

Sen dúbida, toda esta recente regulación está orientada a limitar os riscos dos usos ilícitos das ferramentas de intelixencia artificial e é moito máis do que se fixo noutros ámbitos lexislativos, pero haberá que ver se é suficiente ou se os intereses nos resultados que poden obterse infrinxindo a normativa compensan o risco.

Por outro lado, os sistemas e ferramentas de intelixencia artificial poden ser utilizados para levar a cabo campañas de desinformación masiva que, aínda que non estean centradas de xeito directo no ámbito electoral, si afectarán á formación da opinión pública. Xa sexa partindo de contidos fabricados por humanos ou fabricados por máquinas, a intelixencia artificial facilita a difusión absolutamente viral do contido apoiada por contas automatizadas que poden mesmo contestar comentarios de xeito indistinguible a como o faría un humano e adaptando o contido da mensaxe na medida necesaria para causar efecto na persoa destinataria.

Esta facilidade na difusión vese favorecida por un escenario en que os medios de comunicación perderon o seu papel como intermediarios da información, sendo substituídos polas redes sociais, onde circula todo tipo de información publicada por infinidade de fontes, tamén polos propios medios de comunicación, o que lle dificulta ao cidadán de a pé separar a información de calidade da mera desinformación.

A iso súmase o feito de que non se trata só de que o número de informadores crecese exponencialmente, mesturándose medios de comunicación con *pseudomedios*, *influencers* e opinadores en xeral, nin sequera de que o labor de contrastación sexa mellor, peor ou directamente inexistente, é que, ademais, as ferramentas de *deep learning* permiten fabricar as probas audiovisuais que se necesiten para apoiar a información que se quere difundir, como ocorreu no caso eslovaco.

A solución que ofrece o Regulamento de intelixencia artificial da Unión Europea para este asunto pasa por aumentar a transparencia, obrigando os provedores que xeren contido sintético de audio, imaxe, vídeo ou texto a marcar a información de saída do sistema de IA nun formato lexible por máquina para que sexa posible detectar que foi xerada ou manipulada de xeito artificial⁹².

⁹² Artigo 50, apartado 2 do REGULAMENTO (UE) 2024/1689 DO PARLAMENTO EUROPEO E DO CONSELLO do 13 de xuño de 2024 polo que se establecen normas harmonizadas en materia de intelixencia artificial e polo que se modifican os regu-

É dicir, trátase de incorporar como metadatos ou mediante datos cifrados nunha capa invisible ao ollo humano a información de que se trata de contido xerado por unha IA. Pero isto vai impedir que o contido se replique como veraz por centos ou miles de persoas? Certamente non, pero será posible probar que é falso, polo menos ata que alguén cos coñecementos necesarios elimine a marca de auga.

Malia todo o anterior, resulta importante ter en conta que, con todo o disruptiva que é a intelixencia artificial no momento actual, está nos albores da súa existencia; o que nos espera supera amplamente o que vimos ata o momento. Así, desde a doutrina científica sinaláronse tres grandes etapas ou tipos de intelixencia artificial que representan distintos niveis de autonomía e habilidade nas máquinas⁹³:

- 1) Intelixencia artificial estreita (ANI, pola súa sigla en inglés): refírese a sistemas de IA deseñados e adestrados para realizar tarefas específicas e limitadas. Estas intelixencias non posúen conciencia, comprensión ou verdadeiras capacidades cognoscitivas humanas. Operan dentro dun conxunto restrinxido de parámetros e non poden xeneralizar a súa aprendizaxe a dominios fóra da súa programación orixinal.
- 2) Intelixencia artificial xeral (AGI, pola súa sigla en inglés): describe unha IA capaz de entender, aprender e aplicar a súa intelixencia para resolver calquera problema de forma similar a como o faría un ser humano. Unha AGI tería habilidades cognitivas xerais, permitíndolle transferir coñecementos e habilidades entre diferentes dominios e tarefas. Ata a data, a maioría da literatura científica coincide en que a AGI non foi lograda, aínda que con certo debate⁹⁴.
- 3) Intelixencia artificial superintelixente (ASI, pola súa sigla en inglés): refírese a unha hipotética IA que supera a intelixencia humana en todos os aspectos: creatividade, sabedoría, resolución de problemas e habilidades sociais, entre outros. A ASI non só podería realizar todas as tarefas intelectuais que un ser humano pode facer, senón que o faría de xeito máis eficiente e efectivo. Este nivel de intelixencia artificial suscita importantes consideracións éticas e de seguridade, xa que o seu comportamento e decisións poderían estar máis alá da comprensión humana.

Sen dúbida, as posibilidades son practicamente infinitas e o desenvolvemento desta tecnoloxía ten o potencial de resolver os grandes problemas da humanidade, desde o cambio climático á escaseza de recursos. Cando se desenvolva a superintelixencia

lamentos (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e as directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (Regulamento de intelixencia artificial).

⁹³ SERRANO VALVERDE, Á., "Tecnología que preocupa: de la IA a Gutenberg", *EME Experimental Illustration, Art & Design*, (12), 2024, pp. 64-75. <https://doi.org/10.4995/eme.2024.21212>, p. 65.

⁹⁴ A este respecto, resulta interesante a análise de Sébastien Bubeck e outros sobre a nova versión da aplicación Chat GPT, que os leva a afirmar que GPT-4 mostra indicios de intelixencia artificial xeral nas súas capacidades mentais fundamentais (como o razoamento, a creatividade e a dedución), a variedade de temas en que adquiriu experiencia (como a literatura, a medicina e a programación) e a diversidade de tarefas que é capaz de realizar (por exemplo, xogar, usar ferramentas, explicarse a si mesmo...). BUBECK, S. e outros, *Sparks of Artificial General Intelligence. Early experiments with GPT-4*. Arxiv, 2023, <https://doi.org/10.48550/arXiv.2303.12712>.

artificial, estaremos en condicións de resolver calquera problema que nos xurda; a cuestión é que unha tecnoloxía así de potente pode resultar perigosa mesmo aínda que se utilice para un obxectivo inocuo ou incluso beneficioso *a priori* para a humanidade e o planeta.

Sobre iso teorizou o filósofo Nick Bostrom, empregando a hipótese dunha IA cuxo obxectivo sexa maximizar a produción de clips. No desenvolvemento da súa tarefa, esta IA iría mellorando os procesos de produción, pero podería suceder que, buscando fabricar cada vez máis e máis clips, comezase a transformar toda a materia da Terra e despois porcións cada vez máis grandes do espazo en plantas de produción de clips⁹⁵.

De igual xeito, utilizar un sistema de IA para conseguir un obxectivo en principio lexítimo como, por exemplo, deseñar ou mellorar unha campaña electoral ou mellorar a opinión dun candidato/a nas enquisas, podería derivar doadamente nunha máquina que, en busca de cumprir o seu obxectivo, non dubidase en utilizar todos os medios á súa disposición para logralo.

Isto podería implicar non só a elaboración de perfís e deseño de propaganda electoral ultrapersonalizada, senón tamén a fabricación de calquera contido que fose necesario para apoiar o argumentario ou destruír os opoñentes, a desinformación sobre o propio proceso electoral para lograr a abstención involuntaria de certos sectores da poboación ou, mesmo, a modificación de antecedentes penais, expedientes académicos ou historiais médicos, todo canto fose necesario para lograr o seu obxectivo⁹⁶.

A principal abordaxe a este problema pasa actualmente pola aliñación (*alignment*, en inglés), tratar de aliñar os intereses e obxectivos da IA cos intereses e obxectivos dos seus deseñadores en particular e cos dos seres humanos en xeral⁹⁷ e establecer as barreiras necesarias para evitar que o sistema de IA tome decisións perigosas ou indesexables.

O problema é que, a medida que os sistemas de IA se fan máis potentes e a tecnoloxía vai evolucionando cara á intelixencia artificial xeral e á superintelixencia artificial, máis difícil resultará establecer de xeito efectivo ese aliñamento, posto que a máquina estará en condicións de prever e inventar moitos máis escenarios dos que poidan prever os seres humanos que a programen.

Faise evidente que as ferramentas coas que contamos non son suficientes para enfrontarnos aos retos que veñen. Nun escenario político convulso como o que vivimos, con conflitos armados abertos en múltiples puntos do planeta e con intereses políticos radicalmente enfrontados, a desinformación e, máis concretamente, a desinformación facendo uso de ferramentas de intelixencia artificial, configúrase

⁹⁵ BOSTROM, N., *Ethical Issues in Advanced Artificial Intelligence*, 2003, Dispoñible en <https://nickbostrom.com/ethics/ai> (consulta 24 de outubro de 2024).

⁹⁶ Máis sobre a vulnerabilidade do mundo ante os avances da IA en BOSTROM, N., "The Vulnerable World Hypothesis" *Global Policy*, vol. 10:4, 2019, pp. 455-476.

⁹⁷ Este problema foi formulado en 1960 por Norbert Wiener do seguinte modo: "Se utilizamos, para alcanzar os nosos obxectivos, un medio mecánico no funcionamento do cal non podemos interferir de xeito efectivo unha vez que o iniciamos, porque a acción é tan rápida e irrevogable que non temos os datos para intervir antes de que a acción estea completa, entón é mellor que esteamos completamente seguros de que o propósito que introducimos na máquina é o propósito que realmente desexamos e non simplemente unha imitación colorida deste". WIENER, N., "Some Moral and Technical Consequences of Automation", *Science*, 131(3410), 1960, pp. 1355-1358.

<http://www.jstor.org/stable/1705998>. DOI: 10.1126/science.131.3410.1355 p. 1358.

como unha clara ameaza para a libre formación da opinión pública e, con iso, para o exercicio libre do dereito de sufraxio⁹⁸ e o procedemento electoral no seu conxunto, podendo supor un golpe na liña de flotación dos sistemas democráticos tal como os coñecemos.

6 Bibliografía

- ABA CATOIRA, A., “Libertades de expresión e información en la sociedad digital como garantías de la democracia”, *Revista Doctrina Distrital*, vol. 1, n.º extra 2, 2021, pp. 55-70.
- ABA CATOIRA, A., “Los desórdenes informativos en un sistema de comunicación democrático”, *Revista de Derecho Político*, 1(109), 2020, pp. 119-151.
<https://doi.org/10.5944/rdp.109.2020.29056>.
- ALONSO BETANZOS, A., “La inteligencia artificial y la prospectiva”, *Revista Atlántica de Economía*, vol. 6, n.º 1, 2023.
- ANDERSON, B. e HORVARTH, B., PÉREZ LAGÜELA, E. (trad.). “El ascenso de la máquina de armas propagandísticas de inteligencia artificial”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 38, 2017, pp. 37-47.
- ASTUDILLO MUÑOZ, J. L., “Notas sobre la posverdad, sus efectos en el sistema democrático y en la protección de los derechos humanos en el marco de la sociedad digital”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 52, 2023, pp. 401-427.
<https://doi.org/10.5944/trc.52.2023.39023>
- BARRIENTOS-BÁEZ, A., CALDEVILLA-DOMÍNGUEZ, D. e YEZERS’KA, L., “Fake news y posverdad: Relación con las redes sociales y fiabilidad de contenidos”, *Fonseca, Journal of Communication*, (24) 2022, pp. 149-162.
<https://doi.org/10.14201/fjc.28294>
- BELL, E., “Facebook se está comiendo el mundo”, *Cuadernos de Periodistas*, 32 2016, pp. 67-76. <https://www.cuadernosdeperiodistas.com/facebook-se-esta-comiendo-mundo/>
- BERROCAL-GONZALO, S., WAISBORD, S. e GÓMEZ-GARCÍA, S., “Polarización política y medios de comunicación, su impacto en la democracia y la sociedad”, *Profesional de la información*, v. 32, n. 6, e320622, 2023, <https://doi.org/10.3145/epi.2023.nov.22>
- BOSTROM, N., *Ethical Issues in Advanced Artificial Intelligence*, 2003, Disponible en <https://nickbostrom.com/ethics/ai> (consulta 24 de outubro de 2024).
- BOSTROM, N., “The Vulnerable World Hypothesis”, *Global Policy*, vol. 10:4, 2019, pp. 455-476.
- BUBECK, S. e outros, *Sparks of Artificial General Intelligence. Early experiments with GPT-4*. Arxiv, 2023, <https://doi.org/10.48550/arXiv.2303.12712>

⁹⁸ PAUNER CHULVI, P., 2018, *op. cit.*, p. 299: “A desinformación afecta directamente aos fundamentos das sociedades democráticas que se constrúen sobre a presunción de que os seus cidadáns toman decisións informadas no momento de acudir a votar”.

- CAMARGO ORTEGA, J. F., CAMARGO VEGA, J. J., & JOYANES AGUILAR, L., “Conociendo Big Data”, *Revista FI-UPTC*, 24(38), 2015, pp. 63-77.
- CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión e información y sus límites*, EDESA Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.
- DE NADAL, L. e JANČÁRIK, P., “Beyond the deepfake hype: AI, democracy, and “the Slovak case””, *Harvard Kennedy School (HKS) Misinformation Review*, 5(4), 2024.
- Deepfakes en elecciones de Eslovaquia reafirman que IA es un peligro para la democracia*. WIRED. 3 de outubro de 2023 [consulta 15 de outubro de 2024]. Disponible en <https://es.wired.com/articulos/deepfakes-en-elecciones-de-eslovaquia-reafirman-que-ia-es-peligro-para-democracia>
- DEL-FRESNO-GARCÍA, M., “Desórdenes informativos: sobreexpuestos e infrainformados en la era de la posverdad”, *El profesional de la información*, v. 28, n. 3, 2019, e280302. <https://doi.org/10.3145/epi.2019.may.02>.
- Digital Report 2024* disponible en <https://datareportal.com/reports/digital-2024-global-overview-report> [consulta 17 de outubro de 2024]
- ELVIRA PERALES, A., “¿Quién es periodista?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 52, 2023, pp. 209-231. <https://doi.org/10.5944/trc.52.2023.39015>
- ENISA, EEAS. *Foreign Information Manipulation Interference (FIMI) and Cybersecurity - Threat Landscape*. DOI: 10.2824/750. (2022) Disponible en https://www.cde.ual.es/wp-content/uploads/2022/12/EEAS-ENISA-Disinformation_Misinformation.pdf
- FESTINGER; L., “Teoría de la disonancia cognoscitiva (Extractado por A OVEJERO)”, *Psicothema*, 5(1), 1993, pp. 201-206. Recuperado a partir de <https://reunido.uniovi.es/index.php/PST/article/view/7156>
- GALDÁMEZ MORALES, A., “Posverdad y crisis de legitimidad: El creciente impacto de las fake news”, *Revista Española de la Transparencia*, vol. 8, 2018, pp. 25-44. <https://doi.org/10.51915/ret.45>
- GARCÍA OROSA, B., GALLUR SANTORUN, S. e LÓPEZ GARCÍA, X., “El uso del clickbait en cibermedios de los 28 países de la Unión Europea”, *Revista Latina de Comunicación Social*, 72, 2017, pp. 1.261-1.277. <http://www.revistalatinacs.org/072paper/1218/68es.html>
- GARCÍA MARÍN, D., “Infodemia global. Desórdenes informativos, narrativas fake y fact-checking en la crisis de la Covid-19”, *Profesional de la información*, v. 29, n. 4, 2020, e290411. <https://doi.org/10.3145/epi.2020.jul.11>
- GARRIGUES WALKER, A. e GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M., *El Derecho a no ser engañado. Y cómo nos engañan y nos autoengañamos*. Aranzadi, 2020.
- GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M., “Por qué las campañas electorales cognitivas basadas en la posverdad pueden erosionar las democracias de opinión”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 32, 2020.
- GUAÑA-MOYA, J., SALGADO-REYES, N. e ESCOBAR-TERÁN, C., “La informática y la ciencia de datos utilizando Deep learning. [Computing and data science using deep learning]”, *Revista Ibérica De Sistemas e Tecnologías De Informação*, 2022, pp. 116-127. <https://www.proquest.com/scholarly-journals/>

regap



ESTUDIOS

- la-informática-y-ciencia-de-datos-utilizando-deep/docview/2714752347/se-2
- HAN, B., *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia*. Ed. Taurus. (2022).
- ISAAC, J. e HANNA, M. J., “User Data Privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection”, in *Computer*, vol. 51, no. 8, 2018, pp. 56-59, August 2018, doi: 10.1109/MC.2018.3191268.
- JIMÉNEZ PALOMARES, P. e GOMES-FRANCO E SILVA, F., “Visibilidad de la información en redes sociales: los algoritmos de Facebook y su influencia en el clickbait”, *Caleidoscopio - Revista Semestral de Ciencias Sociales y Humanidades*, 23(41), 2019, pp. 173-211. doi:10.33064/41crscsh1772C
- LEÓN-MENDOZA, R., “La imagen como forma de (des)conocimiento en la era del deepfake”, *ANIAV - Revista de Investigación en Artes Visuales*, n. 11, 2022, pp. 53-70, setembro. <https://doi.org/10.4995/aniav.2022.17309>
- LEVI, S., *#FakeYou: Fake news y desinformación*, Rayo Verde Editorial, 2020.
- LINARES RODRÍGUEZ, V. e ABEJÓN MENDOZA, P., “De la marca Obama 2.0 al antagonismo digital de Donald Trump”, *Investigación y desarrollo*, 29(1), 2021, pp. 99-132. <https://doi.org/10.14482/indes.29.1.658.8>
- MARTÍN-HERRERA, I. e GUERRERO-CABALLERO, M., “Millennials y Generación X frente a la realidad del Big data y la protección de datos personales en Internet”, *Vivat Academia*, 157, 2024, pp. 1-20. <http://doi.org/10.15178/va.2024.157.e1489>
- MARTÍN, M., FIOR, A., COSTA ESCUREDO, Á., RUIZ SAN ROMÁN, J. A., “La figura del periodista frente al fenómeno de la desinformación en la era digital”, *Zer*, 29(56), 2-24, pp. 65-85. (<https://doi.org/10.1387/zer.25993>).
- MÉNDEZ, L., “El algoritmo sustituye al periodismo”, *Cuadernos de Periodistas*, 2021, pp. 65-70, (2018). Disponible en <https://www.cuadernosdeperiodistas.com/el-algoritmo-sustituye-al-periodismo/>
- MENEU-BORJA, M., SORIA SALVADOR, A., AGUAR TORRES, J., “La juventud en el ecosistema mediático: una mirada al consumo y la producción informativos de las nuevas generaciones”, *Zer*, 29(56), 2024, pp. 153-172. (<https://doi.org/10.1387/zer.26192>).
- MORENO-CABANILLAS, A., CASTILLERO-OSTIO, E. e SERNA-ORTEGA, Á., “El impacto de las redes sociales en la campaña política: Elecciones Generales de 2023 en España”, *Redmarka. Revista de Marketing Aplicado*, vol. 28, núm. 1, 2024, pp. 56-76. <https://doi.org/10.17979/redma.2024.28.1.10>
- Oficina de Ciencia e Tecnoloxía do Congreso dos Deputados (Oficina C). Informe C: Desinformación en la era digital. www.doi.org/10.57952/j3p6-9086 (2023).
- PALAU-SAMPIO, D., CARRATALÁ, A., “Injecting disinformation into public space: pseudo-media and reality-altering narratives”, *Profesional de la información*, v. 31, n. 3, 2022, e310312. <https://doi.org/10.3145/epi.2022.may.12>.
- PASCUAL CADENA, A., *La prueba diabólica penal, entelequia normativa y prisión preventiva*, Bosch, 2021.

- PASTOR-GALINDO, J. *et al.*, “Twitter social bots: The 2019 Spanish general election data”, *Data in Brief*, Volume 32, 2020.
<https://doi.org/10.1016/j.dib.2020.106047>
- PASTOR-GALINDO, J. *et al.*, “Spotting Political Social Bots in Twitter: A Use Case of the 2019 Spanish General Election”, *IEEE Transactions on Network and Service Management*, vol. 17, no. 4, 2020, pp. 2156–2170, doi: 10.1109/TNSM.2020.3031573.
- PAUNER CHULVI, C., “Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 41, pp. 297–318. <https://doi.org/10.5944/trc.41.2018.22123>
- RODRÍGUEZ PÉREZ, C., “No diga fake news, di desinformación: una revisión sobre el fenómeno de las noticias falsas y sus implicaciones”, *Revista Comunicación*, 40, 2019, pp. 65–74, DOI: <http://dx.doi.org/10.18566/comunica.n40.a05>
- RUBIO NÚÑEZ, R., “Quiero ser como Obama (me pido una red social)”, *Cuadernos de pensamiento político* (Madrid, Spain), 21, 2009, pp.123–154.
- SÁDABA RODRÍGUEZ, I. e García Arnau, A., “Teorías de la conspiración y crisis globales: retos para la teoría sociológica”, *RES. Revista Española de Sociología*, 33(2), 2024. <https://doi.org/10.22325/fes/res.2024.222>
- SANTOS SANZ, L. “Identificación automática de bots en Twitter basada en contexto”, *Reports de inteligencia económica y relaciones internacionales*, n.º 13 (Vol.), 2023, <http://hdl.handle.net/10486/700265>
- SERRANO VALVERDE, Á., “Tecnología que preocupa: de la IA a Gutenberg”, *EME Experimental Illustration, Art & Design*, (12), 2024, pp. 64–75. <https://doi.org/10.4995/eme.2024.21212>
- Slovakia: Deepfake Audio Clip Aims to Manipulate Voters and Discredit Journalist Monika Tódová Ahead of Election, *Women Press Freedom*, 28 de setembro de 2023, actualizado 6 de marzo de 2024. [Consulta 15 de outubro de 2024]. Disponible en <https://www.womeninjournalism.org/threats-all/slovakia-deepfake-audio-clip-aims-to-manipulate-voters-and-discredit-journalist-monika-tdov-ahead-of-election>
- Slovakia’s Election Deepfakes Show AI Is a Danger to Democracy. *WIRED*. 3 de outubro de 2023 [consultado o 15 de outubro de 2024]. Disponible en <https://www.wired.com/story/slovakias-election-deepfakes-show-ai-is-a-danger-to-democracy/>
- SUPASORN SUWAJANAKORN, STEVEN M. SEITZ, AND IRA KEMELMACHER-SHLIZERMAN. *Synthesizing Obama: Learning Lip Sync from Audio*. *ACM Trans. Graph.* 36, 4, Article 95 (July 2017), 13 pages. (2017) DOI: <http://dx.doi.org/10.1145/3072959.3073640>
- TEJEROMATOS, P., “¿Populismo híbrido? Análisis del SMER-SD en Eslovaquia”, *Revista Jurídica de La Universidad Autónoma de Madrid*, 44, 2021, pp. 175–198. <https://doi.org/10.15366/rjuam2021.44.006>
- TERNOVSKI, J., KALLA, J. e ARONOW, P. M., *Deepfake Warnings for Political Videos Increase Disbelief but Do Not Improve Discernment: Evidence from Two Experiments*. <https://doi.org/10.31219/osf.io/dta97> (2021).

Regap



ESTUDIOS

TORRES DEL MORAL, A. (dir.), *Libertades informativas*, Colex, 2009.

TUDELA ARANDA, J., “Gobierno, Parlamento, Democracia e inteligencia artificial”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 52, 2023, pp. 303–333. <https://doi.org/10.5944/trc.52.2023.39018>

Údajná nahrávka telefonátu predsedu PS a novinárky Denníka N vykazuje podľa expertov početné známky manipulácie (A suposta gravación da chamada entre o presidente do PS e a xornalista de Denník N mostra, segundo os expertos, múltiples signos de manipulación). AFP FACTY. 28 de setembro de 2023 [consulta 15 de outubro de 2024] Disponible en <https://fakty.afp.com/doc.afp.com.33WY9LF>

WIENER, N., “Some Moral and Technical Consequences of Automation”. *Science*, 131(3410), 1960, pp. 1355–1358.

DOI: 10.1126/science.131.3410.1355

WILLOCQ, S., “Explaining Time of Vote Decision: The Socio-Structural, Attitudinal, and Contextual Determinants of Late Deciding”, *Political Studies Review*, 17(1), 2019, pp. 53–64. <https://doi.org/10.1177/1478929917748484>

WOOLLEY, S. C. e HOWARD, P. N., *Computational Propaganda Worldwide: Executive Summary*. Working Paper 2017.11. Oxford, UK: Project on Computational Propaganda. demtech.oii.ox.ac.uk. 14 pp.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 68_xullo-decembro 2024 | pp. 115-133
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v68i1.5280>
© **Daniele Marongiu**
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 15/11//2024 | Aceptado: 27/03/2025

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

68 Regap

Lei de emerxencia e desinformación: unha análise do artigo 36 da Lei de servizos dixitais da EU

Ley de emergencia y desinformación: un análisis del artículo 36 de la Ley de Servicios Digitales de la UE

Emergency law and disinformation: an analysis of Article 36 of the EU Digital Services Act

Regap



ESTUDIOS

DANIELE MARONGIU
Researcher in Administrative Law,
Teacher of Internet Law at the University of Cagliari.

Resumo: Este artigo examina como o Dixital Services Act da Unión Europea regula o perfil específico da resposta a crise por parte das redes sociais, tal como defínese no artigo 36 do DSA e o Considerando 91. Céntrase nos mecanismos a través dos cales as redes sociais, en situacións de emerxencia, deben frear a proliferación de desinformación que poida contaminar os fluxos de información. Neste contexto, o artigo traza o camiño histórico que conduciu á redacción do DSA, marcando un cambio no enfoque regulatorio en comparación co pasado e propoñendo unha regulación máis unilateral e robusta. Ao mesmo tempo, mostra como, para manter un equilibrio de dereitos que evite formas de censura, o DSA non opta por obrigacións directas cara ás redes sociais ao ditar as modalidades de xestión da desinformación, senón que deixa unha ampla marxe de discreción, obrigándoas a levar a cabo actividades de moderación con transparencia e responsabilidade.

Abstract: This paper examines how the Digital Services Act (DSA) of the European Union regulates the specific profile of crisis response by social networks, as defined by Article 36 of the DSA and Whereas 91. It focuses on the mechanisms through which social networks, in emergency situations, must curb the

proliferation of disinformation that risks polluting information flows. In this context, the paper traces the historical path that led to the drafting of the DSA, marking a shift in regulatory approach compared to the past and proposing a more unilateral and robust regulation. At the same time, it shows how, to maintain a balance of rights that avoids forms of censorship, the DSA does not opt for direct obligations towards social networks by dictating the modalities of disinformation management, but leaves ample room for discretion, while obliging them to carry out moderation activities with transparency and responsibility.

Key words: Disinformation, fake news, emergency, crisis, European Union, Digital Services Act.

Resumen: Este artículo examina cómo el Digital Services Act de la Unión Europea regula el perfil específico de la respuesta a crisis por parte de las redes sociales, tal como se define en el artículo 36 del DSA y el Considerando 91. Se centra en los mecanismos a través de los cuales las redes sociales, en situaciones de emergencia, deben frenar la proliferación de desinformación que pueda contaminar los flujos de información. En este contexto, el artículo traza el camino histórico que condujo a la redacción del DSA, marcando un cambio en el enfoque regulatorio en comparación con el pasado y proponiendo una regulación más unilateral y robusta. Al mismo tiempo, muestra cómo, para mantener un equilibrio de derechos que evite formas de censura, el DSA no opta por obligaciones directas hacia las redes sociales al dictar las modalidades de gestión de la desinformación, sino que deja un amplio margen de discreción, obligándolas a llevar a cabo actividades de moderación con transparencia y responsabilidad.

Palabras clave: Desinformación, noticias falsas, emergencia, crisis, Unión Europea, Ley de Servicios Digitales.

SUMMARY: 1. “Emergency law” as part of Administrative Law. 2. Administrative law and the control of disinformation in emergencies. 3. A new rule on a specific aspect: managing disinformation on social media during emergencies. 4. The doubts and criticisms addressed to the provision. 5. Bibliography.

1 “Emergency law” as part of Administrative Law

Administrative law is a dynamic discipline that, like other legal fields, evolves over time. Even within a relatively stable framework, it can give rise to the progressive emergence of new sub-disciplines in response to societal evolution and transformations, marked by the rising of new sensibilities, needs, worldviews, and social contrasts¹.

We can find many significant examples of these changes and evolutions of administrative law. One such example is the rise of environmental law in the second half of the twentieth century. A hundred years earlier (or even just fifty years earlier), this was not a field of law because there was not a widespread social sensitivity that justified its status as a legal discipline². Similarly, we can observe this kind of change in

¹ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR J.L., *Una introducción a la idea de modernización administrativa*, in *Dereito. Revista jurídica de Universidade de Santiago de Compostela*, monográfico *Estudios sobre la modernización administrativa*, 2011, 5; LADEUR K.-H., *The Evolution of General Administrative Law and the Emergence of Postmodern Administrative Law*, in *Osgoode CLPE Research Paper*, 2011, 16, 3; STEWART R.B., *Administrative law in the twenty-first century*, in *New York University Law Review*, 2003, 2, 437; CASSESE S., *Il diritto amministrativo. Storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, 8. CERULLI IRELLI V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022, 1.

² SAND P.H., *The Evolution of Transnational Environmental Law: Four Cases in Historical Perspective*, Cambridge University Press, 2012.; SABATO G., *Tempo e ambiente: un ponte tra passato e presente*, in *Federalismi.it*, 2023, 6, 173; ONIDA M., *Il diritto ambientale dell'UE nel tempo, tra agenda europea e politiche nazionali*, in *Federalismi.it*, 2020, 7, 93.; SALVEMINI L., *Un sistema multilivello alle origini del diritto ambientale*, in *Federalismi.it*, 2022, 4, 902; FEDERICO A., *Un'introduzione al diritto internazionale dell'ambiente*, in *DirittoConsenso*, 2022; VOSA G., *La tutela dell'ambiente “bene materiale complesso unitario” fra Stato e autonomie territoriali: appunti per una riflessione*, in *Federalismi.it*, 2017, 19, 2.

the evolution of telecommunications law, which was born again in the second half of the twentieth century, in relation to the general development of mass media and ICT³.

The current century is also characterized by the development of new branches of administrative law, as well as the increasing importance of sub-disciplines that, while already existing, are now gaining significant prominence⁴. One of these, now playing an important role in the international scenario, could be called “emergency administrative law”⁵.

Emergency law constitutes a subset of administrative law, encompassing a comprehensive body of rules and legal institutions designed to govern and manage unforeseen circumstances characterized by unpredictability and urgency, which deviate from the ordinary course of events⁶.

That field constitutes a primary, rather than a secondary, component of administrative law, given its fundamental connection to the core functions of governance. Any governing entity, be it at the state, regional, or local level, has a primary obligation to manage emergencies and restore normalcy in the face of unforeseen and disruptive events⁷.

We can think, for example, of environmental administration; it almost has to deal with emergency situations more than ordinary situations⁸.

We could therefore observe the paradox whereby the “emergency law”, despite its nature being made up of exceptions to ordinary rules, is often applied more frequently than the same ordinary rules. One could almost go so far as to argue that in administrative management “emergency is normality”⁹.

In any case, emergency law is characterized by the fact that it regulates many aspects of the administration, often providing for derogations and exceptions to the

³ MÍGUEZ MACHO L., *Últimos psos en la impantación de la administración electrónica: el desarrollo de las leyes 39 y 40/2015 en materia de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos*, in GARCÍA NOVOA C., SANTIAGO IGLESIAS D. (ed.), *4ª revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Navarra, Aranzadi, 2018, 345; REITZ J.C., *E-Government*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2006, suppl. 1, 733; CIVITARESE MATTEUCCI S., TORCHIA L., *La tecnificazione dell'amministrazione*, in ID., *La tecnificazone*, Firenze University Press, 2016, 11; FAINI F., *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, in *Federalismi.it*, 2020, 16, 79; IANNOTTI DELLA VALLE A., *L'età digitale come “età dei diritti”: un'utopia ancora possibile?* in *Federalismi.it*, 2019, 16, 2.; BOTTARI M., *Procedimento amministrativo: evoluzione digitale e suoi sviluppi nell'era dell'Intelligenza artificiale*, in *Il Diritto Amministrativo*, 2024, 11.

⁴ RODOTÀ S., *La vita e le regole*, Milano, Feltrinelli, 2018. ID., *I nuovi diritti che hanno cambiato il mondo*, in *Privacy.it*, 2004; CASSESE S., *“Le droit tout puissant et unique de la société”: ParadoSSI del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, 4.

⁵ LÓPEZ OLVERA M.A., *Garantías en los estados de emergencia*, in *Foro*, 2010, 13, 77.; TIAN G., *Administrative Law Regulation of Social Risk-Focus on Improving the Emergency Response Law*, in *Science of Law Journal* 2022, 2, 67; FIORITTO A., *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2008; CAVALLI PERIN R., *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Diritto Amministrativo*, 2005, 1, 777.

⁶ SIMONCINI M., *Introduzione alla nozione di emergenza nel diritto amministrativo. Il caso inglese*, in *Federalismi.it*, 2007, 19, 4.

⁷ SAGOS N., *Law and the Concept of Emergency*, in AA.VV., *Democracy, Emergency, and Arbitrary Coercion*, Leida, Brill, 2015, 60; BRIGNOLI N., *Il problema dei problemi: emergenza e ordinamento giuridico. Spunti sui risvolti ordinamentali dell'emergenza pandemica da Covid-19*, in *Nuove Autonomie*, 2022, 2, 552.

⁸ See the concept of “Smart environment” in SANTIAGO IGLESIAS D., «Smart cities», *aproximación un fenómeno en auge*, in NOVOA C., SANTIAGO IGLESIAS D. (ed.), *4ª revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Navarra, Aranzadi, 2018, 421.

⁹ CHIVIELLO D., *L'amministrazione dell'“ordinaria” emergenza*, in *Federalismi.it*, 2010, 12, 24.

ordinary rules. Among them, financial profiles, use of resources, and environmental management¹⁰.

This analysis will explore emergency law from a very specific perspective: the information governance. We will investigate how the regulation of information on social media and the Internet is impacted during crisis situations, with specific attention to recent EU frameworks governing the state's role in managing information flows.

2 Disinformation in the emergency: an old and new problem

In examining the topic of “regulating information in emergencies”, we will start from a first consideration. The concept of ‘emergency’ is intrinsically broad. The events that can be defined as emergencies are different, heterogeneous, with very different characteristics from each other¹¹.

Firstly, events classified as emergencies may differ from each other in relation to voluntariness. Emergencies can be categorized as either natural disasters, which are independent of human intervention, or human-made disasters, which are directly attributable to human actions. Additionally, there are hybrid emergencies, such as floods, which are influenced by both natural and anthropogenic factors.

Emergencies can be very different also in their relationship with time: some time they can be immediate events that transform a situation in a few minutes, such as the eruption of a volcano, or in other cases they can be very slow events that develop over decades, such as climate changes. Furthermore, the emergency situations can be very different in their relationship with space. There are emergencies that can concern the entire planet, like in the case of a pandemic¹², which reaches even the most remote islands, but in other situations they can concern a well-defined area and not affect those just outside that perimeter, such as in a civil war¹³.

¹⁰ DUGATO M., *I golden powers tra espansione ed atipicità*, in *Munus*, 2023, 1, V; PASSAGLIA P., *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, in *cortecostituzionale.it*, 2011; AFFANNATO E., *Lo stato di emergenza e i suoi rimedi: il riparto delle competenze fra Stato e Regioni come limite alla decretazione d'urgenza e il fondamento costituzionale delle ordinanze contingibili e urgenti nazionali, regionali e locali*, in *Federalismi.it*, 2022.3, 64; VALENTINI F., *Necessità e urgenza: i poteri dell'amministrazione per fronteggiare le emergenze*, in *Altalex*, 2017; LINARDI S., *Ricorso all'urgenza come deroga all'ordinamento giuridico con particolare riguardo alle ordinanze contingibili e urgenti in materia di prot.civ.*, in *Amministrativamente*, 2010, 6.

¹¹ BOTTINO G., *L'amministrazione dell'emergenza*, in *CERIDAP*, 2024, 1; CERQUAZZI F., *“Stato d'emergenza” e Costituzione*, in *Ius in itinere*, 2020.

¹² COMZZETTO G., *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano*, in *BioLaw Journal*, 2020, 1, 35.; CARLESIMO V., *Stato di diritto e pandemia*, in *Altalex*, 2020; LANCILLOTTI A., *Emergenza sanitaria e diritto internazionale umanitario*, in BONAVITA A., FATTORINI S., MARCHEGIANI M., *Le situazioni emergenziali tra diritti e restrizioni*, Torino, Giappichelli, 2022, 2.

¹³ Or concerning neighboring countries, in the management of refugee reception: CASU S., *Crisi ucraina: l'accoglienza dei profughi tra obblighi di fonte UE e discrezionalità statale*, in *Ius in itinere*, 2022.

However, despite all this heterogeneity, there is a common element that unites all emergency situations and is always present. This element is misinformation, which spreads rapidly on the web and in social networks¹⁴.

In fact, in every emergency scenario (any of the types mentioned above), information follows uncontrollable flows, where the truth and the false can be mixed, making it difficult (or impossible) to distinguish one from the other. In this frame dominated by uncertainty, discussions become polarized, and a loop of false information and hate speech is generated, easily spiraling out of control¹⁵.

In other words, we can argue that every emergency not only presents a primary phenomenon of material crisis but also gives rise to a parallel eruption of a 'conceptual magma chamber' composed of distorted information, opinions disguised as facts, falsehoods, exaggerations, fake news, and polarizations.

It's important to note that this is not a new phenomenon, and it does not necessarily pertain to the era of social media. In fact, it has also occurred in conjunction with major crises and emergencies in the past, during the pre-Internet age.

We can consider, for example, the disinformation and conspiracy theories that arose in relation to historical moments of primary importance, which at the time constituted emergencies of great impact. A classic example is the assassination of John F. Kennedy in 1963, around which a veritable galaxy of conspiracy theories has arisen, becoming the subject of numerous studies. Or we can consider the fake news related to the terrorist attacks of September 11, 2001, iconic example of the proliferation of disinformation by leveraging the dimension of uncertainty and fragility of information sources in the face of an unexpected tragedy¹⁶.

From this point of view, the human tendency to create and spread conspiracy theories in relation to unforeseen, unexpected, disruptive events has been extensively studied by experts¹⁷.

There could be many other examples of emergency phenomena giving rise to disinformation or at least information uncertainty. Indeed, one could argue that, historically, almost every emergency event has been a source of fake news.

At least three recent events have confirmed this trend, and indeed have shown that the danger of "emergency disinformation" is growing. They are the 2020 pandemic¹⁸, the war in Ukraine¹⁹ and the crisis between Israel and Gaza²⁰. These are very

¹⁴ AA.VV. Dalla pandemia alla guerra in Ucraina; un anno e mezzo di contrasto alla disinformazione, EDMO fact-checking network, 2023.

¹⁵ BENVENGA L., ZATERINI M.J., *Il ruolo della disinformazione in un contesto di emergenza socio-sanitaria*, in *Iconocrazia*, 2022, 1, 112; MAGNANI C., *Emergenza sanitaria e libertà d'informazione: cenni sul contrasto alla disinformazione nei giorni del coronavirus* in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, 2, 237.

¹⁶ POLIDORO M., *11/9 La cospirazione impossibile*, Milano, Piemme, 2007.

¹⁷ BROTHERTON R., *Suspicious Minds: Why We Believe Conspiracy Theories*, London, Bloomsbury Sigma, 2015.

¹⁸ PONTI B., *La libertà di informazione al tempo della pandemia. Rilievi critici in margine all'istituzione dell'«unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di fake news relative al COVID-19 sul web e sui social network*, in *Biolaw Journal*, 2020, 1, 635.

¹⁹ O.L. *Fake news e guerra Ucraina: impennata di siti di disinformazione*, in *Corriere Comunicazioni*, 2022.

²⁰ AA. VV., *Israele-Hamas: tra guerra, fake news e polarizzazione*, in *Ispionline.it*, 2023; AA. VV., *La crisi in Israele riaccende l'industria delle fake news*, in *Wired*, 2023.

different cases, especially the first compared to the second two, but in them there is the common denominator in the difficulty in correctly managing information.

The 2020 pandemic is also significant because it generated a specific type of “scientific misinformation” linked to medical issues, distinct from the more “political” misinformation that arises in times of war and conflict. This significant event, as we know, gave rise to the well-known neologism “infodemic”. The term was first introduced by the World Health Organization, which defined it as follows: “An infodemic is too much information including false or misleading information in digital and physical environments during a disease outbreak. It causes confusion and risk-taking behaviors that can harm health. It also leads to mistrust in health authorities and undermines the public health response”²¹.

The examples we’ve recalled, from the Kennedy assassination to the COVID-19 pandemic and the war in Gaza, demonstrate that the link between emergencies and disinformation is a recurring theme throughout history. These events, spanning different types and time periods, highlight the enduring nature of this connection²².

These examples range from the pre-Internet and pre-social media era to the current era of the web and social networks.

From this perspective, two distinct aspects can be observed. On the one hand, disinformation in times of crisis is not a new phenomenon, predating the internet. On the other hand, it is clear that the internet, especially social media, has significantly amplified this issue²³.

Numerous studies have explored this aspect, focusing on phenomena that fuel disinformation in social networks, such as the echo chamber, the filter bubble²⁴, and the Dunning-Kruger effect, where individuals overestimate their expertise and misinformation from inexperienced sources mixes with that of experts, particularly in scientific fields²⁵.

It is therefore clear that social networks, while also constituting a beneficial tool (for example, allowing for better diversification of information compared to television), bring with them the serious “collateral effect” whereby, with the same ease with which they allow for unfiltered universal communication, they become a real “detonator” of false information during crises. The pre-existing phenomenon of fake news is therefore significantly amplified in the current era and in current crises.

²¹ See the page <https://www.who.int/health-topics/infodemic>

²² PASSAGLIA P., *Fake news e fake democracy: una convergenza da scongiurare*, in *Federalismi.it*, 2020, 11, 126.

²³ RUBIN V.L., *Disinformation and misinformation triangle: A conceptual model for “fake news” epidemic, causal factors and interventions*, in *Journal of Documentation*, 2019: AA. VV., *Come si diffonde la disinformazione sui social media*, in *Le Scienze*, 2017.

²⁴ SUNSTEIN C., *#Republic*, Princeton University Press, 2018; CHITRA U, MUSCO C., *Understanding Filter Bubbles and Polarization in Social Networks*, in *researchgate.net*, 2019; BIANCA M., *La filter bubble e il problema dell’identità digitale*, in *Media Laws*, 2019, 2, 5.

²⁵ DUIGANN B., *Dunning-Kruger effect*, in *Britannica.com*, 2024.

3 Administrative law and the control of disinformation in emergencies

The fact that disruptive events are accompanied by an “earthquake of disinformation” is not merely a social phenomenon but also has significant legal implications.

In fact, it can be argued that from an administrative standpoint, the management of information and disinformation is an integral part of emergency management by public bodies.

The public administration must not only be prepared to manage emergencies from a material perspective but also to stem the uncontrolled flow of disinformation, ensuring the most orderly transition possible out of the crisis²⁶.

Especially today, in the era of online administration and in the fully developed society of communication and information, it can be asserted that this function is also part of the duties connected to the principle of “good administration” as guaranteed by state constitutions and by European rules²⁷.

However, it is necessary to shift the focus of the discussion to the practical operational level, and therefore ask how public power can materially and legally fulfill this function. It is necessary, in other words, to understand what operational tools and what legal institutions have the public power at their disposal to intervene on the information flows connected to emergency situations²⁸.

As we will see below, while in the past the issue had a regulatory vacuum, today there is a structured discipline of these aspects, representing a fundamental innovation in the paradigm of national and supranational administrative regulation.

In particular, the European Union Digital Services Act, EU Regulation 2022/2065, now includes a provision establishing special obligations for social networks during crises.

To fully understand the specific provision, it is helpful to first understand the broader context of the Digital Services Act and the new paradigm it introduces²⁹.

²⁶ TORPAN S., HANSSON S., RHINARD M., KZEMEKITYE A., JUKARAINEN P., MEYER S.F., SCHIEFFELERS A., LOVASZ G., ORRU K., *Handling false information in emergency management: A cross-national comparative study of European practices*, in *International Journal of Disaster Risk Reduction* 2021; DI COSTANZO F., *Che può fare la pubblica amministrazione per salvarci dalle fake news*, in *Agenda Digitale*, 2018.

²⁷ VESE D., *Governing Fake News: The Regulation of Social Media and the Right to Freedom of Expression in the Era of Emergency*, Cambridge University Press, 2021; GIACOMAZZI M., *Disinformazione: perché la vera chiave di contrasto è la democrazia digitale*, in *Agenda Digitale*, 2022.

²⁸ OMAR S., VAN BELLE J.P., *Disaster Misinformation Management: Strategies for Mitigating the Effects of Fake News on Emergency Response*, in: ROCHA Á., FERRÁS C., HOCHSTETTER DIEZ J., DIÉGUEZ REBOLLEDO M. (eds), *Information Technology and Systems*, New York, Springer, 2024; IORIO E., *Comunicazione in emergenza: il ruolo della PA per un'informazione certificata*, in *ForumPA*, 2020.

²⁹ TURILLZZI A., TADDEO M., FLORIDI L., CASOLARI F., *The digital services act: an analysis of its ethical, legal, and social implications*, in *Law Innovation and Technology*, 2023, 1, ; CATALETA A., LASAVIO A., *Digital Services Act e riforma del panorama digitale: la stretta sulle big tech*, in *Cybersecurity* 360, 2023.

The idea that social networks represent a phenomenon that needs to be regulated, and that alongside their benefits, they also present excesses that must be contained and controlled, has become increasingly clear in the past decade³⁰.

Social communication has been extensively studied from both social and legal perspectives, revealing the distorting effects of phenomena such as hate speech and misinformation³¹.

As is widely known, these “polluting factors” of information are fueled by degenerative dynamics of online communication, which, while not eliminating the “healthy” aspects of social life on the web³², coexist with and undermine its serenity. Examples of these phenomena include some of the degenerative effects already mentioned above: echo chambers, filter bubbles³³, the “cascade effect”³⁴, and the widespread Dunning-Kruger effect³⁵.

When addressing this issue from a legal standpoint, it is evident that the United States and the European Union have adopted vastly different approaches, representing two distinct paradigms in regulating media, the web, and social networks.

As is widely known, the U.S. legal system applies a philosophy of “free marketplace of ideas” to the problem of disinformation, a principle rooted in the First Amendment of US Constitution³⁶. This philosophy posits that the information system should self-regulate, eliminating the need for government intervention. This is a longstanding belief in the United States, particularly entrenched in the era of the internet and social media, which has led to a policy of non-intervention³⁷.

Only recently has the U.S. begun to debate challenging this vision. The social media TikTok, in particular, has tested this legal paradigm, as it is seen by some U.S. politicians as both a source of disinformation and a non-transparent platform with unclear management criteria³⁸. However, even this debate has not yet led to significant U.S. government intervention in social media regulation, suggesting that the “free market of ideas” principle remains dominant, emphasizing the role of diverse information sources over government control³⁹.

³⁰ DUNN P. *Piattaforme digitali e moderazione dei contenuti d'odio: nodi giuridici e pratici*, in *Media Laws*, 2021; MANETTI M., *Regolare Internet*, in *Media Laws*, 2020, 2, 35.

³¹ FLAMINIO S. *Lotta alle fake news: dallo stato dell'arte a una prospettiva di regolamentazione per il “vivere digitale” a margine del Digital Services Act*, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, 2022, 2, 75; GRIMALDI D., *La responsabilità dei social tra fake news e hate speech: perché è tema cruciale per la democrazia*, in *Agenda Digitale*, 2020.

³² PELEN N.N. GÖLGEI M., *Vector-borne disinformation during disasters and emergencies*, in *Physica A*, 2022, 15; AA. VV., *I social media migliorano la democrazia?*, in *Irpa.eu*, 2024.

³³ PARISER E., *The Filter Bubble: What the Internet is Hiding from*, New York, Penguin Press, 2011.

³⁴ CALDERINI B., *La disinformazione corre sui social e le contromisure non bastano: che fare?*, in *Agenda Digitale*, 2020.

³⁵ PROTTI G. *Effetto Dunning-Kruger: attenzione alla trappola cognitiva*, in *Medical Facts*, 2020.

³⁶ GRANDE E., *I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura*, in *Questione Giustizia*, 2015, 4, 47.

³⁷ DE GREGORIO G., *The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, in *Media Laws*, 2017, 1, 93.

³⁸ MALLAMACI A. *Che ne sarà di TikTok negli Usa? Ecco i possibili scenari*, in *Agenda Digitale*, 2024; IUVINLE G. IUVINALE N., *L'influenza della Cina su TikTok: Usa e Ue provano a difendere democrazia e sicurezza nazionale*, in *Agenda Digitale*, 2023; BORGIO-BELLO M., *Ue e Usa uniti contro TikTok: in ballo non solo la privacy ma la manipolazione sociale*, in *Agenda Digitale*, 2022.

³⁹ BASSINI M., *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione*, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, 2021, 2, 46.

As is well known, the American approach stands in stark contrast to the European Union's, which is characterized by a more interventionist stance towards regulating social media⁴⁰.

The European model is characterized by active government intervention, where European countries, magistrates, administrative authorities, and the European Commission can intervene to curb the distorting effects of social networks⁴¹.

However, this interventionism is balanced with safeguards and precautions, given the sensitive nature of information management. Specifically, European governments and the EU Commission must avoid undermining freedom of expression or engaging in censorship, as striking this balance is central to the European approach to internet law.

In pursuit of this complex balance, European intervention in the dynamics of internet communication has historically occurred in two distinct phases, representing two paradigms of public authority approaches to social media regulation within the European Union.

The first phase took place in the latter part of the 2010s and was characterized by a "horizontal" approach, primarily based on soft law. The second phase, on the other hand, is occurring in the current decade of the 2020s and is characterized by a more 'vertical' orientation, based on the issuance of rules with legal obligations for social networks⁴².

The first phase, with a "horizontal" orientation, consisted of not imposing legal obligations on social network companies but rather of encouraging a condition in which web platforms self-regulated⁴³.

A commonly used tool was to convene equal working tables where representatives of web platforms could discuss, evaluate best practices, and establish self-regulation codes.

In this phase, the communications authorities in each European country (and therefore, in Italy, AGCOM) played a fundamental role in assuming the role of 'impartial referees' in this horizontal management of the problem⁴⁴.

In Italy, the most significant experience of this management model occurred in 2017, when on November 6th, the Italian Telecommunications Authority established a 'Working Table for the guarantee of pluralism and correctness of information on digital platforms'. This forum facilitated discussions among representatives of major

⁴⁰ CALDERINI B., *I nuovi obblighi UE cambieranno le piattaforme online: ecco come*, in *Agenda Digitale*, 2023.

⁴¹ SASSI S., *L'Unione Europea e la lotta alla disinformazione online*, in *Federalismi.it*, 2023, 15, 183.

⁴² CORASANITI G., *Regolazione, autoregolazione, sovraregolazione della Rete: dal "far" web al "fair" web*, in *Diritto di Internet*, 2021, 12.

⁴³ CANTERO MARTÍNEZ J., *La incidencia del la técnica y de las transformaciones sociales en el derecho administrativo; el recurso la denominada "autorregulación regula"*, in PUNZÓN MORALED A J. (ed.), *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, Valladolid, Lex Nova, 2005, 309; AA.VV., *L'Europa si interroga: quali responsabilità per quali piattaforme digitali?*, in *Irpa.eu*, 2021.

⁴⁴ ALLEGRI M.R., *Social e politica, l'approccio soft di Agcom: tutte le zone grigie*, in *Agenda Digitale*, 2020.

online platforms, aimed at comparing best practices and developing self-regulation measures⁴⁵.

This body, operating on a ‘horizontal’ management model, first conducted a reconnaissance mission, publishing documentation on the current state of social disinformation. Subsequently, it produced self-contained codes, notably during the Italian political elections of 2018 and the European elections of 2019⁴⁶.

At that stage, therefore, control over fake news was primarily linked to managing political and electoral events, rather than emergency situations. However, this was a significant step as it marked the first attempt to hold social networks and web platforms accountable for managing disinformation on their platforms⁴⁷.

Contemporaneously, at the European level, the European Commission prompted web platform managers to identify self-regulation mechanisms, fostering a “horizontal” rather than unilateral governance approach. This led to the creation of the “EU Code of Practice on Disinformation”, in which social networks voluntarily committed to implementing moderation and content control measures to combat fake news⁴⁸.

In particular, in this document is written that “Relevant Signatories commit to invest in products, technologies and programs [...] to help people make informed decisions when they encounter online news that may be false, including by supporting efforts to develop and implement effective indicators of trustworthiness in collaboration with the news ecosystem”⁴⁹.

These documents are just a small part of a vast documentation that reflects an approach, at that time, lacking rigorous regulatory instruments for the regulation of social networks, instead preferring self-responsibility.

While undeniably soft, this approach has initiated a phase of awareness, placing social networks in a position to recognize their power and thus making them somewhat accountable. However, it also has its limitations⁵⁰.

However, in concrete terms the horizontal approach has proven to be weak and has not always given good results⁵¹.

This has been seen in two circumstances in recent years in which social networks have been put to the test in their ability to moderate content.

These circumstances are represented by events that are less predictable than the “political” ones for which self-regulation codes of web platforms were designed. In

⁴⁵ See the official page in the AGCOM website: <https://www.agcom.it/comunicazione/comunicati-stampa/comunicato-stampa-16-novembre-2017>

⁴⁶ See the documents at the AGCOM website: <https://www.agcom.it/tavolo-pluralismo-e-piattaforme-online>

⁴⁷ MORCELLINI M., *Per una migliore informazione online, quali policy e il ruolo dell'Autorità*, in *Agenda Digitale*, 2018.

⁴⁸ See the official page: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/protecting-democracy/strengthened-eu-code-practice-disinformation_en

⁴⁹ See the document at the page: https://eaca.eu/wp-content/uploads/2022/02/final_eu_code_of_practice_on_disinformation_D338C8F1-A97F-2907-656993A02EFA92BA_54454-1.pdf

⁵⁰ NICITA A., *Le piattaforme online tra moderazione e autoregolazione: verso il Digital Services Act*, in *Media Laws*, 2020.

⁵¹ BONINI P., *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, 2020, 11, 280.

particular, we have encountered unexpected emergency events that have generated crises greater than those anticipated in previous years.

This occurred during the health crisis caused by the 2020 pandemic⁵² and in the context of the war in Ukraine that began with the Russian invasion of 2022⁵³.

In both circumstances, numerous studies and observers have identified a significant increase in misinformation, which has been “detonated”. In the first case, as previously mentioned, the World Health Organization coined the term “infodemic”⁵⁴ to describe the uncontrolled circulation of inaccurate or misleading information.

Faced with these significant stress tests, it became clear that social networks were unable to independently stem the tide of disinformation. The mechanisms of horizontal governance and soft law proved ineffective, or at best, very weak, in a context of rapidly spreading misinformation⁵⁵.

Moreover, due to these unsatisfactory experiences, the early 2020s saw a shift towards a new European regulatory phase focused on controlling social networks. This transition is marked by a more top-down approach, as exemplified by the Digital Services Act, European Union Regulation No. 2065 of 2022⁵⁶.

It is well-known that this regulation imposes real obligations on social networks, systematically addressing issues of responsibility and transparency⁵⁷.

Most of the obligations outlined in the Digital Services Act are specifically targeted at “very large online platforms”, which are defined as social networks and web services with at least 45 million monthly active users. Currently, there are 17 such platforms in Europe, all subject to these regulations⁵⁸.

4 A new rule on a specific aspect: managing disinformation on social media during emergencies

The aspect we wish to focus is that the Digital Services Act, within its broad framework aiming to enhance the transparency and accountability of social networks, introduces a particularly innovative provision: Article 36. This provision, compared to others, appears to be completely new in the general regulatory framework. In fact,

regap



ESTUDOS

⁵² GOTTLIEB M., DYER S. *Information and Disinformation: Social Media in the COVID 19 Crisis*, in *Academic emergency medicine*, 2020, 7, 640.

⁵³ DODA I., *I siti che hanno pubblicato bufale sulla pandemia ora diffondono disinformazione sull'Ucraina*, in *Wired.it*, 2022.

⁵⁴ The *Cambridge Dictionary* define “infodemic” as “a situation in which a lot of false information is being spread in a way that is harmful”: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/infodemic>

⁵⁵ DAL CO M., *Fuga dalle news: come pandemia e guerra hanno cambiato il nostro rapporto coi media*, in *Agenda Digitale*, 2022. LAMANUZZI M., *Il problema della disinformazione in rete: i limiti del diritto penale e le potenzialità del nuovo Codice rafforzato di buone pratiche dell'UE*, in *Media Laws*, 2022.

⁵⁶ DE VIVO I., *Il potere d'opinione delle piattaforme-online: quale ruolo del “regulatory turn” europeo nell'oligopolio informativo digitale?*, in *Federalismi.it*, 2024, 2, 45; MURONE F.G., *Il Digital Service Act e il contrasto ai contenuti illeciti online*, in *Ius In Itinere*, 2021.

⁵⁷ BORGOBELLO M., *Digital Service Act, obblighi di trasparenza e legal design: come adeguarsi*, in *Agenda Digitale*, 2024; CARBONE M.R., *Le “relazioni di trasparenza” nel Digital Services Act: cosa sono e come farle*, in *Agenda Digitale*, 2024; CATALETA A.; LOSAVIO A., *Digital Services Act, perché cambia tutto per diritti e sicurezza: ecco i punti chiave*, in *Agenda Digitale*, 2022.

⁵⁸ See the official page: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2413

it specifically addresses the management of social networks during crisis situations, such as emergencies⁵⁹. The rule is worded as follows:

“Where a crisis occurs, the Commission, acting upon a recommendation of the Board may adopt a decision, requiring one or more providers of very large on-line platforms or of very large online search engines to take one or more of the following actions:

(a) assess whether, and if so to what extent and how, the functioning and use of their services significantly contribute to a serious threat as referred to in paragraph 2, or are likely to do so;

(b) identify and apply specific, effective and proportionate measures, such as any of those provided for in Article 35(1) or Article 48(2), to prevent, eliminate or limit any such contribution to the serious threat identified pursuant to point (a) of this paragraph;

(c) report to the Commission by a certain date or at regular intervals specified in the decision, on the assessments referred to in point (a), on the precise content, implementation and qualitative and quantitative impact of the specific measures taken pursuant to point (b) and on any other issue related to those assessments or those measures, as specified in the decision”⁶⁰.

It is a rule that underwent a lengthy development process, spanning approximately two years before its implementation. Drafted in several phases between 2020 and 2022, it reflects and incorporates the most significant crisis events that unfolded on the international stage during that period⁶¹.

In its initial draft, this provision was primarily conceived in the context of the 2020 pandemic, aiming to address the “infodemic”, the widespread dissemination of misinformation, particularly regarding pseudoscientific topics, that accompanied the health crisis⁶².

However, the final text that entered into force was significantly influenced by the fact that, during the development of the legislative act, new global events occurred that generated disinformation crises. The most relevant of these is the conflict between Russia and Ukraine, which began in March 2022⁶³.

The rule has therefore become more robust in its aim to counter misinformation, drawing a parallel to the physical world where we construct barriers to protect against natural hazards like floods and volcanic eruptions.

⁵⁹ PANETTA R., *Digital Services Act, le norme da tenere d'occhio: ecco l'impatto sulla nostra vita online*, in *Agenda Digitale*, 2022.

⁶⁰ See the official text here: https://www.eu-digital-services-act.com/Digital_Services_Act_Article_36.html

⁶¹ SAETTA B., *Entra in vigore il Digital Services Act, la principale normativa europea che regola il mondo digitale*, in *Valigia Blu*, 2023.

⁶² FERREAU J.F., *Crisis? What crisis? The risk of fighting disinformation with the DSA's crisis response mechanism* in *Journal of Media Law*, 2024, 16.

⁶³ MEAKER M., *Ukraine war prompts Europe's new emergency rules for the Internet*, in *Wired*, 2022.

A thorough examination of Article 36 of the Digital Services Act highlights two unanswered questions: what is meant by ‘crisis’, and what measures can social networks adopt to manage the situation⁶⁴.

In reality, there are legal reasons why these aspects remain undefined in the law, particularly the second one regarding ‘which measures’ to implement. This is linked to the legislator’s need to balance imposing obligations on social networks with the need to avoid excessive interference with freedom of information⁶⁵.

However, a closer look reveals that the regulatory vacuum is only apparent, as the answers to these questions are already embedded in the legislation itself.

Rather than being found in Article 36 itself, the relevant information is located in a different part of the document, particularly in “whereas” clause 91, which provides the key to understanding Article 36 of the Digital Services Act⁶⁶.

In that part of the directive, objective reference points are provided to help us understand when a “crisis” occurs that necessitates the implementation of Article 36. It is stated as follows: “In times of crisis, there might be a need for certain specific measures to be taken urgently by providers of very large online platforms” And then it explains:

“In that regard, a crisis should be considered to occur when extraordinary circumstances occur that can lead to a serious threat to public security or public health in the Union or significant parts thereof. Such crises could result from armed conflicts or acts of terrorism, including emerging conflicts or acts of terrorism, natural disasters such as earthquakes and hurricanes, as well as from pandemics and other serious cross-border threats to public health”.

Therefore, the crisis conditions that determine the possibility of requesting special measures from social networks are varied and include emergencies such as conflicts, terrorism, as well as natural disasters like earthquakes and pandemics⁶⁷.

Therefore, from the combined provisions of the rules, it appears that Article 36 of the Digital Services Act primarily requires social network managers to verify how they actively contribute to, for example, exacerbating conflicts through uncontrolled hate speech or fueling the spread of fake news during a crisis or pandemic.⁶⁸

⁶⁴ BUIJS D., BUR I., *The DSA's crisis approach: crisis response mechanism and crisis protocols*, in *DSA Observatory*, 2023.

⁶⁵ VASINO G., *Censura “privata” e contrasto all’hate speech nell’era delle Internet Platforms*, in *Federalismi.it*, 2023, 4, 130; FULCO D., *Il Digital Services Act tutela davvero la democrazia? I problemi dell’approccio Ue*, in *Agenda Digitale*, 2023; BORGOELLO, M., *L’ombra della censura sul Digital Services Act*, in *Agenda Digitale*, 2024.

⁶⁶ BIRRI TIERI E., *Contrasto alla disinformazione, Digital Services Act e attività di private enforcement: fondamento, contenuti e limiti degli obblighi di compliance e dei poteri di autonormazione degli operatori*, in AA. VV., *Come individuare e contrastare operazioni coordinate di disinformazione in Italia*, Roma, Luiss, 2023, 64.

⁶⁷ MÉNDEZ-MUROS S., ALONSO-GONZÁLEZ M., PÉREZ-CURIEL C., *Disinformation and Fact-Checking in the Face of Natural Disasters: A Case Study on Turkey–Syria Earthquakes*, in *SOCIETIES*, 2024, 4; DALAYLI F., *Disinformation in Times of Disaster and Crisis*, in *Journal of Disaster and Risk*, 2024, 2, 505.

⁶⁸ GIUSTI N., LONGO A., *Digital services act: molti vantaggi per utenti ed Europa, ma sarà una sfida attuare le nuove norme*, in *Cyber-security360*, 2022.

Even the second point, apparently left unresolved by Article 36 – namely, “what measures can be adopted by social networks”, finds clarification in the same ‘whereas’ clause, number 91, of the directive. The text is worded as follows:

“Measures that those providers may identify and consider applying may include, for example, adapting content moderation processes and increasing the resources dedicated to content moderation, adapting terms and conditions, relevant algorithmic systems and advertising systems, further intensifying cooperation with trusted flaggers, taking awareness-raising measures and promoting trusted information and adapting the design of their online interfaces”

It is therefore possible to observe how, at the heart of the entire regulatory system, there are several elements: the focus on content moderation, the allocation of greater resources for this purpose, and the orientation towards reliable sources.

One way to achieve this is for social networks to modify their algorithms to prioritize news from institutional sources over news from uncontrolled sources⁶⁹.

In relation to these aspects, it is, however, possible to focus on an important profile

It is a matter of the fact that the European Commission (therefore the public authority) does not indicate to the web platforms “what to do” in peremptory mode, that is, it does not provide direct elements on how to operate to achieve the required objectives, but, on the contrary, leaves full freedom of action on which strategies to adopt to contain the crisis conditions in terms of controlling disinformation⁷⁰.

The freedom given to social networks in deciding what actions to take is balanced by an obligation of transparency, as they are required to report ex post on the activities carried out and the measures implemented⁷¹.

In fact, “Whereas” number 91 of the Digital Services Act merely provides examples of possible actions, as reported above. The directive essentially instructs the managers of large web platforms to assess their role in the intensification of the crisis and, if applicable, to take independent measures and subsequently report on their actions: “verify whether you have a role in the intensification of the crisis, and if you believe you have, adopt measures independently, and report at the end on how you operated”⁷².

It is important to note that this is likely the maximum extent to which a legal provision can go. Any more direct or peremptory intervention could be seen as excessive legislative interference and an undue infringement on freedom of information.

⁶⁹ BUCCA R. SABATINI M., *Digital services act, la Ue a una svolta: cosa cambia per utenti, aziende e big tech*, in *Agenda Digitale*, 2022; GIRARDI M.C., *Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale*, in *Federalismi.it*, 2024, 17, 150.

⁷⁰ KOZINOWSKY A.E., *EU's fight against disinformation – Who owns the truth?*, in *Media Laws*, 2024.

⁷¹ FRANCHI J., *Moderazione contenuti social: ecco cosa rivelano i primi numeri post Digital Services Act*, in *Agenda Digitale*, 2023.

⁷² RAZZANTE R., *Nuove frontiere della libertà d'espressione alla luce del Digital services act (Dsa) e dell'evoluzione normativa europea, tra criticità applicative e possibili risvolti costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 2023, 3, 136.

The European directive therefore necessarily sought a balance, holding social networks accountable while granting them freedom of action and avoiding undue interference in their management choices⁷³.

Although this provision appears balanced, it has actually generated significant opposition and controversy.

5 The doubts and criticisms addressed to the provision

The Digital Services Act provision we are examining, structured as it is, has generated numerous controversies and attracted criticism, especially from external observers. One criticism of the provision is that it could lead to censorship of social networks.

In particular, the rule has been criticized by EDRI (“European Digital Rights”), a group of Not Governative Organizations that deal with the protection of human rights on the Internet. The member organizations signed a document on 12 April 2022 that, while appreciating some aspects of the art. 36 of Digital Services Act, also expresses strong criticism.

In the criticism these words are used:

“The proposed mechanism is an overly broad empowerment of the European Commission to unilaterally declare an EU-wide state of emergency. It would enable far-reaching restrictions of freedom of expression and of the free access to and dissemination of information in the Union”⁷⁴

It also states that:

“Decisions that affect freedom of expression and access to information, in particular in times of crisis, cannot be legitimately taken through executive power alone”, and that “The definition of a crisis (now broadly including pandemics, terrorism, or “emerging conflicts”) must fulfil the principles of clarity and specificity and should not empower the Commission to uphold crisis measures for years on end”.

Furthermore, the document states verbatim that: “The mechanism proposed must include a time limit to crisis measures”, and it contains a question: “we question whether the Commission is the right body to make such an assessment unilaterally, especially during politically charged times and under strong political pressure from Member States”

Conversely, it is possible that the opposite problem could occur, where public power becomes excessively dependent on social networks for content moderation, thereby shifting power from the public sphere to private entities⁷⁵.

In other words, the Digital Services Act provision formally recognizes the significant role social media platforms play in managing information flows. Doing this,

⁷³ TOURKOKHORITI I., *The Digital Services Act and the EU as the Global Regulator of the Internet*, in *Chicago Journal of International Law*, 2023, 1, 136.

⁷⁴ The full document is available at the page <https://www.article19.org/resources/eu-digital-services-act-crisis-response-must-respect-human-rights/>

⁷⁵ SCOPELLITI D., *Poteri privati e responsabilità pubbliche dei social network al tempo della democrazia digitale*, in *Federalismi.it*, 2024, 7, 239.

the act not only legitimizes this power but also places obligations on platforms to exercise it responsibly and transparently.

However, this could be considered a “forced situation” within the framework of European legal principles and rules. Public power could not do otherwise than invest in social networks with the responsibilities of managing information, with final reporting obligations. In fact, any more direct action by public power would be more invasive and potentially harmful to freedom of expression, as would happen if those who govern dictated direct criteria to social networks for moderation and content filtering.

So ultimately, it is possible to summarize the general picture like this: the problem of disinformation during emergencies is exacerbated by an increase in fake news and hate speech. While public authorities cannot directly intervene to control these phenomena without violating the law, legislative action at the European Union level has shifted the responsibility to large online platforms. These platforms are now required to manage the crisis in a transparent and accountable manner.

6 Bibliography

- ALLEGRI M.R., *Social e politica, l'approccio soft di Agcom: tutte le zone grigie*, in *Agenda Digitale*, 2020.
- BASSINI M., *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”*. *Spunti di comparazione*, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, 2021, 2, 46.
- BIRRI TIERI E., *Contrasto alla disinformazione, Digital Services Act e attività di private enforcement: fondamento, contenuti e limiti degli obblighi di compliance e dei poteri di autonormazione degli operatori*, in AA. VV., *Come individuare e contrastare operazioni coordinate di disinformazione in Italia*, Roma, Luiss, 2023, 64.
- BONINI P., *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, 2020, 11, 280.
- BORGOBELLO M., *Digital Service Act, obblighi di trasparenza e legal design: come adeguarsi*, in *Agenda Digitale*, 2024.
- BORGOBELLO M., *L'ombra della censura sul Digital Services Act*, in *Agenda Digitale*, 2024.
- BOTTINO G., *L'amministrazione dell'emergenza*, in *CERIDAP*, 2024, 1.
- BROTHERTON R., *Suspicious Minds: Why We Believe Conspiracy Theories*, London, Bloomsbury Sigma, 2015.
- BUIJS D., BURI I., *The DSA's crisis approach: crisis response mechanism and crisis protocols*, in *DSA Observatory*, 2023.
- CALDERINI B., *La disinformazione corre sui social e le contromisure non bastano: che fare?*, in *Agenda Digitale*, 2020.
- CALDERINI B., *I nuovi obblighi UE cambieranno le piattaforme online: ecco come*, in *Agenda Digitale*, 2023.

- CANTERO MARTÍNEZ J., *La incidencia de la técnica y de las transformaciones sociales en el derecho administrativo; el recurso la denominada “autorregulación regulada”*, in PUNZÓN MORALED A J. (ed.), *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, Valladolid, Lex Nova, 2005, 309.
- CARBONE M.R., *Le “relazioni di trasparenza” nel Digital Services Act: cosa sono e come farle*, in *Agenda Digitale*, 2024.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR J.L., *Una introducción a la idea de modernización administrativa*, in *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, monográfico *Estudios sobre la modernización administrativa*, 2011, 5.
- CASSESE S., *“Le droit tout puissant et unique de la société”*. Paradossi del diritto amministrativo, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, 4.
- CAVALLO PERIN R., *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Diritto Amministrativo*, 2005, 1, 777.
- CERQUAZZI F., *“Stato d'emergenza” e Costituzione*, in *Ius in itinere*, 2020.
- CHITRA U., MUSCO C., *Understanding Filter Bubbles and Polarization in Social Networks*, in *researchgate.net*, 2019
- CHIVIELLO D. *L'amministrazione dell'ordinaria emergenza*, in *Federalismi.it*, 2010, 12, 24.
- CORASANITI G., *Regolazione, autoregolazione, sovraregolazione della Rete: dal “far” web al “fair” web*, in *Diritto di Internet*, 2021, 12.
- DAL CO M., *Fuga dalle news: come pandemia e guerra hanno cambiato il nostro rapporto coi media*, in *Agenda Digitale*, 2022.
- DE GREGORIO G., *The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, in *Media Laws*, 2017, 1, 93.
- DE VIVO I., *Il potere d'opinione delle piattaforme-online: quale ruolo del “regulatory turn” europeo nell'oligopolio informativo digitale?*, in *Federalismi.it*, 2024, 2, 45.
- DI COSTANZO F., *Che può fare la pubblica amministrazione per salvarci dalle fake news*, in *Agenda Digitale*, 2018.
- DUNN P. *Piattaforme digitali e moderazione dei contenuti d'odio: nodi giuridici e pratici*, in *Media Laws*, 2021.
- FERREAU J.F., *Crisis? What crisis? The risk of fighting disinformation with the DSA's crisis response mechanism* in *Journal of Media Law*, 2024, 16.
- FIORITTO A., *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2008.
- FLAMINIO S. *Lotta alle fake news: dallo stato dell'arte a una prospettiva di regolamentazione per il “vivere digitale” a margine del Digital Services Act*, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, 2022, 2, 75.
- FRANCHI J., *Moderazione contenuti social: ecco cosa rivelano i primi numeri post Digital Services Act*, in *Agenda Digitale*, 2023.
- FULCO D., *Il Digital Services Act tutela davvero la democrazia? I problemi dell'approccio Ue*, in *Agenda Digitale*, 2023.
- GIUSTI N., LONGO A., *Digital services act: molti vantaggi per utenti ed Europa, ma sarà una sfida attuare le nuove norme*, in *Cybersecurity360*, 2022.

regap



ESTUDIOS

- GOTTLIEB M., DYER S. *Information and Disinformation: Social Media in the COVID-19 Crisis*, in *Academic emergency medicine*, 2020, 7, 640.
- IORIO E., *Comunicazione in emergenza: il ruolo della PA per un'informazione certificata*, in *ForumPA*, 2020.
- WSKY A.E., *EU's fight against disinformation – Who owns the truth?*, in *Media Laws*, 2024.
- LADEUR K.-H., *The Evolution of General Administrative Law and the Emergence of Postmodern Administrative Law*, in *Osgoode CLPE Research Paper*, 2011, 16, 3.
- MANETTI M., *Regolare Internet*, in *Media Laws*, 2020, 2, 35.
- MARCHEGIANI M., *Le situazioni emergenziali tra diritti e restrizioni*, Torino, Giappichelli, 2022, 2.
- MÉNDEZ-MUROS S., ALONSO-GONZÁLEZ M., PÉREZ-CURIEL C., *Disinformation and Fact-Checking in the Face of Natural Disasters: A Case Study on Turkey-Syria Earthquakes*, in *SOCIETIES*, 2024, 4.
- MÍGUEZ MACHO L., *Últimos pasos en la implantación de la administración electrónica: el desarrollo de las leyes 39 y 40/2015 en materia de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos*, in GARCÍA NOVOA C., SANTIAGO IGLESIAS D. (ed.), *4ª revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Navarra, Aranzadi, 2018, 345.
- MURONE F.G., *Il Digital Service Act e il contrasto ai contenuti illeciti online*, in *Ius In Itinere*, 2021.
- NICITA A., *Le piattaforme online tra moderazione e autoregolazione: verso il Digital Services Act*, in *Media Laws*, 2020.
- OMAR S., VAN BELLE J.P., *Disaster Misinformation Management: Strategies for Mitigating the Effects of Fake News on Emergency Response*, in: ROCHA Á., FERRÁS C., HOCHSTETTER DIEZ J., DIÉGUEZ REBOLLEDO M. (eds), *Information Technology and Systems*, New York, Springer, 2024.
- PASSAGLIA P., *Fake news e fake democracy: una convergenza da scongiurare*, in *Federalismi.it*, 2020, 11, 126.
- PELEN N.N. GÖLGELI M., *Vector-borne disinformation during disasters and emergencies*, in *Physica A*, 2022, 15.
- POLIDORO M. (ed.), *11/9 La cospirazione impossibile*, Milano, Piemme, 2007.
- RAZZANTE R., *Nuove frontiere della libertà d'espressione alla luce del Digital services act (Dsa) e dell'evoluzione normativa europea, tra criticità applicative e possibili risvolti costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 2023, 3, 136.
- RUBIN V.L., *Disinformation and misinformation triangle: A conceptual model for "fake news" epidemic, causal factors and interventions*, in *Journal of Documentation*, 2019.
- SAETTA B., *Entra in vigore il Digital Services Act, la principale normativa europea che regola il mondo digitale*, in *Valigia Blu*, 2023.
- SAGOS N., *Law and the Concept of Emergency*, in AA.VV., *Democracy, Emergency, and Arbitrary Coercion*, Leida, Brill, 2015, 60.
- SANTIAGO IGLESIAS D., *«Smart cities», aproximación un fenómeno en auge*, in NOVOA C., SANTIAGO IGLESIAS D. (ed.), *4ª revolución industrial: impacto de*

- la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Navarra, Aranzadi, 2018, 421.
- SASSI S. *L'Unione Europea e la lotta alla disinformazione online*, in *Federalismi.it*, 2023, 15, 183.
- SCOPELLITI D., *Poteri privati e responsabilità pubbliche dei social network al tempo della democrazia digitale*, in *Federalismi.it*, 2024, 7, 239.
- STEWART R.B., *Administrative law in the twenty-first century*, in *New York University Law Review*, 2003, 2, 437.
- SUNSTEIN C. *#Republic*, Princeton University Press, 2018.
- TORPAN S., HANSSON S., RHINARD M., KZEMEKITYTE A., JUKARAINEN P., MEYER S.F., SCHIEFFELERS A., LOVASZ G., ORRU K., *Handling false information in emergency management: A cross-national comparative study of European practices*, in *International Journal of Disaster Risk Reduction* 2021.
- TOURKOCHORITI I., *The Digital Services Act and the EU as the Global Regulator of the Internet*, in *Chicago Journal of International Law*, 2023, 1, 136.
- TURILLZZI A., TADDEO M., FLORIDI L., CASOLARI F., *The digital services act: an analysis of its ethical, legal, and social implications*, in *Law Innovation and Technology*, 2023, 1.
- VASINO G., *Censura "privata" e contrasto all'hate speech nell'era delle Internet Platforms*, in *Federalismi.it*, 2023, 4, 130;
- VESE D., *Governing Fake News: The Regulation of Social Media and the Right to Freedom of Expression in the Era of Emergency*, Cambridge University Press, 2021.

regap



ESTUDOS

Regap

Comentarios e crónicas

2



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 68_xullo-decembro 2024 | pp. 137-145
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v68i1.5231>

© Omar Bouazza Ariño

ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 22/10/2024 | Aceptado: 27/03/2025

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

O benestar animal e a neutralidade na educación como límites á liberdade relixiosa

El bienestar animal y la neutralidad en la educación como límites a la libertad religiosa

Animal welfare and neutrality in education as limitations to religious freedom

68 Regap

Regap



COMENTARIOS

OMAR BOUAZZA ARIÑO

Catedrático de Dereito Administrativo

Universidade Complutense de Madrid

obouazza@der.ucm.es

Resumo: O obxecto deste traballo consiste na análise de tres resolucións recentes do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos sobre liberdade relixiosa onde se validan as solucións ofrecidas a nivel nacional, prevalecendo os límites de interese xeral fronte ao exercicio pacífico do dereito.

Palabras clave: Liberdade relixiosa, límites, benestar animal, educación neutral, veo islámico, burquini.

Resumen: El objeto de este trabajo consiste en el análisis de tres resoluciones recientes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre libertad religiosa en las que se validan las soluciones ofrecidas a nivel nacional, prevaleciendo los límites de interés general frente al ejercicio pacífico del derecho.

Palabras clave: Libertad religiosa, límites, bienestar animal, educación neutral, velo islámico, burkini.

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

Abstract: The purpose of this paper is to analyse three recent decisions of the European Court of Human Rights on freedom of religion in which the solutions offered at the national level are validated, with the limits of the general interest prevailing over the peaceful exercise of the right.

Key words: Freedom of religion, limits, animal welfare, neutral education, Islamic veil, burkini.

SUMARIO: 1 Enfoque. 2 Liberdade relixiosa e sufrimento animal: os sacrificios de animais segundo os rituais *halal* e *kosher*. 3 Prohibición dos símbolos relixiosos nas escolas. 4 Prohibición do burkini en instalacións municipais. 5 Reflexión final.

1 Enfoque

Nesta crónica dou noticia dunha sentenza e unha decisión de inadmisión nas cales o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos valora como boas as restricións á liberdade relixiosa, dando preferencia a intereses xerais como o benestar animal (Sentenza *Executief van de Moslims van België e outros c. Bélxica*, do 13 de febreiro de 2024), en relación cos sacrificios rituais de animais e a neutralidade da educación (*Mikyas e outros c. Bélxica*, do 16 de maio de 2024). Ademais, comento a Decisión de inadmisión *Missaoui e Akhandaf c. Bélxica*, do 24 de setembro de 2024, relativa á prohibición do burkini nas piscinas municipais de Anveres, en que o TEDH a inadmite ao non se ter esgotado a vía interna, xa que as demandantes non a impugnaron en casación seguindo a opinión dun letrado do tribunal competente.

2 Liberdade relixiosa e sufrimento animal: os sacrificios de animais segundo os rituais *halal* e *kosher*

Na sentenza ditada no caso *Executief van de Moslims van België e outros c. Bélxica*, do 13 de febreiro de 2024, os demandantes son cidadáns belgas, algúns musulmáns, outros xudeus; e organizacións non gobernamentais que representan a comunidades musulmás turcas e marroquís presentes en Bélxica.

A Lei belga de protección e benestar animal do 14 de agosto de 1986 dispón que, agás en casos de forza maior ou necesidade, os animais vertebrados, antes do seu sacrificio, deben ser anestesiados ou atordados. Esta exixencia non é aplicable, non obstante, aos sacrificios prescritos por un rito relixioso.

En 2014, o benestar animal, que ata o momento fora unha competencia federal, descentralizouse nas Rexións. As Rexións flamenga e valoa aprobarían cadanseu regulamento eliminando a excepción que permitía o sacrificio animal sen atordamento. Pola contra, a Rexión de Bruxelas-Capital mantívoo.

Algúns dos demandantes solicitaron unha revisión xudicial dos decretos de Flandres e de Valonia ante o TC. O máximo intérprete da Constitución en Bélxica formulou ante o Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE) a cuestión prexudicial de se o sacrificio sen atordamento era compatible co dereito da Unión Europea

á luz da liberdade de relixión que consagra a Carta de Dereitos Fundamentais da Unión Europea. O TXUE respondeu indicando que o dereito da Unión non se opón a que a lexislación dun Estado membro exixa no contexto dun sacrificio ritual un procedemento de atordamento reversible que non conduza á morte do animal. En consecuencia, o TC rexeitou a revisión dos decretos.

Os demandantes acoden ante o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos (en diante, tamén “o Tribunal”, “TEDH” ou “Estrasburgo” en referencia á cidade francesa onde se atopa) alegando que a prohibición do sacrificio ritual de animais sen un previo atordamento que prevén os decretos aplicables nos dous territorios supón unha violación da súa liberdade relixiosa. Razoan que sería difícil, aínda que non imposible, para os crentes xudeus e musulmáns sacrificar animais de conformidade cos preceptos das súas relixións ou obter carne deses animais. Alegan unha vulneración do artigo 9 en relación co 14 CEDH.

O TEDH arranca indicando que houbo unha interferencia na liberdade relixiosa dos demandantes. A dita interferencia está prevista na lei, en sentido material, en concreto nos decretos de Flandres e Valonia. Este tribunal observa que a interferencia perseguía a finalidade lexítima da protección do benestar animal.

A continuación, o TEDH ofrecerá unha argumentación moi valiosa desde a perspectiva da evolución no recoñecemento dos dereitos dos animais, de tal maneira que recoñecerá que o Convenio non só protexe as persoas, senón tamén o medio ambiente en que desenvolven as súas vidas, o que inclúe os animais, cuxo benestar forma parte do que actualmente poderíamos definir como moral pública. En efecto, o TEDH sostén que *a protección da moral pública, á que se refire o artigo 9 do Convenio, non só protexerá a dignidade humana na esfera das relacións interpersoais. O Convenio non é indiferente ao contorno, o medio ambiente, en que viven as persoas, ao que preserva e, en concreto, aos animais, cuxa protección xa foi considerada polo TEDH, en sentenzas anteriores referidas aos límites da caza ou a garantía dos dereitos das asociacións animalistas. Por iso, o Convenio non pode interpretarse de tal maneira que supoña unha total e absoluta garantía dos dereitos e liberdades que contempla sen ter en consideración o sufrimento animal.*

O TEDH subliña que o concepto de moral é evolutivo, polo que non observa razón para contradicir o TXUE e o TC, que dixeron que a protección do benestar animal é un valor ético ao que as sociedades democráticas contemporáneas lle outorgan unha importancia crecente.

O TEDH terao en conta ao examinar a lexitimidade da medida cunha restrición na liberdade de manifestar a relixión. En consecuencia, o TEDH considera que a protección do benestar animal pode vincularse ao concepto de moral pública, que constitúe unha finalidade lexítima no sentido do artigo 9 do Convenio.

O TEDH expón que, en circunstancias como as acontecidas neste caso, que se refiren ás relacións entre o Estado e as relixións, non hai un consenso claro no seo dos Estados membros. Non obstante, dáse unha evolución gradual a favor dunha maior protección do benestar animal, polo que debe dotarse as autoridades nacionais dunha marxe de apreciación que non deberá ser estreita. A este respecto, a calidade

Regap



COMENTARIOS

do control parlamentario e xudicial da necesidade da medida levado a cabo polo nivel nacional é de particular importancia, especialmente ao determinar a aplicación da marxe de apreciación relevante.

En relación coa calidade do control parlamentario, os decretos adoptáronse tras unha ampla consulta aos representantes de varios grupos relixiosos, veterinarios e asociacións de protección dos animais, e que se realizaron esforzos considerables durante un longo período de tempo por parte dos lexisladores federal, flamengo e valón correspondente coa finalidade de reconciliar os obxectivos relativos ao benestar animal e o respecto da liberdade relixiosa do modo máis efectivo posible. Os lexisladores rexionais realizaron unha ponderación dos dereitos e intereses nun proceso axeitado de análise normativa. Parece que os dous entes rexionais, nas súas decisións, razoaron expresamente á luz das exigencias da liberdade relixiosa e examinaron o impacto da medida nesa liberdade. O TEDH observa que se deu unha profunda análise de proporcionalidade.

En relación co control xudicial da interferencia, o TEDH verifica que as autoridades internas examinaron a medida de conformidade co Convenio. O TXUE dixo que a imposición dun mecanismo de atordamento non letal é un método compatible co artigo 10 da Carta de Dereitos Fundamentais da Unión Europea. En segundo lugar, que o TC sostivo a constitucionalidade dos dous decretos baseándose nunha argumentación que, segundo o TEDH, cumpre coas exigencias do artigo 9 CEDH.

O TEDH constata que os dous decretos se basean no consenso científico de que o atordamento previo é o medio óptimo de redución do sufrimento animal no momento do sacrificio. Non ve razóns serias para pór en cuestión esta consideración.

En relación coa alegación dos demandantes de que sería difícil, cando non imposible, obter carne de conformidade coas crenzas relixiosas, o TEDH observa que os gobernos de Flandres e Valonia non prohiben o consumo de carne doutras rexións, como a de Bruxelas, ou países en que o atordamento previo á morte do animal non é unha exigencia legal. Os demandantes non probaron que sexa difícil o acceso ao dito alimento.

Por todo iso, o TEDH razoa que as autoridades rexionais non excederon a súa marxe de apreciación. Adoptaron unha medida que, en principio, está xustificada e é proporcionada á finalidade perseguida: a protección do benestar animal como un aspecto da moral pública. Por iso, conclúe que non houbo unha violación do artigo 9 CEDH.

En relación coas alegacións de discriminación, o TEDH di que o sacrificio ritual de animais se realiza en contextos diferentes aos dos pescadores e cazadores; que a normativa rexional lles permite alternativas no proceso de atordamento e que non se prevén diferenzas entre os demandantes xudeus e musulmáns polo mero feito de que os preceptos das dúas comunidades relixiosas sexan de distinta natureza².

² O profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer ocupouse cedo deste tema específico no seu traballo (2003) «Sacrificios rituales de animales, autorización administrativa y libertad religiosa (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia, de 27 de Junio de 2000)», *RAP* 161.

3 Prohibición dos símbolos relixiosos nas escolas

A vestimenta é, sen dúbida, unha cuestión importante no contexto de relixións como a católica, a islámica, a xudía, a budista ou o sikhismo, e non está exenta de conflitos cando as autoridades limitan a súa expresión baseándose en intereses xerais que se entende que deben prevalecer. Polo regular, estas relixións consideran o recato e a austeridade como unha virtude moral, de tal maneira que establecerán certos códigos concretos e específicos, máis ou menos rigorosos. Os venres é habitual ver homes musulmáns transitando polas rúas do madrileño barrio de Lavapiés con túnicas representativas das diferentes variantes da fe islámica. Tampouco será estraño coincidir con varóns xudeus coa pequena gorra ritual, denominada kipá, os sábados nos arredores das sinagogas. Os Estados en que a laicidade é un principio constitucional fundamental fixan restricións ás manifestacións relixiosas, especialmente en establecementos públicos, coa finalidade de defender a neutralidade e evitar situacións de posible presión relixiosa. Ata hai ben pouco, por exemplo, a barba non estaba permitida no Exército de Turquía, xa que se asocia cunha mostra de adscrición á relixión islámica.

Non obstante, poderá distinguirse entre os espazos **públicos**, onde de base primaria o principio *pro libertate* e, efectivamente, os establecementos públicos, como os hospitais ou os centros de ensino. Así, o TEDH dixo na sentenza da Gran Sala ditada no caso *Ahmet Arswlan c. Turquía*, do 23 de febreiro de 2010, que portar unha peza de roupa expresiva dunha relixión pola rúa non implica unha alteración real da orde pública, posición diferente á que adopta no caso dos centros de ensino ou de traballo. Non obstante, na sentenza tamén da Gran Sala S.A.S. c. *Francia*, do 1 de xullo de 2014, o TEDH dá por boa a lei francesa pola que se prohibe ir pola rúa coa cara tapada, motivada claramente coa intención de prohibir o burca.

A Decisión de inadmisión ditada no caso *Mikyás e outros c. Bélxica*, do 16 de maio de 2024, refírese novamente ao veo islámico³. As demandantes quexíanse da prohibición de levar o veo islámico na escola, establecida na Rexión de Flandres.

En Bélxica, a competencia en materia de educación, igual que acontece coa competencia en materia de benestar animal, como vimos no caso anterior, está descentralizada nas Rexións baseándose no artigo 127 da Constitución. As tres demandantes son cidadás belgas nadas entre 2001 e 2004 e viven no municipio de Maasmechelen. Son musulmás e din que levan o veo islámico de conformidade coas súas crenzas relixiosas.

No momento en que se produciron os feitos, eran alumnas de escolas que pertencían ao grupo escolar 14 do municipio, que formaba parte do sistema de educación oficial xestionado pola Comunidade Flamenga. Segundo o anuario estatístico do curso 2002-2003, o sistema de educación flamengo da devandita categoría afectaba ao 17% da poboación escolar da educación primaria e ao 22% da educación secundaria.

En 2009 o consello educativo da Comunidade Flamenga decidiu estender a prohibición de levar símbolos relixiosos a toda a súa rede. A medida afectaba a todas as

³ Hai sentenzas emblemáticas ao respecto, como a ditada no caso *Leyla Sahin c. Turquía*, do 29 de xuño de 2004.

actividades escolares agás ás clases de relixión e ás de ética non normativa. As escolas ás que asistían as demandantes implantaron esta prohibición.

Cando as demandantes se matricularon, os pais asinaron a normativa escolar que contiña esta prohibición.

En 2017 os pais das demandantes, na súa capacidade como representantes legais, denunciaron o consello educativo alegando unha violación da liberdade relixiosa das súas fillas. O tribunal de primeira instancia de Tongeren resolveu que a prohibición era incompatible co artigo 9 do Convenio. Non obstante, o tribunal de apelación de Anveres anulou esa decisión ao considerar que as alegacións das demandantes eran infundadas. En 2020 un letrado do tribunal de casación indicoulles ás demandantes que, se recorrían, tiñan escasas perspectivas de éxito. As demandantes decidirían, en consecuencia, non recorrer en casación.

Ante o TEDH as demandantes alegan que a prohibición en cuestión infrinxiu os seus dereitos garantidos nos artigos 8 (dereito ao respecto da vida privada e familiar), 9 (liberdade de pensamento, consciencia e relixión), 10 (liberdade de expresión) e 2 do protocolo n.º 1 (dereito á educación), tido en consideración illada e xuntamente co artigo 14 (prohibición de discriminación). Tamén din que foron discriminadas no desfrute destes dereitos.

O TEDH admíteo en relación co artigo 9 CEDH. Non o admite, porén, en relación co resto dos preceptos, xa que non foron alegados na vía interna.

O TEDH observa que, de conformidade co artigo 24.1 da Constitución, o sistema de educación pública debe ser neutral, o que implica, en particular, o respecto ás conviccións filosóficas, ideolóxicas ou relixiosas dos pais e os alumnos.

Coa finalidade de cumprir coa exigencia constitucional, o consello educativo decidiu introducir unha prohibición xeral de levar símbolos relixiosos visibles nos seus establecementos. O Tribunal Constitucional entendeu que este concepto de neutralidade é compatible co artigo 24.1.e) da Constitución. Ofreceu razóns detalladas para xustificar a decisión do consello tendo en conta o contexto do sistema educativo establecido na Rexión Flamengo e os diferentes intereses concorrentes baseándose no artigo 9 do Convenio. É que certamente nunha lectura conxunta da totalidade do precepto podería sosterse unha interpretación en sentido diferente, máis favorable ao principio *pro libertate*, xa que, por exemplo, prevé expresamente a materia de relixión, o que, seguindo a lóxica do TC, non encaixaría coa idea da educación neutra, aínda que se ofrezca meramente con carácter optativo. Pagará a pena, por iso, reproducir o precepto na súa totalidade.

Ofrezco a versión en francés que publica o Senado belga na súa web:

“1. L’enseignement est libre; toute mesure préventive est interdite; la répression des délits n’est réglée que par la loi ou le décret.

La communauté assure le libre choix des parents.

La communauté organise un enseignement qui est neutre. La neutralité implique notamment le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves.

Les écoles organisées par les pouvoirs publics offrent, jusqu'à la fin de l'obligation scolaire, le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle.

2. Si une communauté, en tant que pouvoir organisateur, veut déléguer des compétences à un ou plusieurs organes autonomes, elle ne le pourra que par décret adopté à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés.

3. Chacun a droit à l'enseignement dans le respect des libertés et droits fondamentaux. L'accès à l'enseignement est gratuit jusqu'à la fin de l'obligation scolaire.

Tous les élèves soumis à l'obligation scolaire ont droit, à charge de la communauté, à une éducation morale ou religieuse.

4. Tous les élèves ou étudiants, parents, membres du personnel et établissements d'enseignement sont égaux devant la loi ou le décret. La loi et le décret prennent en compte les différences objectives, notamment les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, qui justifient un traitement approprié.

5. L'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement par la communauté sont réglés par la loi ou le décret."

O TEDH, baseándose na súa xurisprudencia e á marxe da apreciación que posúen os Estados na regulación da simboloxía relixiosa nos centros de educación públicos, constata que o concepto de neutralidade do sistema educativo de Flandres, considerado como a prohibición establecida aos alumnos de levaren á clase símbolos relixiosos, non supón en si mesmo unha vulneración do artigo 9 CEDH e dos valores que garante.

A este respecto, observa que a prohibición contestada non se limita ao veo islámico, senón a calquera distinción e símbolo visible das crenzas de cada un, como podería ser un crucifixo ou unha kipá.

Ademais, as demandantes elixiron libremente asistir a escolas do sistema educativo flamengo e deben coñecer que os órganos de goberno competentes teñen a obriga constitucional de asegurar o cumprimento do principio de neutralidade nestas escolas. Estas tamén foron informadas por adiantado das normas aplicables ás escolas afectadas e aceptaron vincularse.

Na medida en que a prohibición ten como finalidade a protección dos alumnos de calquera forma de presión social ou proselitismo, o TEDH reitera que é importante asegurar que, no mantemento do principio de respecto do pluralismo e a liberdade dos demais, a manifestación por parte dos alumnos das súas crenzas relixiosas nas instalacións da escola non adquira a natureza dun acto ostentoso. A este respecto, non ve razón para pór en cuestión as consideracións do consello educativo e do tribunal

regap



COMENTARIOS

de apelación de Anveres en relación con incidentes acontecidos nalgúnhas escolas do sistema educativo da Rexión.

Finalmente, o TEDH non é alleo á diferente situación en que se atopan os profesores e os alumnos. Mentres que os primeiros son símbolos de autoridade, os últimos deben someterse ás restricións na expresión das súas crenzas. O TEDH insistirá en que a prohibición dos símbolos relixiosos entre o alumnado responde á preocupación de previr calquera forma de exclusión ou presión mentres que se respecta o pluralismo e as liberdades dos demais.

O Estado dispón dunha marxe de apreciación para contemplar un sistema educativo en que os alumnos non leven símbolos relixiosos. O TEDH resalta que o pluralismo e a democracia se basean no diálogo e no espírito de compromiso, o que necesariamente implica cesións individuais xustificadas coa finalidade de manter e promover as ideas e valores dunha sociedade democrática. A restrición impugnada pode considerarse proporcionada á finalidade lexítima perseguida, que consiste na protección dos dereitos e liberdades dos demais e a orde pública e, polo tanto, necesaria nunha sociedade democrática. Por todo iso, o TEDH inadmite a demanda.

4 Prohibición do burquini en instalacións municipais

No caso *Mikyas e outros c. Bélxica*, do 16 de maio de 2024, como tratei de expor, o TEDH reproduce a xurisprudencia consolidada en que se dá por boa a prohibición do veo islámico nos centros públicos de ensino a prol da neutralidade. No caso ao que me vou referir a continuación, na Decisión de inadmisión *Missaoui e Akhandaf c. Bélxica*, do 24 de setembro de 2024, o TEDH evita pronunciarse acerca da prohibición do burquini, unha indumentaria inducida igualmente polo ámbito islámico, por un problema de carácter procesual, como desenvolverei a continuación. Nesta ocasión, a prohibición non se dá nun centro público de ensino, senón nunha piscina municipal.

O burquini é un traxe de baño feminino que cobre o corpo, agás as mans, os pés e a cara, que en ocasións recorda o traxe de neopreno⁴. Os responsables da piscina municipal de Anveres impedíronlles o acceso ás demandantes, xa que portaban esta peza de vestir, que está prohibida por un regulamento local.

As demandantes acudiron ante o presidente do Tribunal de Primeira Instancia de Anveres queixándose da prohibición de levaren un traxe de baño que cobre todo o corpo por razóns relixiosas, xa que, ao seu xuízo, supón unha discriminación por motivos relixiosos. O tribunal rexeitou a demanda. O tribunal de apelación desestimou o recurso que interpuxeron considerando que a prohibición era proporcionada.

As demandantes solicitaron a opinión dun letrado do tribunal de casación acerca das súas posibilidades de éxito se recorrían nesta vía. O avogado deulles unha opinión negativa, se ben subliñou que algúns dos razoamentos do tribunal de apelación eran criticables. Elas non interpuxeron o recurso. Entón acudiron ante o TEDH alegando unha violación do artigo 9 CEDH en relación co 14 CEDH.

⁴ A palabra burquini, como intuirá o lector, conxuga a palabra burca e *bikini*.

O TEDH é consciente do importante papel que cumpren os letrados do tribunal de casación no seu labor de filtraxe dos asuntos. Non obstante, recorda que a opinión dun letrado non é unha decisión xudicial, polo que non ten a súa natureza nin forza, senón que se trata dun acto meramente orientativo. Por conseguinte, considera que o feito de que o tribunal de casación dese unha opinión negativa en canto ás posibilidades de éxito das demandantes nesta sede non implica automaticamente que o recurso se desestimase.

Neste caso, o TEDH di que nin o letrado nin as demandantes nos seus argumentos ante o TEDH se basearon en xurisprudencia interna nin noutros materiais relevantes que demostren que o dito recurso estaba abocado ao fracaso. Neste sentido, o TEDH observa que o tribunal de casación non ofreceu aínda unha decisión xudicial acerca da conformidade co ordenamento interno nin o Convenio da prohibición do burquini nas piscinas públicas. A este respecto, resalta que o tribunal de casación é o máis alto tribunal na xerarquía xudicial que ten xurisdición para establecer o dereito e, por conseguinte, sentar xurisprudencia para os casos futuros. O TEDH tamén comproba que hai xurisprudencia menor diverxente na orde nacional belga.

En consecuencia, o TEDH considera que a mera opinión negativa dun letrado do tribunal de casación non constitúe unha razón para impedirlles interpor o recurso de casación. As demandantes non empregaron os recursos xudiciais considerados no ordenamento interno para a determinación de se houbo unha violación, polo que o inadmite por non esgotamento da vía interna.

Polo tanto, este caso diferénciase do contido na sentenza *Mikyas e outros c. Bélxica*, do 16 de maio de 2024, en que, como glosei, o TEDH si admite a pesar de que tampouco se intentou a vía en casación pola opinión negativa dun letrado sobre un suposto de feito sobre o que si habería xurisprudencia constitucional que ratificaba as poucas perspectivas de éxito en casación.

5 Reflexión final

As tres resolucións que glosei ofrecen exemplos onde claramente se observa que a liberdade relixiosa non é ilimitada, senón que deberá convivir cos intereses xerais que expresamente se contemplan no segundo parágrafo do artigo 9 CEDH. Non obstante, nas tres, déuselle **máis importancia á prevalencia dos** citados intereses xerais fronte á liberdade, obviando o principio *pro libertate*. Dá a impresión de que os poderes públicos internos consideraron que o exercicio da liberdade nas tres situacións acontecidas xera problemas de orde pública suficientemente cualificados para xustificar a súa restrición, se ben esta solución non se xeneraliza na totalidade do Estado, senón que, baseándose na distribución de competencias entre entes territoriais e o conseguinte dereito á autonomía, se dá a nivel rexional ou local.⁵

⁵ Sobre estes e outros temas de liberdade relixiosa, remítome ao libro de Lorenzo Martín-Retortillo Baquer (2011) *Estudios sobre libertad religiosa*. Madrid: Reus.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67 junio-julio 2024 | pp. 147-186
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v68i1.5271>
© María Dolores Rivera Frade
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 17/03/2025 | Aceptado: 27/03/2025

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

67 Regap

Tributación dos excesos de adxudicación

Tributación de los excesos de adjudicación

Excess allocation taxation

Regap



COMENTARIOS

MARÍA DOLORES RIVERA FRADE

Presidenta da Sala do Contencioso-Administrativo do TSX de Galicia

Resumo: O estudo da tributación dos excesos de adxudicación achéganos á problemática que rodea as disolucións ou extincións das situacións de condominio, tema complexo e extremadamente casuístico. A discutida tributación das extincións de condominio deu lugar a diferentes pronunciamentos xudiciais, e digo diferentes porque neles se deron distintas respostas, que encerran pola súa vez unha diversidade de cuestións, ningunha delas exenta de polémica. Ao longo destas liñas centrareime principalmente na postura dos tribunais á hora de resolver recursos contencioso-administrativos contra actos de natureza tributaria onde a cuestión litixiosa xira arredor da tributación destas formas de pór fin a situacións de copropiedade.

Palabras clave: Tributación, condominio, extinción total, extinción parcial, teoría translativa, teoría específica, excesos de adxudicación, ITP, IAXD.

Resumen: El estudio de la tributación de los excesos de adjudicación nos acerca a la problemática que rodea las disoluciones o extinciones de las situaciones de condominio, tema complejo y extremadamente

casuístico. La discutida tributación de las extinciones de condominio ha dado lugar a diferentes pronunciamientos judiciales, y digo diferentes porque en ellos se han dado diferentes respuestas, que encierran a su vez una diversidad de cuestiones, ninguna de ellas exenta de polémica. A lo largo de estas líneas me centraré principalmente en la postura de los tribunales a la hora de resolver recursos contencioso-administrativos contra actos de naturaleza tributaria en donde la cuestión litigiosa gira en torno a la tributación de estas formas de poner fin a situaciones de copropiedad.

Palabras clave: Tributación, condominio, extinción total, extinción parcial, teoría traslativa, teoría especificativa, excesos de adjudicación, ITP, IAJD.

Abstract: The study of taxation on excess allocations sheds light on the issues surrounding the dissolution or termination of co-ownership situations, a complex and highly case-specific subject. The much questioned taxation of co-ownership termination has given rise to different judicial rulings: “different” in the sense that they have produced varying responses, which in turn encompass a range of issues, none of which are free from controversy. In this article, I will focus primarily on the stance adopted by the courts when resolving administrative-litigation appeals against acts of a tax-related nature, where the contentious issue revolves around the taxation of the various ways of terminating co-ownership.

Key words: Taxation, co-ownership, total termination, partial termination, transfer theory, specification theory, excess allocation, Tax on Asset Transfers (ITP by its Spanish initials), Stamp Duty (IAJD by its Spanish initials)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN-CONTEXTUALIZACIÓN. II. NOTAS QUE CARACTERIZAN O ESTUDO DA TRIBUTACIÓN DAS EXTINCIÓNS DE CONDOMINIO. III. CUESTIÓNS CONFLITIVAS NO ITP. III.1. NORMATIVA. III.2 EXTINCIÓN COMPLETA DO CONDOMINIO. III.2 A) Regras xerais. Teoría traslativa ou teoría especificativa. III.2 B) Cando se produce o exceso de adjudicación do artigo 7.2 B) TRLITPeAXD? III.2 C) Aplicación da teoría especificativa ás comunidades voluntarias III.2 D) Extinción do condominio que recae sobre bens indivisibles. III.2 E) Cando a comunidade recae sobre varios bens. Unha comunidade ou varias comunidades? Sistema de formación de lotes ou adjudicación a un con compensación aos demais comuneiros? III.2 F) Extinción do condominio que recae sobre bens divisibles. III.3 EXTINCIÓN PARCIAL DO CONDOMINIO. III.3 A) Extinción parcial obxectiva. III.3 B) Extinción parcial subxectiva. III.4 TRIBUTACIÓN DOS EXCESOS DE ADJUDICACIÓN. ITP, NON ISD. IV. CUESTIÓNS CONFLITIVAS NO IAXD. IV.1 NORMATIVA. IV.2 SUPOSTOS OBXECTO DE CONFLITO.

1 Introducción-Contextualización

En Galicia tiveron lugar recentemente unhas xornadas organizadas pola Administración tributaria galega (Atriga) que recibiron o título de “*Actualización de criterios de actuación no ámbito tributario autonómico galego*”. Neste eido de actuación é abundante a litixiosidade. Nos últimos anos, a Sala de Galicia experimentou un incremento dos recursos en que se impugnan liquidacións, ou desestimacións de solicitudes de rectificación, principalmente en sede do imposto sobre sucesións, aínda que nos dous últimos anos o incremento foi máis acusado nos recursos contra liquidacións practicadas polo imposto sobre patrimonio. Esta litixiosidade non é exclusiva da Sala de Galicia. Outras salas territoriais experimentan unha progresión ascendente deste tipo de litixios.

Esta litixiosidade deu lugar á creación dun corpo de doutrina xudicial, a través de sentenzas do Tribunal Supremo (TS) e das propias salas, que dalgún xeito xustifica o obxectivo que, creo, se pretendeu alcanzar coa celebración das xornadas

mencionadas: coñecer estes criterios xudiciais, debater sobre eles e, se é o caso, adoptalos como guía de actuación da Administración tributaria galega.

A xeito de contextualización, e antes de entrar na análise da cuestión que me corresponde tratar, direi que non son poucos os pronunciamentos xudiciais que se ditaron nestes últimos anos que inciden directamente no ámbito de actuación da Atriga. Voume centrar en sentenzas do TS e, como proba diso, cito as seguintes, que se pronunciaron sobre:

- O cálculo do enxoval doméstico no imposto sobre sucesións. STS 10/03/2020 (ECLI:ES:TS:2020:1619), e posteriores.
- O carácter iniciador do procedemento, das actuacións administrativas desde que se solicita un ditame de peritos para verificar o valor do ben. STS 1/03/2024 (ECLI:ES:TS:2024:1197).
- A posibilidade de revisar xudicialmente o valor obtido mediante a taxación pericial contraditoria. STS 23/01/2023 (ECLI:ES:TS:2023:157); a caducidade do procedemento de comprobación de valores por superación do prazo da TPC. STS 06/11/2023 (ECLI:ES:TS:2023:4586).
- A obriga de visitar os inmobles obxecto de valoración. STS 21/01/2021, STS 30/10/2023 (ECLI:ES:TS:2023:4490), entre outras.
- A aplicación do principio de boa administración en atrasos non atribuíbles á Atriga, senón ao TEAR. STS 03/11/2023 (ECLI:ES:TS:2023:4724).
- A obriga de xustificar o inicio do procedemento de comprobación de valores. STS 23/01/2023 (ECLI:ES:TS:2023:184), STS 04/12/2024 (ECLI:ES:TS:2024:5943).
- A non posibilidade de liquidar por ITP o uso das terrazas na vía pública en actividade de restauración. STS 13/01/2025 (ECLI:ES:TS:2025:106) e posteriores.

Estes son algúns dos pronunciamentos que non foron, precisamente, favorables ás administracións tributarias autonómicas. Pero o TS non sempre rexeitou determinadas prácticas ou criterios destas administracións. Noutras sentenzas aválanos, como foi nos seguintes casos:

- O cómputo do prazo de caducidade no caso de retroacción de actuacións. STS 23/05/2018 (ECLI:ES:TS:2018:2533 e ECLI:ES:TS:2018:2053).
- O cómputo do prazo de prescrición no ISD. O herdeiro falece sen aceptar nin repudiar a herdanza. STS 23/04/2024 (ECLI:ES:TS:2024:2437).
- O momento en que se deben cumprir os requisitos para aplicar a redución do artigo 20.6 LISD. STS 13/11/2024 (ECLI:ES:TS:2024:5510).

regap



COMENTARIOS

- A exigencia a ambos os dous cónxuxes do requisito de idade do artigo 20.6 LISD. STS 19/09/2023 (ECLI:ES:TS:2023:3676 e ECLI:ES:TS:2023:3674).
- A desmembración da titularidade dominical, non aplicación de bonificacións introducidas con posterioridade ao falecemento do causante. STS 16/02/2024 (ECLI:ES:TS:2024:890).

Isto é un achegamento ao panorama xudicial ante o que nos atopamos. Dentro deste panorama tamén teñen cabida os pronunciamentos do TS sobre a tributación nas extincións de condominio.

2 Notas que caracterizan o estudo da tributación das extincións de condominio

Comezarei destacando tres notas que caracterizan o estudo da tributación das extincións de condominio¹:

1. Supón a aplicación e interpretación de normativa civil, que é a que nos permite analizar a verdadeira natureza xurídica dos actos e negocios xurídicos realizados, tras os cales se exige o cumprimento dunha obriga tributaria.
2. Non se centra nun só tributo. A dúbida sobre a tributación destes negocios xurídicos esténdese a varios impostos (IRPF, ITP, AXD, IIVTNU, e mesmo o IVE).
3. Os escenarios en que se xera esta dúbida son moi variados: extinción de comunidades voluntarias, de comunidades hereditarias, dun só condominio ou comunidade, de varios condominios proindiviso, liquidación dunha sociedade de gananciais, etc.

Desenvolvamos un pouco máis cada un destes caracteres.

2.1 Aplicación e interpretación de normativa civil

A tributación da disolución ou extinción das situacións de condominio obriga os órganos xudiciais da xurisdición contencioso-administrativa a aplicar e interpretar normativa civil. A normativa tributaria é incompleta á hora de regular aspectos esenciais desta tributación, pecando de importantes lagoas. Así o podemos comprobar, por exemplo, na LIRPF (Lei 35/2006, do 28 de novembro, do imposto sobre a renda das persoas físicas), que nada di acerca do que se deba de entender como “*alteración na composición do patrimonio*” (art. 33.2 LIRPF), malia considerar o lexislador que non existe alteración en supostos que ademais se corresponden con categorías propias

¹ Termo equiparable ao de disolución de condominio, extinción ou disolución de situacións de copropiedade, ou división de cousa común. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Eduardo, na súa obra *Régimen fiscal de la división de la cosa común en el IRPF*, Tirant lo Blanch, 2021, advirte da identidade que o lexislador civil vén establecer entre estas categorías, considerando que con iso se confunden os seus perfís.

do dereito privado, como é a división da cousa común, a disolución da sociedade de gananciais, a extinción do réxime económico-matrimonial de participación, a disolución de comunidades de bens ou a separación de comuneiros. Tampouco axuda a normativa tributaria reguladora do ITP-AXD, pois o artigo 7.2 B) do Texto refundido da Lei do imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados (TRLITPeAXD) non concreta cales son os *excesos de adxudicación declarados* suxeitos a tributación², remitíndose a normas do dereito civil para excluír de tributación a adxudicación de bens adquiridos en concepto de legado, de bens adquiridos en concepto de mellora, a transmisión por herdanza dunha explotación económica, ou a división de cousa común adquirida por herdanza con adxudicación a un dos comuneiros. E outro aspecto onde se bota de menos unha regulación normativa é o das extincións parciais de condominio, o cal xa foi advertido pola Dirección Xeral de Seguridade Xurídica e Fe Pública (DXSXFP) na Resolución do 21 de febreiro de 2023 (BOE 63, do 15 de marzo de 2023) ou na posterior do 25/09/2023 (BOE 261, do 1 de novembro de 2023): “O Código civil só regula en rigor a extinción total da comunidade. O pretendido negocio de «extinción parcial» de comunidade non aparece tipificado legalmente (...)”.

En definitiva, ao intérprete da norma tributaria exíxeselle desenvolver un labor hermenéutico da normativa civil. Exíxeselle, en clave civilista e mediante a interpretación de normas civís, determinar a natureza xurídica de feitos, actos ou negocios con transcendencia tributaria. Só deste xeito poderá coñecer ou achegarse ao verdadeiro significado de termos ou expresións que se empregan na normativa tributaria, e coñecer a natureza xurídica dos actos e negocios xurídicos tras os cales se exige o cumprimento das obrigas tributarias. A LXT así o impón, ao establecer no artigo 13 que as obrigas tributarias se exixirán conforme a natureza xurídica do feito, acto ou negocio realizado, calquera que sexa a forma ou denominación que os interesados lle desen, e prescindindo dos defectos que puidesen afectar á súa validez. Esta regra de carácter xeral trasládase a leis reguladoras dos diferentes impostos, como é o caso do TRLITPeAXD³, cuxo artigo 2.1 establece que o imposto se exixirá consonte a verdadeira natureza xurídica do acto ou contrato liquidable, calquera que sexa a denominación que as partes lle desen, prescindindo dos defectos, tanto de forma como intrínsecos, que poidan afectar á súa validez e eficacia.

Ao tratar o tema da disolución das situacións de condominio, é obrigada a aplicación e interpretación das normas do Código civil (CC) que rexen as comunidades de bens (arts. 392-406), a partición da herdanza e os seus efectos (art. 1051 e seguintes); ou a disolución e liquidación da sociedade de gananciais (arts. 1392 e seguintes), entre outras. Sen que poidamos perder de vista que na interpretación de todas estas normas, civís ou tributarias, rexen as pautas ou regras de interpretación do artigo 3.1

² Non se poden equiparar aos que, en palabras do TS na sentenza do 28 de xuño de 1999, denomina *excesos de adxudicación verdadeiros*, isto é, a aqueles en que a compensación en metálico, no canto de funcionar como elemento equilibrador da equivalencia e proporcionalidade que deben presidir toda división ou partición de comunidade á conta do patrimonio do adxudicatario, excede en realidade o seu interese na comunidade e vén constituír, efectivamente, unha adxudicación que o supera en prexuízo do resto dos comuneiros.

³ Real decreto lexislativo 1/1993, do 24 de setembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei do imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados.

CC, ás que se remite a LXT, cuxo artigo 12.2 e 3 establece que as normas tributarias se interpretarán segundo o disposto no apartado 1 do artigo 3 do CC; e que, mentres non sexan definidos pola normativa tributaria, os termos empregados nas súas normas se entenderán conforme o seu sentido xurídico, técnico ou usual, segundo proceda.

Se é difícil alcanzar solucións uniformes na interpretación das normas tributarias que se remiten á normativa civil, a complicación increméntase se nese labor hermenéutico concorren especialistas en distintas ramas do dereito – neste caso os tributaristas e os civilistas – e diferentes operadores xurídicos que nin sequera se poñen de acordo en definir o que é comunidade, ou en cando estamos ante unha comunidade ou ante unha pluralidade de comunidades, como sucede coa DXT e a DXRN⁴.

De todas as normas civís suxeitas a interpretación na análise da tributación da extinción das comunidades de bens, vou destacar as que nos proporcionan datos que permiten coñecer a finalidade destes negocios xurídicos. Están, por unha parte, os artigos 400 e 401 CC, segundo os cales ningún copropietario estará obrigado a permanecer na comunidade, cada un deles poderá pedir en calquera tempo que se divida a cousa común, e, de se tratar dun edificio cuxas características o permitan, por solicitude de calquera dos comuneiros, a división poderá realizarse mediante a adxudicación de pisos ou locais independentes, cos seus elementos comúns anexos. E, por outra parte, está o artigo 1062 CC, segundo o cal, cando unha cousa sexa indivisible ou desmerezca moito pola súa división, poderá adxudicarse a un, coa condición de lles aboar aos outros o exceso en diñeiro, pero abundará con que un só dos herdeiros pida a súa venda en poxa pública, e con admisión de licitadores estraños, para que así se faga. Tras o contido destes preceptos, escóndese a verdadeira finalidade que persegue o lexislador ao regular as extincións de condominio, que non é outra que evitar unha prolongación indefinida dunha situación de indivisión, que ningún dos comuneiros está obrigado a soportar, como tivo ocasión de sinalar o TS na sentenza do 28 de xuño de 1999, ou a DXT na consulta V0198-20, do 28 de xaneiro de 2020, entre outras; así como a DXRN en resolucións do 11 de novembro de 2011 e 4 de abril de 2016⁵; e máis recentemente a DXSFP na Resolución do 16 de decembro de 2021 (BOE 312, do 29 de decembro de 2021) e a do 21 de febreiro de 2023 (BOE 63, do 15 de marzo de 2023), que matiza as anteriores⁶.

⁴ Antonio Botía e Ana Botía, notarios *"Disolución del condominio y Fiscalidad"* Admin, 20/02/2019 notariosy registradores.com, consideran que en caso de discrepancia debe prevalecer a opinión da DXRN sobre a DXT, aínda que seguidamente recoñecen que a DXRN non se quere manifestar de xeito claro acerca da natureza xurídica da comunidade.

⁵ *"Tradicionalmente o noso dereito mirou con pouca atención as situacións de comunidade ou condominio, por seren antieconómicas e constituíren fonte de litixiosidade. Por iso, a lei facilita a súa extinción e permite, cando se trate de bens indivisibles, a adxudicación a un a cambio de lles aboar aos outros o exceso en metálico, sen que por iso poida considerarse que se trate dun acto de alleamento, senón meramente dun negocio de natureza especificativa con todas as consecuencias que iso leva implícito (arts. 404 e 1062 do Código civil)"*.

⁶ *"Tradicionalmente o noso dereito mirou con pouca atención as situacións de comunidade ou condominio, por seren antieconómicas (dificúltase a explotación dos bens e redúcese o seu valor) e constituíren fonte de litixiosidade (mater rixarum), aínda que máis propiamente podería afirmarse que esta desatención só ten lugar cando a situación de comunidade non é eficiente economicamente, pois hai supostos de comunidades funcionais en que a explotación, uso ou disfrute «en común» é máis eficiente que se este se dividise. Por iso, e deixando a salvo supostos especiais, o certo é que a lei facilita a súa extinción e permite, cando se trate de bens indivisibles, a adxudicación a un a cambio de lles aboar aos outros o exceso en metálico, sen que por iso poida considerarse que se trate dun acto de alleamento, senón meramente dun negocio de natureza especificativa, con todas as consecuencias que iso leva implícito (cfr. artigos 404 e 1062 do Código civil e as resolucións do 6 de abril de 1962, 2 de xaneiro de 2004, 4 de abril de 2005 e 16 de decembro de 2021, entre outras)"*.

A idea ou finalidade de non perpetuar esta situación de indivisión, para a que o lexislador civil arbitrou fórmulas como a posibilidade de pedir en calquera tempo a división da cousa común, é a que vai presidir as consideracións que se fagan ao longo desta exposición, en canto sexan favorables a excluír de tributación os actos ou negocios xurídicos a través dos cales se materialicen as extincións de condominio, nas súas distintas modalidades, coas excepcións que tamén se dirán, e coas matizacións que tamén se farán.

2.2 Afectación de varios impostos

Se dicimos que a tributación da disolución das situacións de condominio xerou, e xera, numerosos conflitos, esta conflitividade afecta a varios impostos, e principalmente ao ITP, IAXD e IRPF.

O ITP e o IIVTNU están implicados, pois para que poidan exixirse cómpre saber se coa disolución dun condominio se produce ou non unha transmisión de bens. E aquí é onde entran en xogo dúas teorías enfrontadas: a teoría da disolución como negocio xurídico de carácter translativo ou a que defende a disolución como negocio xurídico de carácter declarativo ou especificativo.

Sobre o IAXD, as controversias apuntan principalmente á suxeición a este imposto da extinción dos condominios que non tributan polo ITP, e á determinación da base imponible, comprobando se se corresponde co valor total do ben ou bens que formaban parte da comunidade que se extingue, ou co valor do inmovible na parte correspondente ao comuneiro cuxa participación desaparece con motivo da extinción.

E o IRPF tamén está implicado, pois a resposta dos tribunais non foi pacífica á hora de interpretar o alcance dos supostos regulados no artigo 33.2 LIRPF (en sede de ganancias e perdas patrimoniais), nos cales o lexislador tributario entende que non existe alteración na composición do patrimonio; e sobre todo á hora de interpretar o significado do último parágrafo deste apartado, segundo o cal estes supostos non poderán dar lugar, en ningún caso, á actualización dos valores dos bens ou dereitos recibidos.

2.3 Variedade de escenarios

As dúbidas que xorden sobre a tributación da disolución dos condominios non se poden resolver de xeito unívoco e baseándose en criterios xerais, pois os escenarios e a casuística que se presentan son moi variados: extinción de comunidades voluntarias, de comunidades hereditarias, dun condominio, de varios condominios; liquidación de sociedade de ganancias, etc., aos que podemos engadir outros como a extinción de condominios en que os copropietarios posúen participacións distintas, ou forman parte deles bens indivisibles que se adquiriron en virtude de diferentes títulos, extinción de condominio que recae sobre edificios en réxime de propiedade horizontal, extinción de condominios en que a compensación non é en metálico, ou en que se escolle o sistema de formación de lotes e repartición entre comuneiros; extinción

Regap



COMENTARIOS

parcial de condominios, obxectiva, subxectiva, etc. Hai que atender cada caso en particular. E, á pregunta de que tratamento fiscal recibe cada un destes escenarios, podo adiantar que a resposta vai ser diferente en función de se nos atopamos ante unha extinción total, cun equilibrio de adxudicacións e compensacións, ou ante unha extinción parcial obxectiva ou dunha extinción parcial subxectiva.

En definitiva, a unión destas tres notas é o que explica as dificultades con que nos atopamos ao analizar a tributación das extincións de condominio, dificultades que non son exclusivas da vía xudicial –cando a controversia tributaria se xudicializa, senón que se estenden ás vías administrativa e económico-administrativa, e moito antes, cando a escritura de formalización da extinción de condominio está sobre a mesa do notario, ou cando o asesor fiscal ten que responder a pregunta do cliente sobre a fiscalidade xurídica dun negocio desta natureza.

3 Cuestións conflitivas no ITP

3.1 Normativa

- Real decreto lexislativo 1/1993, do 24 de setembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei do imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados (TRLITPeAXD).
- Real decreto 828/1995, do 29 de maio, polo que se aproba o Regulamento do ITPeAXD (TRLITPeAXD).
- Código civil.
- O artigo 7.1 TRLITP-AXD establece que:

“Son transmisións patrimoniais suxeitas:

A) As transmisións onerosas por actos «inter vivos» de toda clase de bens e dereitos que integren o patrimonio das persoas físicas ou xurídicas”.

- O artigo 7.2 establece:

“Consideraranse transmisións patrimoniais para os efectos de liquidación e pagamento do imposto:

B) Os excesos de adxudicación declarados, salvo os que xurdan de dar cumprimento ao disposto nos artigos 821⁷, 829⁸, 1.056 (segundo)⁹ e 1.062 (primeiro)¹⁰ do Código civil e disposicións de dereito foral, baseadas no mesmo fundamento.

Nas sucesións por causa de morte, liquidaranse como transmisións patrimoniais onerosas os excesos de adxudicación cando o valor comprobado do adxudicado a un dos herdeiros ou legatarios exceda o 50 por 100 do valor que lles correspondería en virtude do seu título, salvo no suposto de que os valores declarados sexan iguais ou superiores aos que resultarían da aplicación das regras do imposto sobre o patrimonio”.

- O artigo 45.I.B) 3 declara exentas do imposto:

“As achegas de bens e dereitos verificados polos cónxuxes á sociedade conxugal, as adxudicacións que ao seu favor e en pagamento destas se verifiquen á súa disolución e as transmisións que por tal causa se fagan aos cónxuxes en pagamento do seu haber de gananciais”.

- Artigo 10 (base imponible):

“1. A base imponible está constituída polo valor do ben transmitido ou do dereito que se constituía ou ceda. Unicamente serán deducibles as cargas que diminúan o valor dos bens, pero non as débedas aínda que estean garantidas con peñor ou hipoteca.

(...)

2. No caso dos bens inmoables, o seu valor será o valor de referencia previsto na normativa reguladora do catastro inmobiliario, na data de devindicación do imposto.

Non obstante, se o valor do ben inmoable declarado polos interesados, o prezo ou contraprestación pactada, ou ambos os dous son superiores ao seu valor de referencia, tomarase como base imponible a maior destas magnitudes.

Cando non exista valor de referencia ou este non poida ser certificado pola Dirección Xeral do Catastro, a base imponible, sen prexuízo da comprobación administrativa, será a maior das seguintes magnitudes: o valor declarado polos interesados, o prezo ou contraprestación pactada ou o valor de mercado”.

⁷ Bens adquiridos en concepto de legado.

⁸ Bens adquiridos en concepto de mellora.

⁹ Transmisión por herdanza dunha explotación económica.

¹⁰ División de cousa común adquirida por herdanza, con adxudicación a un dos comuneiros.

– *Pola súa banda, o artigo 11.1 B) TRLITPeAXD, baixo o título “Actos equiparados a transmisións”, establece:*

“Consideraranse transmisións patrimoniais para os efectos da liquidación e pagamento do imposto:

B) Os excesos de adxudicación declarados, salvo os que xurdan de dar cumprimento ao disposto nos artigos 821, 829, 1.056 (segundo) e 1.062 (primeiro) do Código civil e disposicións de dereito foral, baseadas no mesmo fundamento”.

- O artigo 32.3 TRLITPeAXD, ao regular varios supostos especiais, establece que:

“Tampouco motivarán liquidación pola modalidade de transmisións patrimoniais onerosas os excesos de adxudicación declarados que resulten das adxudicacións de bens que sexan efecto patrimonial da disolución do matrimonio ou do cambio do seu réxime económico, cando sexan consecuencia necesaria da adxudicación a un dos cónxuxes da vivenda habitual do matrimonio”.

- E, do Código civil, transcribimos os seguintes artigos: o artigo 392 CC:

Hai comunidade cando a propiedade dunha cousa ou un dereito pertence pro indiviso a varias persoas.

Á falta de contratos, ou de disposicións especiais, rexerase a comunidade polas prescricións deste título.

- O artigo 399 CC:

Todo condómino terá a plena propiedade da súa parte e a dos froitos e utilidades que lle correspondan, podendo na súa consecuencia alleala, cedela ou hipotecala, e mesmo substituír outro no seu aproveitamento, salvo se se tratar de dereitos persoais. Pero o efecto do alleamento ou da hipoteca con relación aos condóminos estará limitado á porción que se adxudique na división ao cesar a comunidade.

- O artigo 400 CC:

Ningún copropietario estará obrigado a permanecer na comunidade. Cada un deles poderá pedir en calquera tempo que se divida a cousa común.

Malia isto, será válido o pacto de conservar a cousa indivisa por tempo determinado, que non exceda os dez anos. Este prazo poderá prorrogarse por nova convención.

- O artigo 401 CC:

A pesar do disposto no artigo anterior, os copropietarios non poderán exixir a división da cousa común cando de facela resulte inservible para o uso a que se destina.

Se se tratar dun edificio cuxas características o permitan, por solicitude de calquera dos comuneiros, a división poderá realizarse mediante a adxudicación de pisos ou locais independentes, cos seus elementos comúns anexos, na forma prevista polo artigo trescentos noventa e seis.

– O artigo 402 CC:

A división da cousa común poderá facerse por parte dos interesados, ou por árbitros ou amigables compoñedores, nomeados por vontade dos partícipes.

No caso de verificarse por árbitros ou amigables compoñedores, deberán formar partes proporcionais ao dereito de cada un, evitando en canto sexa posible os suplementos a metálico.

– O artigo 404 CC:

Cando a cousa for esencialmente indivisible, e os condóminos non conviñeren en que se adxudique a un deles indemnizando os demais, venderase e repartirase o seu prezo.

– O artigo 406 CC:

Serán aplicables á división entre os partícipes na comunidade as regras concernentes á división da herdanza.

– O artigo 1051 CC:

Ningún coherdeiro poderá ser obrigado a permanecer na indivisión da herdanza, a menos que o testador prohiba expresamente a división.

Pero, mesmo cando a prohiba, a división terá sempre lugar mediante algunha das causas polas cales se extingue a sociedade.

– O artigo 1061 CC:

Na partición da herdanza cómpre gardar a posible igualdade, facendo lotes ou adxudicándolle a cada un dos coherdeiros cousas da mesma natureza, calidade ou especie.

– O artigo 1062 CC:

Cando unha cousa sexa indivisible ou desmereza moito pola súa división, poderáselle adxudicar a un, coa condición de aboar aos outros o exceso en diñeiro.

Regap



COMENTARIOS

Pero abundará que un só dos herdeiros pida a súa venda en poxa pública, e con admisión de licitadores estraños, para que así se faga.

As principais controversias que xerou a extinción de situacións de condominio no ámbito do ITP son as seguintes:

3.2 Extinción completa do condominio

3.2.1 Regras xerais. Teoría translativa ou teoría especificativa

Un dos feitos impoñibles do ITRP son as transmisións patrimoniais onerosas por actos «inter vivos» (art. 7.2 A). O artigo 7.2 B) TRLITPeAXD dinos que “*Se considerarán transmisións patrimoniais para os efectos de liquidación e pagamento do imposto: Os excesos de adxudicación declarados, salvo os que xurdan de dar cumprimento ao disposto nos artigos 821, 829, 1.056 (segundo) e 1.062 (primeiro) do Código civil e disposicións de dereito foral, baseadas no mesmo fundamento*”.

Pero, que se pode entender como excesos de adxudicación declarados?, e como interpreta o TS este artigo? A STS do 9 de outubro de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3634) recolle a xurisprudencia do TS sobre o réxime fiscal da división da cousa común, da que imos destacar agora a sentenza do 28 de xuño de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:4571) que recorda, pola súa vez, a anterior do 23 de maio de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:3357).

Destas sentenzas extráense as seguintes regras xerais, que permaneceron no tempo, estando vixentes na actualidade: (i) A división e adxudicación da cousa común son actos internos da comunidade de bens nos cales non hai translación do dominio, de xeito que, en consecuencia, por primeira transmisión só pode entenderse a que ten como destinatario un terceiro; e, (ii) A división da cousa común e a conseguinte adxudicación a cada comuneiro das partes resultantes en proporción ao seu interese na comunidade non é unha transmisión patrimonial propiamente dita –nin para os efectos civís nin para os efectos fiscais–, senón unha mera especificación ou concreción dun dereito abstracto preexistente. Con estas afirmacións, o TS axiña rexeita o que coñecemos como a teoría translativa e asume o que coñecemos como teoría especificativa.

A primeira regra significa –pensando, de momento, en comunidades que recaen sobre un único ben– que, se o único que se produce é a extinción da comunidade porque un dos comuneiros se converte no único propietario do ben, compensando o outro ou outros comuneiros en proporción á cota de participación que cada un deles teña na comunidade, non hai transmisión do dominio. E isto condúcenos á segunda regra, que xa se pode estender a comunidades que recaen sobre varios bens: a división da cousa común e a conseguinte adxudicación a cada comuneiro das partes resultantes en proporción ao seu interese na comunidade non é unha transmisión patrimonial propiamente dita –nin para os efectos civís nin para os efectos fiscais–, senón unha mera especificación ou concreción dun dereito abstracto preexistente (STS do 28 de xuño de 1999).

O matiz “*nin para os efectos civís nin para os efectos fiscais*” é importante, pois, malia existiren situacións ou conceptos que figuran tanto nas normas civís como nas normas tributarias cuxo alcance, ou cuxos efectos, civís ou tributarios vai ser diferente¹¹, no caso da disolución das comunidades o TS rexeita a tese translativa partindo de que, *para os efectos civís*, esa división non é unha transmisión patrimonial propiamente dita. Hai autores que discrepan desta afirmación¹². Pola súa banda, os notarios Antonio Botía e Ana Botía¹³ distinguen entre os negocios xurídicos con causa particional e os negocios xurídicos con causa dispositiva, considerando os primeiros como aqueles en que o seu obxecto é toda a comunidade e interveñen todos os comuneiros na decisión de disolvela¹⁴. O carácter particional e non dispositivo é a nota que tamén destaca o TS na sentenza do 30 de abril de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:2351), para establecer que a disolución da comunidade de bens mediante a adxudicación aos comuneiros de bens con valor proporcional ás súas respectivas participacións non está suxeita ao ITP. O esencial é desfacer o condominio e que non se obteña beneficio ningún nin ganancia patrimonial de ningún tipo para os que eran os condóminos.

En calquera caso, o que non se pode negar é que existen dúas teorías contrapostas: a teoría translativa e a teoría declarativa ou especificativa¹⁵. Destas teorías, a segunda é a que asumiu o TS en sentenzas, entre outras, do 20 e 26 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:969, ECLI:ES:TS:2019:105 e ECLI:ES:TS:2019:966), 30 de maio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1824), 9 de xullo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2490), 4 de outubro de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3041), 16 de outubro de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3271 e ECLI:ES:TS:2019:3665), 30 de outubro de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3480), 24 de xaneiro de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:133), 27 de xaneiro de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:135, ECLI:ES:TS:2020:137 e ECLI:ES:TS:2020:222), 30 de xaneiro de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:227), 3 de xuño de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1343), 26 de novembro

¹¹ Nun suposto de compravenda de accións por prezo aprazado con pacto de reserva de dominio ata o íntegro pagamento do prezo acordado, correspondéndolle ao comprador «o pleno exercicio de todos os dereitos políticos e económicos, incluíndo o dereito de subscripción preferente de novas accións da sociedade, o TS na sentenza do 19 de maio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:3199) razoa do seguinte xeito: *Non é correcto identificar o concepto tributario «alteración patrimonial» nunha compravenda coa transmisión do dominio para os efectos civís, entendendo que inexorablemente só cando se produza a transmisión do dominio para os efectos civís pode entenderse producida a «alteración patrimonial» para os efectos tributarios, porque esa tese levaría a lexitimar a libre elección polos suxeitos pasivos do período ou períodos de imputación temporal dos incrementos de patrimonio utilizando as posibilidades que brindan as normas civís.*

¹² SÁNCHEZ ÁLVAREZ (*Régimen fiscal de la división de la cosa común en el IRPF*) considera que, malia poder atopar no Código civil artigos que sirvan de apoio ás dúas teorías (arts. 399 e 450 a favor da tese declarativa (ou tamén chamada especificativa) e artigos 1068 e 1069 a favor da tese translativa), non obstante, a tese que se sustenta na teoría especificativa non é correcta, e que non é certo que o CC estableza que a división de cousa común teña natureza meramente especificativa, aínda que non nega que se trate dunha cuestión controvertida. Considera, así mesmo, que foi a normativa tributaria a que impactou no dereito civil, baseándose en que historicamente, no século XVI, se comezou a cuestionar o carácter translativo da partición para os únicos efectos de evitar a devindicación de tributos cuxo feito imposible consistía na transmisión de bens derivada da partición hereditaria, que logo se estendeu a todo tipo de división de cousa común con independencia de que a orixe da comunidade fose ou non hereditaria.

¹³ Antonio Botía e Ana Botía, notarios “*Disolución del condominio y Fiscalidad*” Admin, 20/02/2019 notariosyregistradores.com.

¹⁴ E mesmo nos supostos do artigo 1062.2 CC (venta en poxa pública con admisión de licitadores estráños) e 404 CC (*Cando a cousa for esencialmente indivisible, e os condóminos non conviñeren en que se adxudique a un deles indemnizando os demais, venderase e repartirse o seu prezo*), consideran que concorren dúas causas (a particional e a dispositiva), debendo predominar a particional sobre a translativa, pois o que motiva a venda é a necesidade de disolver o condominio, e a causa principal é a disolución do condominio.

¹⁵ Como a denomina o TEAC (resolucións do 7 de xuño de 2018 e 1 de outubro 2020, entre outras).

de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4167), 17 de decembro de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4398), 18 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1291) ou a do 10 de outubro de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3585).

A maior parte dos tribunais, para descartar a tributación da disolución de comunidades polo ITP, acode á análise da expresión do artigo 7.2 B) *Os excesos de adxudicación declarados, salvo...*, dicindo que “os excesos de adxudicación a que se refire o art. 7.2.B do TRITPAXD son, en realidade, aqueles en que a compensación, sexa en metálico ou, como aquí acontece, en asunción en pagamento de débedas, funciona cabalmente como elemento equilibrador da equivalencia e proporcionalidade das mutuas contraprestacións do condómino transmitente e o adxudicatario” (STS do 26 de xuño de 2019 – ECLI:ES:TS:2019:2297). E, entón, o recoñecemento de que a disolución das comunidades non tributa polo ITP baséase principalmente na inexistencia dun exceso de adxudicación. Iso será así sempre que concorran os compoñentes que conforman a regra xeral, e, en particular, que a adxudicación con compensación ou a repartición dos bens entre comuneiros se faga en proporción á cota de participación que teña cada un deles na comunidade, e que non se obteña beneficio nin ganancia patrimonial de ningún tipo para os que eran os condóminos. Como di o TS na sentenza do 2 de maio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2012):

“Para que se dea a suxeición ao ITP por exceso na adxudicación, é presuposto ineludible a existencia dese exceso, isto é, que algún dos adxudicatarios na extinción da comunidade obtivese unha vantaxe ou exceso de adxudicación sobre a que en principio lle correspondía conforme o seu título”.

Ao que podemos engadir que só nese caso poderemos falar dunha transmisión patrimonial, que o será do exceso producido. Na STS do 11 de abril de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1462), a propósito do suposto do artigo 7.2 C) TRLITPeAXD¹⁶, o TS sostén que “A locución ‘consideraranse’ (Consideraranse transmisións patrimoniais para os efectos de liquidación e pagamento de imposto...) condúcenos a aseverar que non estamos en presenza dunha transmisión patrimonial propiamente dita –nin da manifestación de capacidade económica que indirectamente grava con ela–. Esta aseveración apunta á importancia de dirixir nestes casos a análise da tributación das disolucións ou extincións de condominio á existencia ou non dunha transmisión do dominio, no cal inciden os votos particulares ás sentenzas do 26 de xuño de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2297), 16 de outubro de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3665), 26 de novembro de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4167) ou a do 19 de decembro de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4894). Nestes votos particulares sinálase que a valoración da operación como translativa do dominio non debe ser o punto de partida, senón o punto de chegada, “xa que definir que actuacións merecen ser consideradas con eficacia translativa real é unha cuestión previa que cómpre despxear para dicir se os singulares feitos do actual caso litixioso encarnan ou non un negocio suxeito”, o que conecta coa afirmación de que tal operación non é unha transmisión patrimonial en sentido propio,

¹⁶ Os expedientes de dominio, as actas de notoriedade, as actas complementarias de documentos públicos a que se refire o título VI da Lei hipotecaria e as certificacións expedidas para os efectos do artigo 206 da mesma lei.

senón pura e simplemente unha especificación dun dereito preexistente (STS do 14 de marzo de 2019–ECLI:ES:TS:2019:960). Outro dos argumentos en que se sustenta o voto particular consiste en que “Os impostos directos gravan a capacidade económica que se exterioriza na renda que obtén o suxeito pasivo por calquera causa (imposto sobre a renda das persoas físicas –IRPF– e imposto sobre sociedades –ISOC–); ou pola mera titularidade de dereitos patrimoniais (imposto sobre o patrimonio –IPATR–). Mentres que o imposto indirecto sobre transmisións patrimoniais grava a adquisición polo obrigado tributario de novos dereitos de contido económico que non existían con anterioridade no seu patrimonio xurídico; unha adquisición que efectúa o dito obrigado utilizando a renda que obtivo con anterioridade, para dar cumprimento con ela á contraprestación económica que por el foi asumida no negocio oneroso libremente perfeccionado como título xurídico desa nova adquisición”.

A DXRN non se expresou con claridade á hora de cualificar a extinción dunha comunidade como un negocio translativo ou declarativo. En resolucións como a núm. 11312/2018, do 19 de xullo (RX 2018\350), afirmou que se trata dun negocio xurídico a través do cal se remata coa situación de condominio e se constitúe un dereito de propiedade exclusiva a favor do comuneiro, ou comuneiros, ao cal ou aos cales, se lles adxudica o ben enteiro, ou cada unha das porcións materiais que resulten da súa división, pois o noso dereito, deixando a salvo supostos especiais, permite, e mesmo se facilita, a extinción da comunidade mediante o que propiamente constitúe unha división material da cousa común, cando a súa natureza o permite, ou mediante a reunión de todas as cotas nunha soa man. E sinalaba que isto último pode verificarse a través de calquera negocio translativo das ditas cotas a favor do que queda como titular, e tamén cando se trate de bens indivisibles, en virtude da adxudicación a un a cambio de aboar aos outros o exceso en metálico (ou mediante outros bens ou servizos). Pero continuou dicindo o seguinte: “*sen que por iso poida considerase que se trata dun acto de alleamento, senón meramente dun negocio de natureza especificativa con todas as consecuencias que iso leva implícito (cfr. artigos 404 e 1062 do Código civil (LEG 1889, 27) e as resolucións do 6 de abril de 1962, 2 de xaneiro de 2004 (RX 2004, 712) e 4 de abril de 2005 (RX 2005, 3603), entre outras)*”, para pasar seguidamente a dubidar da súa verdadeira natureza xurídica “*a división da cousa común presenta unha natureza xurídica complexa, difícil de reducir á dicotomía entre o translativo e o declarativo*”.

A mesma dúbida mantense na actualidade, pois a DXSXF, na Resolución do 20 de decembro de 2022 (BOE núm. 29, do 3 de febreiro de 2022), nun suposto de extinción parcial de condominio, elude pronunciarse ao respecto: “*desde o punto de vista dos efectos, prescindindo da polémica sobre se a división da cousa común constitúe ou non un acto translativo ou dispositivo, ou de mero desenvolvemento do propio dereito orixinario do comuneiro que permite a concreción da cota sobre un ben individual ou unha porción material dun ben concreto (vid. sentenzas do Tribunal Supremo do 3 de febreiro de 1982, 12 de abril de 2007 e 25 de febreiro de 2011, e resolucións do 14 de decembro de 2000, 26 de abril de 2003, 19 de maio e 26 de xullo de 2011) (...)*”. Faino, así mesmo, na resolución do 21 de febreiro de 2023 (BOE núm. 63, do 15 de marzo de 2023).

regap



COMENTARIOS

3.2.2 Cando se produce o exceso de adjudicación do artigo 7.2 B) TRLITPeAXD?

Se regresamos á análise do exceso de adjudicación como presuposto para a suxeición ao ITP, podemos facer a seguinte pregunta: cando se produce ese exceso de adjudicación? Nunha operación de extinción que consista na adjudicación dun ben indivisible a un dos comuneiros con compensación en metálico a outro ou outros, polo valor das súas respectivas cotas de participación, ou nunha operación de extinción dun condominio que recae sobre varios bens indivisibles onde se reparten entre os copartícipes cun valor equivalente ás súas respectivas cotas de participación, non deberíamos falar dun exceso de adjudicación¹⁷, pois no primeiro caso, aínda que un dos comuneiros gaña o dominio exclusivo do ben, porén compensa o outro ou os outros condóminos (en metálico ou mediante a entrega doutro ben con valor equivalente ás súas respectivas participacións); e, no segundo caso, se ben cada comuneiro gaña o dominio exclusivo dun dos bens que formaban a comunidade, perde a participación que tiña nos outros. O que sucede é que nestas situacións si se fala de exceso de adjudicación, pois o propio artigo 1062 CC establece que, cando unha cousa sexa indivisible ou desmerezca moito pola súa división, poderá adjudicárselle a un, coa condición de aboar aos outros o exceso en diñeiro, o que deu lugar á creación de dúas categorías de excesos de adjudicación: os excesos de adjudicación a que se refire o artigo 7.2 B) TRLITPeAXD, que se corresponden cos excesos de adjudicación inevitables a que se refire a DXT (entre outras, consulta V2096-22, do 30 de setembro), e os excesos de adjudicación verdadeiros a que se refire a STS do 28 de xuño de 1999, cualificándoos como aqueles en que a compensación en metálico, en vez de funcionar como elemento equilibrador da equivalencia e proporcionalidade que deben presidir toda división ou partición de comunidade á custa do patrimonio do adjudicatario, supera en realidade o seu interese na comunidade e vén constituír, efectivamente, unha adjudicación que o supera en prexuízo do resto dos comuneiros.

OTS segue mantendo que non hai transmisión gravable no ITP, nin exceso de adjudicación, cando un dos copropietarios adjudica para si a totalidade do inmovible, compensando o resto en metálico. A xustificación radica en que a extinción do condominio supón tan só unha especificación ou concreción dos dereitos que xa se tiñan antes na situación de copropiedade (STS do 10 de outubro de 2022-ECLI:ES:TS:2022:3585). E recorda a doutrina da STS do 28 de xuño de 1999 que “*esta obriga de compensar os demais, ou o outro, en metálico non é un “exceso de adjudicación”, senón unha obriga consecuencia da indivisibilidade da cousa común e da necesidade en que se atopou o lexislador de arbitrar procedementos para non perpetuar a división, que ningún dos comuneiros está obrigado a soportar –art. 400– [...]”*”.

Na mesma liña pronúnciase o TS en sentenzas posteriores como a do 26/04/2024 (ECLI:ES:TS:2024:2217), criterio que foi asumido polo TEAC en resolucións como as

¹⁷ DXT consulta V0578-22: “*A disolución da comunidade de bens pode producirse con ou sen excesos de adjudicación, o que ocasionará diferentes consecuencias fiscais nun ou noutro caso: 1. Disolución sen excesos de adjudicación. Na disolución do condominio, sempre que esta se leve a cabo de tal forma que o comuneiro non reciba máis do que lle corresponda en proporción da súa cota de participación na cousa común, sen que se orixine exceso de adjudicación, a disolución non constituirá unha transmisión patrimonial que deba tributar pola modalidade de transmisións patrimoniais onerosas do ITPAXD [...]”*”.

do 07/06/2018 e 01/10/2020; e a DXSXFP nas resolucións do 14/12/2023 (BOE núm. 16, do 18 de xaneiro de 2024) e 20/03/2024 (BOE núm. 89, do 11 de abril de 2024).

3.2.3 Aplicación da teoría especificativa ás comunidades voluntarias

O artigo 7º.2 B) TRLITPeAXD, ao excluír de tributación determinados excesos de adxudicación, só cita unhas normas xurídicas que se refiren ás comunidades hereditarias. Pero isto non significa que o indicado precepto non se poida aplicar ás comunidades voluntarias. De feito, o artigo 406 CC estende as regras concernentes á división da herdanza á división entre os partícipes. E así o recoñece o TS na sentenza do 28 de xuño de 1999:

“O feito de que o art. 7º.2.B) da Lei e regulamento do imposto aquí aplicables só exceptúe da consideración de transmisión, para os efectos da súa liquidación e pagamento, “os excesos de adxudicación declarados, salvo os que xurdan de dar cumprimento ao disposto nos arts. 821, 829, 1056 (segundo) e 1062 (primeiro) do Código civil (...) e entre eles non se cite precepto ningún regulador de comunidades voluntarias, senón só de comunidades hereditarias, non constitúe argumento en contra da conclusión precedentemente sentada, tendo en conta que ao que quere con iso aludirse é aos excesos de adxudicación verdadeiros, isto é, a aqueles en que a compensación en metálico, en vez de funcionar como elemento equilibrador da equivalencia e proporcionalidade que deben presidir toda división ou partición de comunidade á custa do patrimonio do adxudicatario, supera en realidade o seu interese na comunidade e vén constituír, efectivamente, unha adxudicación que o supera en prexuízo do resto dos comuneiros. Non hai, pois, tampouco, con esta interpretación, descoñecemento ningún do art. 24 da Lei xeral tributaria – hoxe 23.3 desta tras a reforma operada pola Lei 25/1995 do 20 de xullo–, cando veda a utilización do procedemento analóxico para estender, máis alá dos seus termos estritos, o ámbito do feito imponible ou o das exencións ou bonificacións tributarias (...)”.

Ou, como di a STS do 30 de outubro de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3480), entre outras:

“A base normativa da aplicación da exoneración de TPO prevista no 7.2.B)... ás comunidades de bens non hereditarias, é a remisión que efectúa o art. 406 do CC ao réxime normativo das divisións hereditarias, ao declarar “[...] aplicables á división entre os partícipes na comunidade as regras concernentes á división da herdanza”, remisión que, no que agora nos ocupa, ha de entenderse realizada ao artigo 1062, parágrafo primeiro CC, que dispón que, “cando unha cousa sexa indivisible ou desmerezca moito pola súa división, poderá adxudicarse a un, coa condición de lles aboar aos outros o exceso en diñeiro”.

regap



COMENTARIOS

3.2.4 Extinción do condominio que recae sobre bens indivisibles

Regra xeral cando hai unha compensación equivalente en metálico. Artigo 1062 CC. Non tributación

A regra xeral que exclúe de tributación polo ITP a extinción dunha comunidade aplicando a teoría declarativa ou especificativa, está presente – aínda que a comunidade recaia sobre varios bens, como logo veremos – nos supostos do artigo 1062 CC, isto é, cando o condominio recae sobre bens indivisibles ou que desmerezan moito pola súa división, con adxudicación a un dos comuneiros e compensación en metálico ao outro ou outros comuneiros. Como xa se dicía na STS do 28 de xuño de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:4571), cuxa doutrina foi reiterada noutras posteriores:

“O que acontece é que, no caso de que a cousa común resulte pola súa natureza indivisible ou poida desmerecer moito pola súa división –suposto que loxicamente concorre nunha praza de aparcadoiro e mesmo nun piso (non se trata da división dun edificio, senón dun piso, art. 401 do Código civil)–, a única forma de división, no sentido de extinción de comunidade, é, paradoxalmente, non dividila, senón adxudicarlle a un dos comuneiros coa condición de lle aboar ao outro, ou aos outros, o exceso en diñeiro –arts. 404 e 1062, parágrafo 1.º, en relación este co art. 406, todos do Código civil–”.

E, en liña co que afirmamos anteriormente, a sentenza continúa dicindo que:

“esta obriga de compensar os demais, ou o outro, en metálico non é un “exceso de adxudicación”, senón unha obriga consecuencia da indivisibilidade da cousa común e da necesidade en que se atopou o lexislador de arbitrar procedementos para non perpetuar a indivisión, que ningún dos comuneiros está obrigado a soportar”.

A extinción do condominio mediante a adxudicación a un dos comuneiros dun ben indivisible (por exemplo, unha vivenda)¹⁸ da que xa era titular dominical do 50%, a cambio do seu equivalente en diñeiro, non está suxeita ao ITP, posto que tal operación non é unha transmisión patrimonial en sentido propio, senón pura e simplemente unha especificación dun dereito preexistente (STS do 14 de marzo de 2019–ECLI:ES:TS:2019:960). Nestes casos, en que ademais o CC no artigo 404 non emprega a palabra *prezo*, senón *indemnización*, o que equivale a unha verdadeira compensación, non se pode falar de compra nin de permuta de cotas, senón simplemente da obrigada equivalencia que ha de gardar a división da cousa común (arts. 402, 1061 e 1062 do CC). E non é necesario que as cotas de participación dos comuneiros sexan

¹⁸ Aínda que a DXT, por exemplo, consulta V0578-22, do 21 de marzo, chega a cuestionar o carácter indivisible das vivendas como regra xeral, ao dicir que *“este centro directivo non pode indicar a priori se unha vivenda determinada constitúe un ben indivisible ou que desmerecería moito pola súa división, pois esta circunstancia constitúe unha cuestión de feito que debe ser apreciada en cada caso concreto para a súa cualificación xurídica correcta”*, a continuación reconece que os tribunais económico-administrativos veñen considerando os inmobles como *“un ben que, se non é esencialmente indivisible, si desmerecería moito pola súa división”* e que así o entende igualmente a xurisprudencia do Tribunal Supremo na súa sentenza do 28 de xuño de 1999 *“no caso de que a cousa común resulte pola súa natureza indivisible ou poida desmerecer moito pola súa división –suposto que loxicamente concorre nunha praza de aparcadoiro e mesmo nun piso (non se trata da división dun edificio, senón dun piso, artigo 401 CC)”*.

idénticas. O que importa é que a compensación sexa proporcional á participación de cada comuneiro na comunidade.

Extensión da regra xeral de non tributación a outros supostos:

- **Na liquidación da sociedade de gananciais.** STS do 9 de outubro de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3634):

“A convención por virtude da cal un cónxuxe adquire a súa metade indivisa –e indivisible–, da que xa posuía a outra metade indivisa por razón da comunidade que se extingue, compensando na súa estrita parte ao outro no valor de tal metade, non constitúe un exceso de adxudicación e, polo tanto, unha transmisión patrimonial en sentido propio, susceptible de gravame baixo a modalidade do imposto sobre transmisións patrimoniais”.

- **Na extinción dunha comunidade ordinaria constituída por un matrimonio en réxime de separación de bens.** STS do 12 de xullo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3083):

“Resulta indiferente o concreto réxime económico matrimonial vixente, sen excluírse, pois, o de separación de bens, sempre que algúns dos bens, ou todos, fosen desfrutados en condominio. Proba desa aplicación a calquera dos distintos réximes é que tales excesos de adxudicacións, se derivan do cambio de réxime económico, tamén quedan favorecidos polo caso de non suxeición, segundo o citado art. 32.3 RITP”.

Os excesos de adxudicación están especificamente regulados no artigo 7.2.B) do TRLITPeAXD, á marxe de que proveñan dunha disolución matrimonial ou doutras causas de división da cousa común.

- **Cando a adxudicación se fai a favor de dous copartícipes unidos en matrimonio en réxime de gananciais.**

Aínda que o artigo 1062 CC diga que, cando unha cousa sexa indivisible ou desmereza moito pola súa división, *poderá adxudicarse a un*, coa condición de lles aboar aos outros o exceso en diñeiro, o feito de que a adxudicación se faga a favor de dous copartícipes unidos en matrimonio e, polo tanto, para a súa sociedade de gananciais, non impide a aplicación da regra de non tributación, pois a sociedade de gananciais que resulta adxudicataria do inmovible xa era titular doutra porcentaxe nos inmoables comúns a título dominical (STS do 9 de xullo de 2019–ECLI:ES:TS:2019:2490).

- **Cando o pagamento se fai parte en metálico e en parte pola entrega de bens (mobles ou inmoables) propiedade exclusiva do comuneiro que queda co ben sobre o que recaía a comunidade.**

O TEAC, na resolución do 17 de setembro de 2015 (Recurso de alzada en unificación de criterio 3910–2015), rexeitou esta forma de pagamento en interpretación do disposto no artigo 1062 CC *“coa condición de lles aboar aos outros o exceso en diñeiro”*. Este é o criterio que veu defendendo a DXT, entre outras na consulta V0198–20, do

regap



COMENTARIOS

28 de xaneiro. SÁNCHEZ ÁLVAREZ¹⁹ sostén que desta resolución se desprende que a DXT estima que, para considerar que a división da cousa común ten un mero efecto especificativo, debe atenderse tanto a aspectos cuantitativos, materiais ou finalistas, como a criterios cualitativos e formais, pois non só é importante chegar a un resultado de equidistribución, senón tamén como se chega ao dito resultado. E, nestes casos, só poden compensarse os excesos de adjudicación con metálico extracomunitario, pero non con bens en especie que non formen parte da comunidade.

Pero, como di o TS na sentenza do 30 de outubro de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3480), se a xustificación de que nas disolucións de comunidades non existe unha transmisión, senón unha mera especificación ou concreción dun dereito abstracto preexistente de maneira que se substitúe a cota de participación que un dos comuneiros tiña sobre o ben polo seu equivalente económico, esta compensación pódese materializar non só con metálico, senón con outros bens. O que importa é que se extinguiuse o condominio e que a repartición sexa equivalente en canto valor das cotas de participación dos comuneiros e, en definitiva, que os condóminos non obtivesen beneficio nin ganancia patrimonial.

- **Cando o pagamento se fai mediante a asunción dun préstamo hipotecario do mesmo importe que o valor do ben inmovible.**

Suposto en que o pagamento non se fai en metálico, senón mediante a asunción dun préstamo hipotecario do mesmo importe que o valor do ben inmovible; é dicir, adxudícase un ben indivisible a un dos comuneiros que, como consecuencia do pactado, se subroga no préstamo hipotecario que grava o inmovible. A asunción do importe da débeda hipotecaria pendente constitúe unha compensación en metálico (STS do 16 de outubro de 2019–ECLI:ES:TS:2019:3271). A DXT aceptou esta forma de compensación nas consultas vinculantes V1494–11, do 9 xuño, e V2367–10, do 28 de outubro: *“tamén ten a consideración de compensación en metálico a asunción polo adxudicatario da parte de débeda do outro copropietario no préstamo hipotecario común”*.

- **Cando os copartícipes posúen distinta porcentaxe de participación en varios inmovibles sobre os que recae a comunidade, e a compensación se fai mediante entrega de metálico, asunción de débeda hipotecaria, e entrega doutros bens inmovibles.** STS do 30 de outubro de 2019.

O artigo 1062 CC non establece restrición ningunha nin cota ao respecto, só que haxa condominio e que a cousa sexa indivisible ou desmerezca moito pola súa división, sexa cal sexa a porcentaxe de participación na comunidade. O importante –repetimos– é que se extinguiuse o condominio, recibindo un dos comuneiros a parte equivalente substitutiva da súa cota ideal nos dous condominios, sen que ningún dos condóminos obtivese beneficio nin ganancia patrimonial.

¹⁹ ITP na división da cousa común. Aspectos controvertidos. Análise crítica e exemplos prácticos.

3.2.4 Cando a comunidade recae sobre varios bens. Unha comunidade ou varias comunidades? Sistema de formación de lotes ou *adxudicación a un con compensación aos demais comuneiros*?

– Unha comunidade ou varias comunidades?

Cando son varios bens os que pertencen a varios propietarios, as situacións que se presentan poden ser moi variadas e necesitarán unha resposta individualizada, pondo especial interese nas circunstancias que rodean a disolución acordada polos comuneiros.

No caso de que os copropietarios decidan extinguir esa situación de copropiedade, a pregunta que nos podemos facer é se nos atopamos ante unha soa comunidade que comprende todos os bens sobre os que se comparte esa titularidade (o que se coñece como patrimonio colectivo), ou ante varias comunidades, unha por cada ben que lles pertence *pro indiviso*, ou unha por cada ben ou grupo de bens que se adquirisen en distintas datas e con orixes diferentes. A resposta pode condicionar a solución nos casos de extinción parcial, ou os de extinción total segundo fose o sistema escollido polos comuneiros para levar a cabo a extinción.

No caso analizado na sentenza do TSX de Galicia do 22 de xaneiro de 2020 (ECLI:ES:TSXGAL:2020:26), tratábase de extinguir a situación de copropiedade (dous irmáns) que recaía sobre dous bens indivisibles adquiridos en datas diferentes, acordando os comuneiros que cada un deles atribuíra para si un dos bens. A Administración tributaria sostiña que se producira un exceso de *adxudicación* partindo de que existían dúas comunidades, e entón en cada unha delas cumpría *adxudicar* un ben a cada propietario con compensación ao outro polo valor da súa cota de participación. A sentenza estimou o recurso declarando a validez do sistema de repartición escollida polos comuneiros, razoando o seguinte:

“Aínda que admitimos como máis correcto que existen dúas comunidades, consideramos que o artigo 1062 CC debe ser interpretado –como sucede noutros moitos supostos adaptándoos á realidade tributaria– no sentido de que a compensación do exceso en metálico debe ser equiparada á compensación en valor, xa que outro resultado sería inxusto. Se o recorrente e o seu irmán realizasen a disolución de cada comunidade con recíprocas compensacións en metálico, o resultado (final) sería o mesmo que o obtido coa atribución directa da titularidade plena de cada inmovle a cada comuneiro sen compensacións en diñeiro”.

Pero, así como na situación examinada se considerou válido o sistema de extinción do condominio escollido polos comuneiros, nunha situación semellante de cotitularidade sobre dous inmoables indivisibles onde a extinción se fixo mediante a *adxudicación* dos dous bens a un dos comuneiros con compensación ao outro, este sistema de extinción tamén se considerou correcto. Este é o caso resolto polo TS na sentenza do 30 de outubro de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3480), en que dúas persoas eran propietarias en *pro indiviso* dun local e unha vivenda, *adxudicándose* a unha delas ambos os dous inmoables, compensando o adquirente ao outro comuneiro parte en metálico e parte mediante entrega doutro inmovle que lle pertencía en pleno

regap



COMENTARIOS

dominio ao 100%. O TS sostén que o que resulta transcendente é, por un lado, que os bens inmobles resulten indivisibles, e, por outro lado, que non sexa posible un procedemento de distribución entre os copropietarios distinto ao de adxudicación a un só dos condóminos, o que en todo caso tamén exixiría unha compensación para manter o equilibrio que lle correspondía a cada un deles na comunidade.

Na STS do 12 de maio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2012), nun suposto en que os inmobles que formaban parte da comunidade se repartiron entre dous dos catro comuneiros, compensando os demais na súa participación nela, non se apreciou a existencia dun exceso de adxudicación (polo menos que debese tributar polo ITP) ao non resultar xustificado que a disolución da comunidade se puidese levar a cabo mediante outras adxudicacións por lotes proporcionais. Isto sucede, por exemplo, cando a situación de copropiedade non comprende bens suficientes que permita adxudicalos a cada un dos herdeiros, imposibilitando a formación de lotes minimamente proporcionais, ou tamén cando se trata de inmobles rexistrados diferentes pero que realmente constitúen un único inmoble que comparten instalacións comúns (motor de elevación de auga e unha única balsa, e un único almacén distribuidor das conducións de ferro, de rega e canalizacións), que é o caso analizado na sentenza do TSX de Murcia do 29 de novembro de 2018 (ECLI:ES:TSXMU:2018:2332).

E nunha sentenza máis recente, STS 26/04/2024 (ECLI:ES:TS:2024:2217), nun caso en que a comunidade formada por dous irmáns, que recaía sobre tres bens indivisibles (dous adquiridos por compravenda e un adquirido por doazón da súa avoa), o TS entendeu que non había exceso de adxudicación coa repartición e compensacións efectuadas. Nesta sentenza, o TS sinala que resulta estéril, desde o punto de vista fiscal, a polémica sobre a existencia dunha ou varias comunidades de bens. No ámbito civil recoñécese o chamado patrimonio colectivo.

En definitiva, o importante na extinción do condominio é que os condóminos non obtivesen beneficio nin ganancia patrimonial ao recibiren partes equivalentes substitutivas das súas cotas ideais.

A DXT valora admitir a existencia de varias comunidades de bens, e a non tributación no ITP de extincións de condominio en que se acuda ao sistema de formación de lotes, e repartición dos bens inmobles entre os comuneiros, mesmo cando son insuficientes para repartilos entre eles. Ese é o suposto de feito ao que responde a DXT na consulta V2096-22, do 30 de setembro (tres comuneiros e dous bens a repartir, e extínguese cada comunidade adxudicando un inmoble a cada comuneiro e ao terceiro compénsaselle o diñeiro), considerando que os excesos de adxudicación que resulten da disolución de cada comunidade son excesos inevitables, aínda que a compensación non sexa en diñeiro, senón noutros inmobles que se teñen en común, e que non están suxeitos á modalidade de TPO, abandonando con iso a DXT o criterio que viña mantendo de que nestes casos o que se producía era unha permuta de cotas entre comuneiros, suxeitas a aquel imposto.

- **Sistema de formación de lotes ou adxudicación a un comuneiro con compensación aos demais? Artigo 1061 CC**

A adxudicación de bens indivisibles a un dos comuneiros con compensación aos demais é unha alternativa ao sistema de formación de lotes, ou este é a alternativa ao outro sistema de extinción? Segundo di o TS na sentenza do 30 de outubro de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3480):

“Polo que se refire a se era posible distribuír de xeito alternativo os bens entre os dous copropietarios, debemos apuntar que a indivisibilidade de cada ben –individualmente considerado– non ten por que impedir que a repartición ou adxudicación dos bens entre os comuneiros se poida facer, por exemplo, mediante a formación de lotes o máis equivalentes posibles, evitando no posible os excesos de adxudicación, criterio este que se vén asumir na recente consulta vinculante da Dirección Xeral dos Tributos V1855-19, do 16 de xullo de 2019”.

E engade que o que resulta transcendente para estes efectos é que, por un lado, os bens inmobles resulten indivisibles e, por outro lado, para o caso de que existan varios bens en copropiedade, non sexa posible un procedemento de distribución entre os copropietarios, distinto ao de adxudicación a un só dos condóminos. O que se vén exixindo nestes casos é que resulte inevitable a adxudicación a un só dos condóminos con exceso de adxudicación a compensar.

A tese desta sentenza foi acollida pola DXT na consulta V0578-22, do 21 de marzo, na cal, nun suposto en que o consultante e os seus dous irmáns posuían varios inmobles en común adquiridos en distintos momentos e por distintos títulos, uns por compravenda, outros por doazón e outros por herdanza dos seus pais, todos adquiridos por terceiras partes, querendo disolver o *pro indiviso*, realizaron tres lotes de igual valor adxudicando un lote de inmobles a cada irmán. A DXT, despois de dicir que *“a determinación de se a concorrencia dunha pluralidade de bens propiedade das mesmas persoas supón a existencia dunha ou varias comunidades de bens constitúe unha cuestión de feito sobre a que este centro directivo non pode pronunciarse con carácter definitivo, e que deberá ser valorada, se é o caso, nas actuacións de comprobación e inspección da Administración Tributaria competente para a xestión do tributo”*, finaliza concluíndo que *“os excesos de adxudicación que resulten na disolución de cada comunidade, excesos inevitables, aínda que a compensación non sexa en diñeiro, senón noutros inmobles que teñen en común, seguindo a doutrina do Tribunal Supremo anteriormente exposta, non estarán suxeitos á modalidade de transmisións patrimoniais onerosas. Polo tanto, a disolución de cada comunidade tributará unicamente pola modalidade de actos xurídicos documentados”*, o que supón un pronunciamento semellante ao que se recolle na consulta V2096-22.

Noutras palabras, o que se vén exixindo nestes escenarios é que, xa se empregue un sistema ou outro (adxudicación con compensación, ou formación de lotes), xa se entenda que nos atopemos ante unha comunidade ou máis dunha comunidade, o verdadeiramente relevante é que se extingue o condominio, que non se producen excesos de adxudicación –verdadeiros–, e non se demostre que con outro sistema de adxudicación se conseguiría unha repartición máis equitativa, evitando ou minimando no posible os excesos de adxudicación; e, en definitiva, como recorda a STS do 30 de outubro de 2019, que o negocio xurídico persegúese con claridade o exercicio

Regap



COMENTARIOS

dunha facultade de división da cousa común, na cal se especifican os dereitos que lle corresponden ao comuneiro que transmite as súas participacións, recibindo este unha parte equivalente substitutiva das súas cotas, e, finalmente, que os condóminos non obtivesen beneficio nin ganancia patrimonial, o que fai que non teñan que tributar por ITP e si por IAXD. Mesmo no caso analizado pola STS do 30 de outubro de 2019, admitiuse que a compensación fose coa entrega doutro ben propiedade exclusiva da comuneira adxudicataria.

Do que se trata, entón, é de buscar un sistema ou mecanismo de disolución da comunidade que consiga un equilibrio de equivalencia e proporcionalidade das contraprestacións. Isto poderase conseguir, atendendo ás circunstancias de cada caso, ben mediante a adxudicación a un ou varios comuneiros compensando en metálico, ou con outros bens, aos demais comuneiros, ben mediante a formación de lotes que integren na medida do posible bens homoxéneos ou de valor equivalente ás cotas de participación, isto é, *equivalentes e proporcionais atendido o conxunto dos bens* (STSX Andalucía, sede Sevilla, do 28 de setembro de 2017-ECLI:ES:TSXAND:2017:8852), e a posibilidade de facer ou non unha repartición distinta que responda en mellor medida aos citados principios.

Iso si, cando a Administración tributaria comproba a validez do sistema de repartición con formación de lotes e comproba se se produciu ou non un exceso de adxudicación, non pode perder de vista a utilidade ou destino económico dos bens sen que poida imporlles aos comuneiros unha repartición que careza de lóxica económica, segundo as particularidades dos bens. Así se dixo na STSX de Galicia do 16 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TSXGAL:2022:1830). Con motivo da disolución dunha sociedade de ganancias, á esposa adxudicóuselle unha vivenda en Madrid, unha praza de garaxe e un vehículo, e ao esposo, unha vivenda na costa galega, unha embarcación de recreo e unha motocicleta. A Administración sostiña que con esta repartición non se gardaba o equilibrio xeral dos lotes, o que si se conseguiría coa adxudicación á esposa da embarcación e a moto, e que con iso se rebaixaría a compensación en metálico e se faría unha repartición máis equitativa. Non obstante, a Sala considerou que a repartición que propuña a Administración resultaba antieconómica dadas as particularidades dos bens, pois a esposa carecía de titulación para pilotar tanto a embarcación como a moto, e a adxudicación obrigárala a vendelas, e, de non facelo, obrigaría o esposo a afrontar os gastos inherentes a unha embarcación que xa non utilizaba.

- **Comunidades que teñen a súa orixe en momentos distintos ou en virtude de distintos actos xurídicos.**

Lembrando que a idea ou finalidade de non perpetuar a situación de indivisión é a que preside as consideracións que se fan ao longo desta exposición, e que entón, como se adiantou, o verdadeiramente relevante é que se extinguiu o condominio recibindo cada comuneiro unha parte equivalente substitutiva da/s súa/s cota/s, non poderemos apreciar un exceso de adxudicación nos casos en que as compensacións se fan con bens de comunidades que teñen a súa orixe non só en momentos distintos (STSX de Galicia do 22 de xaneiro de 2020-ECLI:ES:TSXGAL:2020:26), senón tamén en virtude de actos xurídicos diferentes, de maneira que non se poderá exixir a tributación por

ITP cando as compensacións se fan con bens que pertencen a comunidades que teñen a súa orixe en momentos distintos e en actos xurídicos diferentes.

Se admitimos que a compensación se pode facer non só en metálico, senón mediante a achega doutros bens aínda que sexan propiedade exclusiva do comuneiro que debe compensar os demais (STS do 30 de outubro de 2019), non poderemos exixir a tributación por ITP das disolucións en que a repartición de bens leve consigo a entrega aos comuneiros *da cantidade exacta correspondente á súa cota de participación, sendo indiferente que o fagan en metálico ou (...) en especie, cunha maior participación noutro inmovle*, e, polo tanto, aínda que o inmovle se adquirise en virtude dun título xurídico diferente a aquel en virtude do cal se adquiriu o ben ou os bens que entran na mesma repartición. Así o asumiu a DXT na consulta V0578-22, do 21 de marzo, que, como vimos, admite a extinción do condominio mediante a realización de lotes de igual valor formados con inmoables en común adquiridos en diferentes momentos e por distintos títulos, que se repartiron entre os condóminos.

3.2.5 Extinción do condominio que recae sobre edificios suxeitos ao réxime de propiedade horizontal

Como di a STS do 16 de setembro de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2881), a adxudicación dun ben (indivisible) a un dos condóminos, que xa era titular dominical dunha cota do dito ben, a cambio do seu equivalente en diñeiro, non está suxeita ao ITP. Esta doutrina parte dun presuposto esencial, e é o da indivisibilidade do ben e de que resulte inevitable a adxudicación a un só dos condóminos, isto é, que non sexa posible un procedemento de distribución entre os copropietarios distinto ao de adxudicación a un só dos copropietarios, de sorte que, de producirse un exceso de adxudicación, a compensación en diñeiro opere como un elemento equilibrador da equivalencia e proporcionalidade das mutuas contraprestacións do condómino transmitente e o adxudicatario, en relación coa participación de cada un.

No caso dos edificios suxeitos ao réxime de propiedade horizontal, o TS, na sentenza do 16 de setembro de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2881), considera que teñen natureza divisible, confirmando o criterio do TSX de Madrid na sentenza ditada pola sección novena o 15 de marzo de 2018. Nela analízase o caso dun edificio de catro plantas que pertencía *pro indiviso* a 15 propietarios, e no cal unha persoa xurídica adquiriu unha parte alícuota do dominio. Tres meses despois procedeuse á extinción da comunidade, adxudicándose a totalidade do inmovle a aquela persoa xurídica a cambio de compensacións en diñeiro aos demais partícipes. A Sala de Madrid, baixo a consideración de que todo o edificio, distribuído en pisos e outras dependencias susceptibles de uso privativo, é esencialmente divisible, agás que se advirta que conorra causa que o impida –que non era o caso–, considerou que a adxudicación a un dos comuneiros –nas anteriores circunstancias– se trataba dun sistema incorrecto, pois *“de ningún modo pode entenderse que a atribución das vivendas e locais a distintos propietarios minore o valor do inmovle nin, por suposto, que o faga inservible para o fin a que está destinado”*. Pola súa banda, o TS na sentenza do 16 de setembro de 2020 respondeu que, *en interpretación do artigo 7.2 B) TRLITPeAXD, os excesos derivados da*

Regap



COMENTARIOS

disolución dunha comunidade de propietarios si que están suxeitos ao imposto nos supostos que poidan evitarse ou, polo menos, minorarse cunha adxudicación distinta, respectando os principios de equivalencia e a división da cousa común e de proporcionalidade na adxudicación efectuada e o interese ou cota de cada comuneiro.

Non obstante –aínda que baixo os mesmos parámetros–, admitiuse como excesos de adxudicación que non podían tributar polo ITP a adxudicación a varios comuneiros dun edificio que pertencía a 20 propietarios. A Administración entendía que se producira un exceso de adxudicación. Este é o caso resolto pola Sala de Galicia na sentenza do 10 de decembro de 2020 (ECLI:TS:ES:TSXGAL:2020:7116). Tratábase dun edificio próximo á ruína que necesitaba unha rehabilitación integral, e a alternativa proposta pola Administración (división xurídica entre os 20 propietarios das tres vivendas independentes resultantes da división horizontal) conducía a manter a situación de *pro indiviso* coas dificultades que podía implicar na rehabilitación do edificio, polo que se estimou o recurso, admitindo a fórmula de extinción acordada polos comuneiros, considerando que os excesos de adxudicación non tiñan que tributar polo ITP.

3.2.6 Na comprobación do exceso de adxudicación: valor declarado ou valor de referencia?

Na disolución das comunidades de bens vimos que non se producirán excesos de adxudicación –ou polo menos non dos que deban tributar polo ITP– se cada comuneiro recibe unha parte equivalente substitutiva das súas cotas, e non obteñan beneficio ou ganancia patrimonial ningunha. Para que iso sexa posible, se se trata de dous bens inmoables indivisibles a repartir entre dous comuneiros, o seu valor ten que ser idéntico; se o sistema empregado é a adxudicación do inmoable a un, coa asunción dun préstamo hipotecario, ou compensación en especie, o importe do préstamo ou do outro ben ou bens que se entregan en compensación ten que ser igual que o valor do ben inmoable adxudicado a un dos comuneiros; e, se o sistema escollido é o da formación dos lotes o máis equivalentes posibles, os lotes teñen que ser de igual valor. Se temos en conta agora que a base impositiva do ITP, no caso dos bens inmoables, se calculará segundo o valor de referencia previsto na normativa reguladora do catastro inmobiliario, na data de devindicación do imposto (art. 10 TRLITPeAXD, na redacción dada pola Lei 11/2021, do 9 de xullo, de medidas de prevención e loita contra a fraude fiscal), o valor de referencia será o valor que, segundo afirma a DXT, é o que se debe ter en conta á hora de comprobar se se produce ou non un exceso de adxudicación.

Todos tiñamos grandes esperanzas en que, coa introdución do valor de referencia pola Lei 11/2021, ían desaparecer gran parte dos problemas que xiran arredor da valoración dos inmoables e, con iso, gran parte da litixiosidade que xera. Pero temo que non vai ser así. E non tanto porque o artigo 10.3 da TRLITPeAXD prevé a posibilidade de impugnar este valor cando se recorra contra a liquidación ou con ocasión da solicitude de rectificación da autoliquidación, senón polo resultado a que conduce a súa aplicación nos casos en que o valor de referencia sexa superior ao declarado polos comuneiros, porque se poderán ver obrigados a readaptar as compensacións

para evitar unha tributación por ITP do exceso de adxudicación, e elevará se é o caso da ganancia patrimonial no IRPF.

A DXT, na consulta V0143-22, do 28 de xaneiro, no caso de dous comuneiros donos *pro indiviso* de dous inmobles cuxos valores de referencia presentaban unha diferenza entre eles de 20.000 euros que preguntaban á DXT se, en caso de entender que se trata dunha disolución de condominio e, dado que cada un dos comuneiros quedaba cun inmovble sen ter que pagarlle ao outro ningunha cantidade de diñeiro –ao considerar que os inmobles eran de valor equivalente–, que valor debería tomarse para efectuar a liquidación, o de adquisición ou o valor referenciado segundo o catastro?

A DXT, en resposta a esta consulta, despois de reproducir o criterio do TS sobre o cumprimento dos requisitos de indivisibilidade, equivalencia e proporcionalidade na disolución simultánea de varias comunidades –o que dará lugar á tributación polo IAXD e non polo ITP–, engade que:

“a base imponible será o valor declarado do documento notarial que, se se determinase en función do valor de bens inmobles, non poderá ser inferior ao valor de referencia previsto na normativa reguladora do catastro inmobiliario. Se conforme os ditos valores se producise un exceso de adxudicación, se este non fose obxecto de compensación, deberá tributar como doazón conforme o imposto sobre sucesións e doazóns, sen prexuízo de que os interesados, de non estaren conformes co valor de referencia, soliciten a rectificación da autoliquidación nos termos expostos no artigo 10 do texto refundido”.

Un apuntamento a este criterio é que ese exceso de adxudicación non poderá tributar como doazón, segundo o resolto polo TS na STS do 12 de xullo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3083), como se recordará máis adiante.

regap



COMENTARIOS

3.3 Extinción parcial do condominio

3.3.1 Extinción parcial obxectiva

- **Varios condominios, extinción dun deles.** STS do 17 de decembro de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4367).

Esta sentenza analiza un suposto de feito en que dous irmáns adquiriran por herdanza varios bens indivisibles e un deses bens foi adxudicado a un deles, que compensou o outro en metálico, permanecendo na comunidade o resto de inmobles en proindivisión dos dous irmáns. O TS considera que este suposto pode ser incardinado na previsión da “*adxudicación a un*” contida no artigo 1062 CC, e que o negocio xurídico realizado non é meramente translativo de dominio, senón extintivo dunha situación de condominio, concorrendo a excepción recollida no artigo 7.2.B) TRLITPeAXD, pois existe a adxudicación a un comuneiro con finalidade extintiva do condominio.

O TS sostén que o caso analizado na sentenza do 17 de decembro de 2020 é diferente ao resolto na STS do 26 de xuño de 2019, que se refire a un suposto de extinción parcial subxectiva de condominio en que catro copropietarios sobre un ben proindiviso se ven reducidos a dous, manténdose a copropiedade sobre o ben indiviso. Na sentenza do 17 de decembro de 2020 ofrécese unha xustificación á tributación polo ITP dos supostos de extinción parcial subxectiva, ao dicir, en relación co caso analizado na do 26 de xuño de 2019, que, *“polo tanto, non se produce a “adxudicación a un” que é a previsión contida no artigo 1062.1 do Código civil e á que se remite o citado artigo 7.2 B do Real decreto lexislativo 1/1993, do 24 de setembro, nin existe unha adxudicación a un comuneiro con finalidade extintiva do condominio: o negocio xurídico realizado é meramente translativo do dominio”*.

3.3.2 Extinción parcial subxectiva

A resposta é diferente no caso de extinción parcial subxectiva. Non é o mesmo que se reduza o número de inmobles e se extinga a comunidade que recaia sobre algún deles que que se reduza o número de comuneiros pero mantendo unha situación de comunidade. O que entende o TS é que nestes casos o comuneiro que sae da comunidade está a vender a súa cota aos demais comuneiros, que pasan a ter unha participación superior sobre o ben en común.

A isto podería engadirse que, se nos demais casos entendemos que non existe unha transmisión patrimonial (sempre e cando exista un equilibrio entre as compensacións e as adxudicacións), é porque con este negocio xurídico se pon fin a unha situación de comunidade, e isto non sucede nos casos en que a comunidade permanece, aínda que cun número inferior de copropietarios.

- **Condominio en que catro copropietarios sobre un ben proindiviso se ven reducidos a dous, manténdose a copropiedade sobre o ben indiviso. Cesión ou alleamento de cotas. Tributación ITP.**

O TS, na sentenza do 26 de xuño de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2297), fixou como doutrina de interese casacional que a cualificación tributaria neste caso é a dunha convención que supón a adxudicación a dous dos comuneiros dunha participación superior á que inicialmente tiñan na comunidade de propietarios, cunha contra-prestación onerosa, que era a correlativa obriga de asumir o pagamento da débeda garantida con hipoteca sobre o ben. E que se trata dun feito imponible suxeito á modalidade de TPO do artigo 7.2.B) do ITP-AXD, exceso de adxudicación declarado, que non pode acollerse á previsión contida no artigo 1062, en relación co artigo 406, ambos os dous do CC, polo que non concorre a exoneración de tributación polo feito imponible TPO, recollida no artigo 7.2.B), parágrafo primeiro, do TRITPAXD.

Esta sentenza remítese, pola súa vez, ao xa resolto na sentenza do 12 de decembro de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8729), negando que nestes casos poidamos falar de división da cousa común con exceso de adxudicación non suxeito.

“Desde logo que nesta conclusión non é irrelevante, como un elemento interpretativo, o alcance da expresión “adxudicarse a un” que utilizan o art. 1062 do CC, e en parecidos termos o art. 1056, parágrafo segundo, do CC, ao que se refire o art. 7.2.B do TRITPAXD, que resultarían aplicables á división entre partícipes de comunidade de bens por remisión do art. 406 do CC. Pero, ademais do elemento de interpretación gramatical, o realmente relevante é que no negocio xurídico examinado non existe, en absoluto, o exercicio dunha facultade de división da cousa común, na cal se especifiquen os dereitos que lle correspondían ao comuneiro que transmite a súa participación, recibindo este unha parte equivalente substitutiva da súa cota ideal. Tampouco existe unha adxudicación a un comuneiro con finalidade extintiva do condominio. O negocio xurídico realizado é estritamente translativo do dominio, e non extintivo dunha situación de condominio. Coa transmisión, ou por dicilo coa expresión legal, o exceso adxudicado a outro ou outros comuneiros, cando a comunidade se mantén, aínda que con menor número de membros, non se exercita un suposto dereito de “saída” da comunidade polo condómino que transmite a súa participación. Os condóminos que transmiten a súa participación indivisa na cousa común exercitan estritamente o seu dereito de disposición sobre a cota, ideal que lles corresponde, dereito que inclúe, entre outras facultades, a do seu alleamento, xa sexa a favor de terceiros –coa posibilidade de retracto legal polos demais comuneiros (art. 1522 do CC)– ou a favor de todos ou calquera dos comuneiros”.

O criterio que se recolle nas dúas sentenzas mantívoo o TS en sentenzas posteriores, citando entre as últimas a do 19 de decembro de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4894). Nela resólvese o caso dunha comunidade formada por catro persoas que pasou a unha situación de só dous condóminos porque dous deles lles cederon o seu terzo de propiedade aos outros dous, pasando estes a obter a metade indivisa, cada un sobre o ben, e compensando economicamente os primeiros.

Se atendemos exclusivamente á tese finalista na análise da verdadeira natureza xurídica das operacións levadas a cabo polos comuneiros, podemos compartir co TS que o condominio permanece e, polo tanto, con tales operacións non se persegue o exercicio dunha facultade de división da cousa común, ou de extinción da comunidade, senón de cesión de cotas entre comuneiros en virtude da facultade de disposición da súa cota que lles confire o artigo 399 CC, e onde os comuneiros que permanecen na comunidade aumentan a súa participación.

Pero, se a análise se fai desde outras perspectivas, a solución final pode variar. Isto acontece se entendemos que a saída dun comuneiro representa o exercicio dun dereito que lle confire a propia lei, pois existe unha previsión legal (art. 400 CC) segundo a cal ningún copropietario estará obrigado a permanecer na comunidade, e cada un deles poderá pedir en calquera tempo que se divida a cousa común. É verdade que, conforme o disposto no artigo 1062 CC, cando unha cousa sexa indivisible ou desmereza moito pola súa división, poderá adxudicárselle a un, coa condición de aboar aos outros o exceso en diñeiro. Pero nas comunidades de bens non todos os comuneiros, polas razóns que sexan, estarán dispostos a aceptar esa forma de

Regap



COMENTARIOS

disolver a comunidade, e si en cambio a compensar o comuneiro que sae co valor da súa participación, mantendo a comunidade entre os demais, sen correr o risco de que o comuneiro que queira saír dela exercite a acción de división e se proceda á venda do inmovible en poxa pública, con admisión de licitadores estraños. Desde esta perspectiva, poderíase defender que nestes casos non se produce unha verdadeira transmisión ou unha cesión de cotas, sempre e cando a compensación que reciban non vaia máis alá do equivalente ás cotas ideais que tiñan sobre o ben ou os bens. Desde esta perspectiva, ningún dos comuneiros tería obtido un beneficio ou unha ganancia patrimonial, e o que se tería producido sería a especificación dun dereito preexistente. Cuestión distinta é que os comuneiros reciban unha compensación superior á que lles corresponde.

Nos supostos en que o condominio permanece, se ben reducido no número dos copropietarios orixinarios, e onde o incremento da participación dos que quedan na comunidade se corresponde coa adxudicación da parte correspondente dos comuneiros que deixan de pertencer á comunidade²⁰), a DXRN (Resolución do 19 de xullo de 2018) entende que non se altera a natureza do negocio xurídico –que é meramente particional–, converténdose nun acto de alleamento, xa que asistimos ao nacemento dunha nova comunidade sobre os bens adxudicados. Nunha disolución deste tipo prodúcese unha extinción da comunidade orixinaria e ao mesmo tempo, se se adxudican os bens ao grupo dos antigos comuneiros, prodúcese “*unha nova situación de comunidade sobre obxecto distinto ou unha simple redución do número de comuneiros iniciais*”. Na mesma resolución, a DXRN di que nestes casos non existe un acto de alleamento, senón dun negocio de natureza especificativa.

A postura da DXRN exprésase en resolucións como as do 4 de abril de 2016 e 2 de novembro de 2018, e outras máis recentes como a do 21 de febreiro de 2023 (BOE 63, do 15 de marzo de 2023). E é a seguinte:

«Á vista desta doutrina, se o acto non produce a diminución de membros da comunidade, senón simplemente a alteración das súas cotas, non caberá cualificalo de acto de disolución, porque non existirán elementos suficientes para distinguilo da simple transmisión de cotas. Non obstante, todo acto, aínda que non implique redución dos membros da comunidade, por propia natureza, pode entenderse encamiñado ao cesamento final da situación de comunidade e, aínda que non se logre o dito efecto totalmente, se o acto tende naturalmente a ese resultado, poderá ser cualificado de disolución.

Así pois, entre os supostos de disolución, podemos considerar como exemplos os seguintes:

- a) Nunha comunidade que comprende varios bens, os partícipes adxudican un ou varios bens a algún deles, en propiedade exclusiva, en pagamento dos seus dereitos na comunidade, subsistindo a comunidade entre os restantes partícipes non adxudicatarios sobre o resto dos bens non adxudicados, con reaxuste das cotas entre estes*

²⁰ Suposto considerado na STS do 26 de novembro de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4167).

últimos. Sería un caso similar ao que no ámbito da partición hereditaria recolle o artigo 8o.1.c do regulamento hipotecario;

- b) Nunha comunidade de bens integrada por varios inmoables, fórmanse lotes que se adxudican a grupos de partícipes diferenciados, recibindo os ditos grupos de adxudicatarios os lotes en comunidade proindiviso;*
- c) Nunha comunidade sobre un ben indivisible, material ou economicamente, os copropietarios acordan adxudicalo en proindiviso a varios deles, que compensan en metálico os non adxudicatarios, e*
- d) Nunha comunidade sobre un só ben, os titulares dalgunhas das cotas, pero non de todas, entre eles adxudícanse as cotas de que son titulares, recibíndoas un ou varios deles que compensan en metálico os demais».*

A cualificación dos casos de extinción parcial subxectiva por saída de comuneiros que se ven compensados polos demais segundo o valor das súas cotas, como un acto de natureza especificativa, é a que manteñen os maxistrados do TS que emitiron os votos particulares en sentenzas como as do 26 de xuño de 2019 e 19 de decembro de 2022. Na STS do 26 de novembro de 2020, os votos particulares aliñáronse co voto particular emitido por un dos maxistrados que formaban parte da sala que ditou a sentenza impugnada, sentenza do TSX de Madrid, sección cuarta, do 8 de novembro de 2017 (ECLI:ES:TSXM:2017:12262).

Os notarios Antonio Botía e Ana Botía²¹ consideran que, en caso de discrepancia, debe prevalecer a opinión da DXRN sobre a DXT. Aínda que seguidamente recoñecen que a DXRN se non manifesta de forma clara acerca da natureza xurídica da comunidade, consideran que, cando un comuneiro ou comuneiros sae da comunidade, permanecendo esta cos demais, nos atopamos ante unha verdadeira extinción do condominio e polo tanto non podería tributar polo ITP, pois a saída dun comuneiro que é compensado pola cota que antes tiña nela trátase dun negocio que constitúe un paso máis para conseguir a extinción total do condominio. Esta tese viría avalada pola DXRN, segundo a cal, nos supostos de disolucións de condominio, redución de comuneiros, disolucións parciais de comunidade, estamos ante un negocio especificativo ou dispositivo en función da súa causa e obxecto (e non das persoas), e entón terá natureza especificativa se o que se consegue é reducir a comunidade sobre o ben que constitúe o seu obxecto.

Mesmo, os notarios Antonio e Ana Botía, no caso do artigo 1062.2 CC –que permite vender un inmoable indivisible e repartir o diñeiro se non hai acordo sobre como adxudicalo–, consideran que se trataría dun negocio cunha dobre causa: na relación entre vendedor e comprador a causa sería a transmisión do dominio a favor deste. E na relación entre os vendedores habería outra causa, que sería por fin á comunidade. E ao seu xuízo debe prevalecer a causa particional sobre a translativa, xa que é a necesidade de disolver o condominio o que motiva a venda e non ao revés.

²¹ “Disolución del condominio y Fiscalidad” Admin, 20/02/2019 notariosyregistradores.com.

Agora ben, todas estas afirmacións fanse en consideración aos posibles efectos civís que poidan producir tales situacións, como o é para os efectos de comprobar o cumprimento dos requisitos de capacidade, ou para comprobar se é necesaria a autorización xudicial do artigo 166 CC se hai menores.

Pola súa parte, o notario J.M. Juárez²², no caso da segregación dun inmovble en dous, con adxudicación dunha parte a tres comuneiros e outra parte a outros dous comuneiros en proporción á súa cota de participación na comunidade, considera que este negocio xurídico, *desde o punto de vista civil*, se trata dunha extinción do condominio, dunha disolución da comunidade, orixinando novas comunidades, en contra da postura manifestada pola DXT na consulta V1918-2022, do 8 de setembro, segundo a cal o que existe aquí é unha permuta de cotas.

Os casos de extinción parcial subxectiva por saída de varios comuneiros que se ven compensados polos demais segundo o valor das súas cotas, J.M. Juárez considéraos como “*auténticas extincións parciais subxectivas de condominio*” e, polo tanto, como actos declarativos, determinativos, e especificativos, que só poden incidir no AXD se se formalizan en escritura pública e cumpren os restantes elementos conformadores da suxeición pola devandita modalidade. Xunto a estas auténticas extincións de condominio, segundo J.M. Juárez, estarían os supostos de falsa extinción parcial subxectiva de condominio: cando o acordo de disolución non o tomaron todos os copropietarios, senón só algúns, transmitindo as cotas entre eles, porque entón aquí o que existiría en realidade é unha venda por prezo en diñeiro da cota indivisa. Este tamén sería o caso contemplado na STS do 19 de decembro de 2022, ou nas STS do 16 de outubro de 2019 e 17 de decembro de 2020.

Considera J.M. Juárez²³ que na extinción parcial subxectiva tamén existe unha auténtica disolución parcial de comunidade, sempre que concorran os seguintes requisitos: primeiro, que ao comuneiro que abandona a comunidade e en pagamento da súa cota se lle adxudican bens da comunidade equivalentes ao seu haber teórico nela; e, segundo, que os comuneiros que permanecen na comunidade sigan nela, mantendo a súa cota respecto dos bens adxudicados ao comuneiro saínte acrecentada en proporción a esta coa pro rata proporcional do comuneiro saínte.

3.4 Tributación dos excesos de adxudicación. ITP, non ISD

A STS do 12 de xullo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3083) resolveu esta cuestión, explicando que aos excesos de adxudicación en casos de división da cousa común é aplicable o TRLITPeAXD e o seu regulamento, o cal descarta a caracterización do exceso de adxudicación como doazón, así como o seu gravame en tal concepto, ao faltar, entre outros requisitos, o *animus donandi*. E é que os excesos de adxudicación están especificamente regulados con carácter xeral, isto é, á marxe de que proveñan dunha disolución matrimonial ou doutras causas de división da cousa común, no

²² J.M. Juárez, informe fiscal de febreiro de 2022. *Defensa de las extinciones parciales subjetivas de condominio*. 28 de febreiro de 2023.

²³ Admin, 23/01/2017. A tributación no ITP e AXD das disolucións da comunidade.

artigo 7.2.B) do TRLITPeAXD, excluíndoos polo tanto do ámbito obxectivo do imposto sobre doazóns (ISD).

4 Cuestións conflitivas no IAXD

4.1 Normativa

TRLITPeAXD e o seu regulamento, Real decreto 828/1995.

- O artigo 4 do TRLITPeAXD establece que:

“A unha soa convención non pode exixírselle máis que o pagamento dun só dereito, pero, cando un mesmo documento ou contrato comprenda varias convencións suxeitas ao imposto separadamente, exixírase o dereito sinalado a cada unha daquelas, salvo nos casos en que se determine expresamente outra cousa”.

- O artigo 27 do TRLITPeAXD, ao regular o feito imponible deste imposto (art. 67 do regulamento), suxeita a gravame os documentos notariais.

- O artigo 30.1, ao regular a base imponible (art. 69.1 do regulamento), establece, no que aquí interesa, que:

“Nas primeiras copias de escrituras públicas que teñan por obxecto directo cantidade ou cosa valuable servirá de base o valor declarado, sen prexuízo da comprobación administrativa (...)”

Cando a base imponible se determine en función do valor de bens inmobles, o valor destes non poderá ser inferior ao determinado de acordo co disposto no artigo 10 deste texto refundido (cuxo apartado 2 dispón que: No caso dos bens inmobles, o seu valor será o valor de referencia previsto na normativa reguladora do catastro inmobiliario, na data de devindicación do imposto”...).

- O artigo 31.2, ao regular a cota tributaria (arts. 71 e 72 do regulamento), establece o seguinte:

“As primeiras copias de escrituras e actas notariais, cando teñan por obxecto cantidade ou cousa valuable, conteñan actos ou contratos inscrites nos rexistros da propiedade, mercantil, da propiedade industrial e de bens mobles non suxeitos ao imposto sobre sucesións e doazóns ou aos conceptos comprendidos nos números 1 e 2 do artigo 1 desta lei, tributarán, ademais, ao tipo de gravame que, conforme o previsto na Lei 21/2001, do 27 de decembro, pola que se regulan as medidas fiscais e administrativas do novo sistema de financiamento das comunidades autónomas de réxime común e cidades con estatuto de autonomía, fose aprobado pola comunidade autónoma.

regap



COMENTARIOS

Se a comunidade autónoma non tivese aprobado o tipo a que se refire o parágrafo anterior, aplicarase o 0,50 por 100 en canto a tales actos ou contratos”.

- O artigo 61 do regulamento (Disolución de comunidades de bens) dispón que:

- “1. A disolución de comunidades que resulten gravadas na súa constitución considerárase, para os efectos do imposto, como disolución de sociedades, xirándose a liquidación polo importe dos bens, dereitos ou porcións adxudicadas a cada comuneiro.*
- 2. A disolución de comunidades de bens que non realizasen actividades empresariais, sempre que as adxudicacións garden a debida proporción coas cotas de titularidade, só tributarán, se é o caso, por actos xurídicos documentados”.*

4.2 Supostos obxecto de conflito

- Vulneración da prohibición de dobre imposición? O artigo 7.2 B) recolle un suposto de suxeición, pero de exención do ITP, que impediría a tributación polo IAXD?

A sentenza do 13 de xullo de 2017 do TSX de Andalucía, con sede en Sevilla, interpretando a STS do 28 de xuño de 1999, sostivo a seguinte tese:

“(…) a súa doutrina ten un carácter eminentemente civil, pero non obstante fundamenta a inexistencia de transmisión no dereito abstracto preexistente dos condóminos e afirma que polo tanto non se producen efectos civís nin fiscais. Porén, na orde tributaria, a interpretación que debe facerse da sentenza non é a de que non existise transmisión, senón que esta non pode ter efectos fiscais, pois a excepción do 7.2.B do R.D.Lex. 1/1993 ha de interpretarse non como un suposto de non suxeición, senón de suxeición na cal concorre exención, polo que non pode gravarse como acto xurídico documentado. Conforme a doutrina exposta, debe confirmarse a resolución impugnada e coincidir con esta en que a operación realizada debe incluírse no concepto de exención, xa que a adxudicación non produce efectos civís, nin tributarios, polo que non debe tributar polo concepto de ITPAXD, so pena de infrinxir o principio de prohibición de dobre imposición do art. 31.2. do R.D.Lex.1/1993”.

Non obstante, este criterio non foi avalado polo TS, que xa desde a sentenza do 14 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:960), á que lle seguiron outras moitas²⁴, considera que, se non estamos, como é o caso, ante unha transmisión onerosa “*inter vivos*”, non resulta aplicable o citado precepto en ningún dos seus apartados, dado

²⁴ Citando como exemplo as do 26 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1058), 9 de xullo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2490), 16 de outubro de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:9603271), 27 de xaneiro de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:137) e (ECLI:ES:TS:2020:135), 30 de xaneiro de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:227) e 18 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1291).

que non ten acomodo en ningún dos supostos definidos no apartado 1 do artigo 7, particularmente a súa letra A), nin tampouco ante ningún dos previstos no apartado 2 do mesmo precepto, en particular na súa letra B), posto que *non se produciu ningún exceso de adxudicación (nin suxeito nin non suxeito)*. Non se tributará, polo tanto, pola modalidade de TPO. Si se tributará pola modalidade de AXD

– **Tributación pola cota fixa e pola cota gradual.**

O TS, nas sentenzas citadas no anterior apartado, sostén que a tributación polo IAXD o é non só pola cota fixa (art. 31.1 TRLITPeAXD), senón tamén pola cota gradual, posto que concorren todos os requisitos previstos no artigo 31.2: achámonos ante i) a primeira copia dunha escritura pública; ii) que ten por obxecto cantidade ou cousa valuable; iii) que contén acto ou contrato inscribible no Rexistro da Propiedade; e iv) que non está suxeito ao imposto sobre sucesións e doazóns, nin á modalidade de transmisións patrimoniais onerosas, nin á modalidade de operacións societarias do propio ITPeAXD.

– **Cando se outorga unha escritura pública de declaración de obra nova, división horizontal e atribución de bens aos condóminos. Unha soa convención.**

Conforme o disposto no artigo 4 do TRLITPeAXD, a unha soa convención non pode exixírselle máis que o pagamento dun só dereito. Pero, cando un mesmo documento ou contrato comprenda varias convencións suxeitas ao imposto separadamente, exixírase o dereito sinalado a cada unha daquelas, salvo nos casos en que se determine expresamente outra cousa.

Cando nunha mesma escritura pública se formaliza a declaración de obra nova, a división horizontal e a atribución de bens aos condóminos, ou estas dúas últimas operacións, débense xirar dúas liquidacións, gravando por un lado a declaración de obra nova e, por outro lado, a división horizontal con adxudicación de inmoables? Ou a división horizontal por un lado e a adxudicación do ben por outro? A resposta ha de ser negativa, pois o acto de declaración de obra nova e de división horizontal, ou só este se é o único que antecede ao de adxudicación dos bens, considéranse como antecedente inescusable da división material da cousa común, de modo que nestes casos só se produce unha convención.

O TS, na STS do 12 de novembro de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:6670), en liña co resolto na sentenza anterior do 4 de abril de 1977, deixou clara a seguinte distinción: cando a división horizontal se trata dunha escritura autónoma, caso en que está suxeita ao IAXD, ou cando a división horizontal vai seguida, sen solución de continuidade, pola adxudicación dos diferentes bens de xeito individualizado aos membros da comunidade de propietarios titular proindiviso do edificio, pois esta operación non é máis que un antecedente inescusable da división material da cousa común, e polo tanto, ao existir unha soa convención, só se poderá practicar unha liquidación:

“(…) a división horizontal non entraña desaparición da situación de comunidade precedente e mesmo –engadimos nós– se produce habitualmente por parte das empresas promotoras e construtoras sen que exista ningún condominio, como preparación, mediante o documento público e a inscrición rexistral, do posterior

regap



COMENTARIOS

alleamento das vivendas e locais do edificio e en tales casos, é dicir, cando se trata dunha escritura autónoma, está suxeita ao imposto de actos xurídicos documentados, pero cando a división horizontal vai seguida, sen solución de continuidade, pola adxudicación dos diferentes pisos e locais de xeito individualizado aos membros da comunidade de propietarios titular proindiviso do edificio, non é máis que un antecedente inescusable da división material da cousa común, integrándose na figura que a lei invocada asimila á disolución de sociedade.

En efecto, se resulta posible outorgar unha escritura de división horizontal sen que se altere a titularidade común ou exclusiva do inmovible, non o é practicar a división material do edificio e adxudicarlles os pisos e locais aos comuneiros sen ter realizado antes a división horizontal destes e cando esta se produce no mesmo acto da disolución da sociedade á que legalmente se equipara a disolución do condominio, non pode gravarse polos dous conceptos”.

O TEAC asumiu este criterio en resolucións como a do 11 de xullo de 2019 (XT 2019\912). Xa o viña facendo en resolucións anteriores, como a do 21 de xullo de 1999 (XT 1999\1931).

O TS, na sentenza do 18/10/2023 (ECLI:ES:TS:2023:4278), apreciou a división horizontal como antecedente inescusable da división material da cousa común, razoando que:

“Nos supostos en que nun mesmo documento notarial se formaliza a división en réxime de propiedade horizontal e a extinción do condominio preexistente con adxudicación aos comuneiros da súa porción, para os efectos do imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados, modalidade de actos xurídicos documentados, só procede que se liquide pola extinción do condominio ao ser a división horizontal unha operación antecedente e imprescindible da división material da cousa común”.

A DXT veu mantendo a postura de que existen dúas convencións: entre outras, consulta vinculante V2185/21, do 30 de xullo (XT 2021\1048); e outras anteriores como a V3313/15, do 27 de outubro (XUR 2016\16626). Aínda que a DXT non sempre se pronunciou deste xeito, pois en consultas máis antigas, como a V1446/2001, do 11 de xullo, acolleuse ao criterio do TS fixado na sentenza do 12 de novembro de 1998. E acabou concluíndo que *“se efectivamente a división da propiedade horizontal e a adxudicación dos pisos e locais aos comuneiros se realizou, sen solución de continuidade, nun só acto xurídico, resulta posible emitir unha soa liquidación polo gravame de actos xurídicos documentados”.*

- **Cando se outorga unha escritura pública de segregación e de disolución da comunidade de bens. Unha soa convención.**

O propio TEAC, na Resolución do 11 de xullo de 2019 (XT 2019\912), considera aplicable a doutrina sentada polo TS na sentenza do 12 de novembro de 1998 aos casos en que nunha mesma escritura pública se documenta unha segregación e

unha extinción de proindiviso do inmovible segregado, cuxos novos inmobles independentes se adxudican no mesmo acto xunto ao inmovible resto matriz aos copartícipes, pero cunha condición, e é que nese caso o TEAC entendeu que a segregación do inmovible finalmente adxudicado a unha das entidades era requisito inescusable para, mediante a súa adxudicación en pleno dominio, extinguir a comunidade, pero non o era en cambio o acto de creación por segregación dos outros dous inmobles adxudicados á outra entidade, que debía considerarse como un acto conveniente ou necesario para outros fins, pero non inescusable para a extinción do proindiviso, xa que bastaría ter segregado un inmovible e adxudicarlle ese inmovible a un titular e o resto do inmovible matriz ao outro titular. Por iso, a segregación deses dous inmovibles debía tributar por AXD.

O TS, na sentenza do 23/09/2024 (ECLI:ES:TS:2024:4704), sentou a seguinte doutrina: *“No caso de que nunha escritura pública se formalice tanto a disolución e extinción dunha comunidade de bens dedicada a unha actividade empresarial como a segregación e adxudicación dos bens que a conforman, debe apreciarse a existencia dunha única convención para os efectos do seu gravame e, polo tanto, debe tributarse só polo imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados na modalidade de operacións societarias”*. E esta doutrina foi reiterada na posterior do 18/11/2024 (ECLI:ES:TS:2024:5625).

- **Aplicación da doutrina da STS do 12 de novembro de 1998 aos casos en que se outorgan escrituras sucesivas.**

Para aplicar a citada doutrina e evitar a consideración de dúas convencións, e polo tanto de dous feitos impositivos, non é necesario que a segregación e adxudicación, ou a división da propiedade horizontal e a extinción da comunidade, se realicen nunha soa escritura, senón que pode aplicarse cando eses negocios xurídicos se plasman en escrituras independentes pero sucesivas. A sentenza ditada polo TSX de Galicia o 20 de decembro de 2017 (ECLI:ES:TSXGAL:2017:8516) sostén que *“no que aquí nos interesa, se consideramos que a operación instrumentalizada, de efectuarse nun único documento, sería obxecto dun só tributo por aplicación da sentenza do 12 de novembro de 1998, non hai razón consistente para concluír que a mera documentación en dúas escrituras sucesivas xere a devindicación de dous impostos”*.

- **Cando se outorga unha escritura pública de liquidación da sociedade de gananciais e de disolución da comunidade de bens existente sobre un inmovible indivisible. Unha soa convención.**

Así o di o TS na sentenza do 9 de outubro de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3634):

“(…) nos supostos en que nun mesmo acto se formalice a disolución dunha comunidade de bens ou ganancial e a extinción do condominio preexistente sobre un inmovible, con adxudicación a un comuneiño, só procede que se liquide polo gravame de actos xurídicos documentados a extinción do condominio, sen poder facelo pola disolución dos gananciais, ao tratarse esta última dunha operación antecedente e imprescindible da división material da cousa común; de forma que só caberá unha

regap



COMENTARIOS

liquidación única pola modalidade gradual de actos xurídicos documentados polo concepto de extinción do condominio, e non pola división horizontal”.

- **Cando se outorga unha escritura pública de disolución dunha comunidade de bens dedicada a unha actividade empresarial, e a segregación e adxudicación de bens que a conforman.**

Nestes casos, o TS tamén entende que hai unha soa convención. Na sentenza do 23/09/2024 (ECLI:ES:TS:2024:4704) senta o seguinte criterio: *“No caso de que nunha escritura pública se formalice tanto a disolución e extinción dunha comunidade de bens dedicada a unha actividade empresarial como a segregación e adxudicación dos bens que a conforman, debe apreciarse a existencia dunha única convención para os efectos do seu gravame e, polo tanto, debe tributarse só polo imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados na modalidade de operacións societarias”*, doutrina seguida noutras sentenzas posteriores, como as do 26/09/2024 (ECLI:ES:TS:2024:4701 e ECLI:ES:TS:2024:4699).

- **A base imponible non se pode calcular sobre o valor da totalidade do inmovble, senón sobre o da parte que se adquire ex novo.**

O TS, en sentenzas do 9 de outubro de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3634) e 20 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:966), sinalou que:

“a extinción do condominio como consecuencia da disolución da sociedade de ganancias, con adxudicación a un dos cónxuxes comuneiros dun ben indivisible física ou xuridicamente, cando previamente xa posuía un dereito sobre aquel derivado da existencia da comunidade en que participaba, pode ser obxecto de gravame baixo a modalidade de actos xurídicos documentados, cando se documenta baixo a forma de escritura notarial, sendo a súa base imponible a parte no valor do referido inmovble correspondente ao comuneiro cuxa participación desaparece en virtude de tal operación e, neste asunto, do 50 por 100 do valor do ben, como declarou o TEAR da Comunidade Valenciana, en criterio ratificado pola sala de instancia”.

Na primeira delas, pronunciábase sobre a conformidade a dereito dunha liquidación en concepto de IAXD con motivo dunha escritura de liquidación de ganancias e da extinción da comunidade de bens existente sobre unha vivenda que pertencía con carácter común a un matrimonio, sendo os dous cónxuxes donos cada un da metade indivisa, declarando que:

“a convención por virtude da cal un cónxuxe adquire a súa metade indivisa –e indivisible–, da que xa posuía a outra metade indivisa por razón da comunidade que se extingue, compensando na súa estrita parte o outro no valor de tal metade, non constitúe un exceso de adxudicación e, xa que logo, unha transmisión patrimonial en sentido propio, susceptible de gravame baixo a modalidade do ITP”.

Partindo deste criterio, o TS, en sentenzas posteriores, como as do 18 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1291), 3 de xuño de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1343), 30 de xaneiro de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:227), 27 de xaneiro de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:135), 24 de

xaneiro de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:13), 16 de outubro de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3271) e 9 de xullo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2490), entre outras, sostén que:

“Iso permite inferir racionalmente, con toda lóxica, que o valor do que se documenta nunha convención desta clase non pode equivaler ao da totalidade do ben, inmovible neste caso, que é obxecto de división, senón só o da parte que se adquire ex novo e sobre o que estritamente recae a escritura pública”.

- **Pode gravar o IAXD unha resolución xudicial, inscristible no rexistro da propiedade, que resolve sobre a división dunha cousa común?**

Esta cuestión quedou sen xulgar na STS do 7 de outubro de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3298). No Auto do 7 de outubro de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3298), o TS admitiu un recurso de casación considerando como cuestión que presentaba interese casacional obxectivo para a formación da xurisprudencia a seguinte:

“Precisar se a división dunha cousa común efectuada por poxa xudicial voluntaria e documentada nunha resolución xudicial legalmente inscristible no rexistro da propiedade pode ser gravada pola modalidade de actos xurídicos documentados (documentos notariais) do imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados, malia que o referido documento non reviste carácter de escritura nin outro documento notarial”.

O Auto do 7 de outubro de 2020 xustificaba a admisión do recurso en que a Sección Segunda da Sala do Contencioso-Administrativo do TS ditara diversas sentenzas referidas ao gravame de extinción do condominio pola modalidade de AXD (documentos notariais), como a do 14 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:960), pero que estas resolucións se refiren á documentación en escritura pública notarial da disolución da cousa común, sen que se resolverse sobre o gravame polo citado tributo en función da clase de documento, isto é, da extinción do condominio efectuada por virtude de poxa xudicial voluntaria e documentada nun título xudicial.

Non obstante, como adiantei, a cuestión quedou sen xulgar, pois a STS do 7 de outubro de 2020 apreciou unha discordancia entre a cuestión de interese casacional delimitada no auto de admisión e o presuposto fáctico a axuizar:

“Neste caso, pronunciarnos sobre unha hipotética suxeición ao gravame dunha resolución xudicial, cando ningunha referencia a ela se fai en sentenza, senón que se fala expresamente de escritura pública de división, cando aínda entendésemos que realmente se está referindo ao decreto da secretaria xudicial, e chegásemos á conclusión de que non está suxeito este ao gravame de actos xurídicos documentados, a dita declaración non podería dar lugar a acoller, ao final e como xuíces de instancia, a nulidade da resolución do TEAR nesta cuestión, xa que, como se dixo, a reclamación e a resolución do TEAR resultan estrañas a este gravame e, por conseguinte, á devolución da suma aboada por actos xurídicos documentados, ao parecer, solicitada no seu día pola recorrente e de forma paralela ao procedemento de comprobación obxecto destes autos. Impugnouse unha liquidación por

regap



COMENTARIOS

transmisións patrimoniais por un posible exceso de adxudicación, á marxe de todo punto á procedencia ou non do gravame por actos xurídicos documentados e, se é o caso, ao dereito á devolución a favor da parte recorrente”.

Simplemente debemos engadir que o recurso de casación se interpuña contra a sentenza ditada polo TSX de Murcia con data do 29 de novembro de 2018 (ECLI:ES:TSXMU:2018:2332), nun recurso en que, ante a dificultade de realizar lotes dos bens que integraban unha comunidade, os comuneiros optaron por levar a cabo unha poxa xudicial voluntaria para facer a repartición de acordo cos prezos de mercado, poxa na cal un dos comuneiros adxudicou para si todos os bens, pagándolles aos demais a súa participación (os bens pertencíanlles proindiviso a partes iguais) en metálico, de conformidade cos artigos 404 e 1062 CC.

Esta sentenza finalizaba dicindo no FD 3.^o que:

“A outra conclusión chega non obstante a sala ao entender que a escritura de división debe tributar por imposto sobre actos xurídicos documentados, como o propio actor entendeu ao presentar a súa autoliquidación, aínda que agora diga o contrario e solicite a devolución de ingresos indebidos. Ao contrario do que di na demanda, é evidente que se dan os requisitos para que se produza a devindicación e o feito imponible deste imposto. Ademais do outorgamento dunha escritura pública, é evite que esta ten contido valuable e acceso ao Rexistro da Propiedade conforme o disposto no art. 61 do Regulamento do imposto de transmisións patrimoniais e 30 e seguintes LITP”.

– Valor de referencia no IAXD.

A DXT, na consulta V2496-23, do 18 de setembro, analiza un caso de extinción dun condominio formado por 27 propietarios, que recae sobre unha vivenda. A extinción de condominio fíxose mediante adxudicación a un copropietario (5%) que compensa os demais. Adquire o 95%. Características do inmovble: ano de construción, 1976; en mal estado, require dunha reforma integral para poder habitalo. Valor pactado: 45.000 €, valor de referencia: 90.468,85 €.

A DXT responde do seguinte xeito:

“Vaise disolver a comunidade de bens que existe sobre un inmovble e váiselle adxudicar o inmovble ao consultante, que vai compensar con diñeiro o resto dos comuneiros. A operación quedará suxeita á modalidade de actos xurídicos documentados, cuxa base imponible, con independencia da valoración que desen os comuneiros, se deberá determinar segundo o establecido no artigo 30 do TRLITPAXD e conforme o artigo 10 deste pola parte que o consultante adquire, o 95 por 100 do inmovble; é dicir, deberá constar como base imponible o 95 por 100 do valor de referencia e liquidar por ese valor; posteriormente, se o consultante considera que a determinación do valor de referencia prexudicou os seus intereses lexítimos, poderá impugnar a autoliquidación e solicitar a súa rectificación nos termos establecidos no artigo 10 do TRLITPAXD”.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 68, julio-diciembre 2024 | pp. 187-215
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v68i1.5283>
© **Francisco De Cominges Cáceres**
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 27/03/2025 | Aceptado: 27/03/2025

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence

⁶⁸Regap

regap



COMENTARIOS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES
Maxistrado (Galicia, España)
f.cominges@poderjudicial.es

1 Administración local

1.1 Pleno organizativo tras as eleccións municipais. Á falta de acordo, o alcalde pode prorrogar as dedicacións exclusivas e retribucións da corporación anterior

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG), na súa sentenza do 19 de febreiro de 2025 (rec. 216/2024, relator: Sánchez Romero), ratifica o criterio do xulgado de instancia, conforme o cal, se tras as

eleccións municipais o pleno da nova corporación non é capaz de alcanzar un acordo sobre o número de dedicacións exclusivas e as retribucións do novo equipo de goberno, o alcalde pode prorrogar as da corporación anterior. A sentenza conclúe que:

<<(…) del tenor literal de las normas invocadas no resulta la necesidad u obligatoriedad de que en la sesión plenaria a que se refiere el artículo 38 ROF se incluya la cuestión relativa a la organización de las dedicaciones exclusivas y parciales de los miembros de la corporación, o a sus retribuciones, pues no pueden entenderse estas cuestiones en ninguno de los puntos que se señalan como obligados en el citado precepto.

Por tanto, ha de concluirse que no resulta obligado por ley que, a la constitución de la nueva Corporación, haya de modificarse el régimen de organización y retributivo existente y aprobado con anterioridad por el Pleno con la anterior Corporación (...). la única novedad que se introduce respecto a lo aprobado por el Pleno en 2019 son las concretas personas que, como nuevos miembros de la Corporación, estarían al frente de las concejalías con dedicaciones exclusivas y parcial, y siendo esa designación competencia del alcalde, como ya se ha indicado. Y constando por lo demás, como se recoge en el informe de Secretaría, que para llegar al régimen de dedicaciones y retribuciones aprobados en su momento por el Pleno, que modificó en consecuencia a su vez la base de ejecución nº 25 del presupuesto municipal denominada “retribución de los miembros corporativos”, ya se habían emitido los correspondientes informes de Secretaría e Intervención, por lo que, como se informó por Secretaría no procedía reiterarlos en relación a los decretos impugnados que no son además actos que haya de aprobar un órgano colegiado de la Corporación. (...).

Así, ante la alegación de la parte apelante de que el decreto impugnado es nulo porque el alcalde no puede fijar sus propias retribuciones, sino que de acuerdo con el artículo 123,1.n) de la LBRL, ello es competencia del Pleno, ha de reiterarse que a través de ese decreto lo que se manifiesta es ejecutar o dar cumplimiento a lo acordado por el Pleno anterior, sin que se introduzca novedad en cuanto al régimen de organización y retribuciones de los miembros de la Corporación>>.

1.2 Obriga dos concellos de máis de 20.000 habitantes de dispor do seu propio servizo de bombeiros. Lexitimación activa dun traballador municipal para exixir a implantación do servizo

A sentenza do TSXG do 29 de xaneiro de 2025 (rec. 10/2024, relator: Bolaño Piñeiro) confirma a condena ao Concello de Redondela (Pontevedra) a constituír un servizo municipal, propio, de prevención e extinción de incendios.

Conclúe en primeiro lugar que o actor posúe lexitimación activa suficiente para poder exercitar esa pretensión, xa que:

<<No se trata del ejercicio de la acción popular, que, en esta jurisdicción, está legalmente limitada a algunas materias concretas. Se trata de un empleado del Ayuntamiento de Redondela, de naturaleza laboral, que ha sido adscrito al puesto de trabajo de jefe de intervención y emergencias, que si tiene legitimación ad causam en este procedimiento. Como señala la Sentencia apelada, existe esa legitimación pues el recurrente podría obtener una ventaja si se estimase la demanda (mejora en las condiciones laborales del servicio que presta), y tiene, por tanto, interés legítimo>>.

En canto ao fondo, reproduce a motivación da sentenza apelada, nestes termos:

<< A pesar del esfuerzo probatorio de la Administración demandada que apunta que entre las formas de prestar el servicio de prevención y extinción de incendios está la suscripción de convenios y que aunque el Ayuntamiento de Redondela legalmente no está enmarcado en el Área Metropolitana de Vigo participa con dicho ayuntamiento en la extinción de incendios y que dispone de un Cuartel de Bomberos cerca de Teis municipio de Redondela. Sin embargo, no ha acreditado que esa sea la forma en que el Concello de Redondela presta el servicio de incendios, pues no ha aportado ningún documento al respecto que acredite la suscripción de convenios de cooperación para la extinción de incendios ni con Vigo, ni con ningún otro Concello. De conformidad la legislación aplicable al caso enjuiciado la Ley 7/1985 de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL) expresamente en establecer en su art. 26 .1. c) que el Municipio con población superior a 20.000 habitantes, deberá prestar el servicio de protección civil ... prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público El Concello de Redondela tiene una población notablemente superior a los 20.000 habitante (29.218 habitantes) Por ello tiene obligación de prestar los servicios públicos de prevención y extinción de incendios, y de protección civil (artículo 26.1.c/ LBRL). En el mismo sentido el artículo 27 de La Ley 5/2007 de 7 de mayo de Emergencias de Galicia ..., En consecuencia, el Concello debe cumplir con la normativa aplicable, debe crear, prestar el servicio de prevención, extinción de incendios y salvamento, y el servicio de protección civil y emergencias, y cumplir con sus compromisos en ese sentido (Compromiso de Alcaldía de 21.7.2022). En conclusión, a lo expuesto se estima en parte el recurso. En relación con el resto pretensiones deducidas en el recurso se desestiman dado que la gestión, organización de ese servicio, la provisión de los puestos de trabajo, el carácter funcional o laboral para la prestación del servicio (...) corresponde al Concello en el marco de la potestad de autoorganización de las Administraciones, en ese sentido de conformidad con la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de justicia de Galicia, sección primera de 20 de febrero de 2019,..., Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo Sentencia de 20.2.2019 (Recurso 233/2017),..., Sentencia de 28 de abril de 2017 (...)>>.

regap



COMENTARIOS

1.3 Anulación de orzamentos municipais por insuficiencia manifesta da partida destinada á subvención do transporte colectivo urbano de viaxeiros (bonobús)

A sentenza do TSXG do 28 de febreiro de 2025 (rec. 7128/2024, relator: López López) anula o acordo plenario do Concello da Coruña aprobatorio dos orzamentos municipais para 2024, respecto da partida de 7,9 millóns de euros establecida para cubrir a diferenza entre a tarifa común de transporte colectivo urbano (1,30 euros) e a bonificada, segundo o perfil do usuario do bonobús.

Condena a dita Administración local a incrementar o importe destinado ao desconto do billete de autobús *“en la cantidad necesaria para cubrir el gasto que genere la concesión, procurando su suficiencia”*, realizando *“los cálculos oportunos, debidamente dimensionados, de acuerdo con lo sucedido en períodos anteriores, a fin de evitar los resultados que se han podido observar para este y otros presupuestos de la misma corporación en los últimos años”*.

Incide o tribunal en que o Concello *“sí disponía de datos suficientes para elaborar un presupuesto ajustado al verdadero volumen previsible de ese gasto (...) pois en diciembre de 2023, quedaban pendientes de pago más de 9 millones de euros por facturas emitidas por la empresa para el ejercicio 2023 y, a pesar de ello, y de que se produjo también una insuficiencia de crédito para ejercicios anteriores, el ayuntamiento decidió presupuestar para esa partida la cantidad de 7,9 millones de euros para cumplir sus obligaciones con la Compañía de Tranvías durante el año 2024 (...) se ha demostrado la insuficiencia manifiesta, de la que tenía constancia la administración municipal a fecha de aprobación del presupuesto para 2024, que prevé el art. 170.2.c) de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales como causa de anulación de la partida afecta en el presupuesto de que se trate”*.

1.4 O secretario do pleno dun concello de gran poboación carece de competencia para ditar actos administrativos en xeral e para efectuar a convocatoria dunha mesa de negociación de persoal en particular

Así o determina o TSXG na súa sentenza do 18 de decembro de 2024 (rec. 395/2023, relator: Bolaño Piñeiro), confirmatoria en apelación da sentenza de instancia, na cal se resolve un conflito entre o secretario xeral do Pleno do Concello de Vigo, unha concelleira do equipo de goberno e a secretaria de administración (habilitada xeral), a propósito da convocatoria dunha mesa de negociación en materia de persoal.

Incide esta sentenza, reproducindo a de instancia, en que: *<<En el caso de Vigo, por ostentar la condición de municipio de gran población, hay que atender a las especialidades normativas que se contienen en el Título X LBRL, pero de las mismas no se extrae otra conclusión que la avanzada,,, El secretario del pleno es un órgano directivo, art. 130.1 B e) LBRL, que carece de facultades resolutorias>>*. Polo que o dito secretario non pode convocar, por si só, unha mesa de negociación, nin aprobar a súa orde do día.

Por outra banda, conclúe tamén que a convocatoria da citada mesa de negociación, coa súa orde do día, é un acto de mero trámite non recorrible.

1.5 Os policía locais en prácticas carecen de dereito a axudas de custo polo período de formación na Academia Galega de Seguridade Pública

A sentenza do TSXG do 26 de marzo de 2025 (rec. 281/2024, relator: Sánchez Romero) confirma a desestimación da reclamación de axudas de custo formulada por policía locais en prácticas polos gastos de manutención, aloxamento e desprazamento que deben asumir durante a súa fase formativa na Academia Galega de Seguridade Pública (Agasp) da Estrada. Incide o TSXG nesta sentenza en que: *<<no estamos en presencia de un sistema de promoción interna, sino de acceso a la función pública (...) se trata de un curso de aptitud y formación dentro de un proceso selectivo cuya superación es imprescindible para acceder al nombramiento como funcionario de carrera. (...) no siendo aún funcionario de carrera el demandante cuando realiza los cursos en cuestión, que lo son para el acceso ingreso en la función pública, no procede reconocerle el derecho a las dietas por asistencia a los mismos que reclama>>*.

regap



COMENTARIOS

2 Contratos públicos

2.1 Encargos verbais sen expediente de contratación. Inaplicabilidade da normativa de contratos públicos

O TS, na súa sentenza do 24 de febreiro de 2025 (rec. 6295/2021, relator: Calvo Rojas) establece a seguinte doutrina xurisprudencial:

<<como regla general, la realización de obras no previstas en el contrato y sin que haya mediado la aprobación de modificado alguno sitúa a aquellas obras fuera del ámbito de la normativa reguladora de los contratos administrativos; de manera que, sin perjuicio de que se formulen reclamaciones relativas a su retribución y al eventual devengo de intereses de demora, a fin de evitar el inaceptable resultado de un enriquecimiento injusto, tales reclamaciones no han de encontrar amparo ni cobertura en la legislación de contratos públicos, normativa esta que los propios intervinientes -contratista y Administración- habían eludido o abiertamente incumplido>>.

Avánzase así na determinación do réxime xurídico aplicable aos encargos verbais encomendados por autoridades ou funcionarios con omisión total e absoluta do procedemento de contratación administrativa.

Con esta sentenza do alto tribunal parece quedar claro, en primeiro lugar, que o aboamento da indemnización que corresponda a quen con boa fe cumprise o encargo a satisfacción da Administración (enriquecemento inxusto) non se pode canalizar

mediante o mecanismo da revisión de oficio de contratos nulos (rexido pola normativa de contratación pública). En consecuencia, debería formalizarse, en principio, ben mediante o sistema do recoñecemento extraxudicial de créditos (procedemento problemático pola súa escasa regulación), ben mediante o da responsabilidade patrimonial das administracións públicas.

En segundo lugar, que o *dies a quo* ou de inicio do cómputo dos xuros pola demora no pagamento do prezo debe tomar como referencia non a data de presentación da factura, ou da reclamación da débeda, senón a do recoñecemento expreso desta pola Administración.

2.2 A concesionaria da autoestrada AP-9 só pode exixir o pagamento das “peaxes en sombra” á Administración do Estado

Así o determinou o TSXG na súa sentenza do 14 de marzo de 2025 (rec. 7101/2024, relator: Villares Naveira), en que, confirmando o criterio da súa anterior sentenza do 15 de xuño de 2022 (rec. 7140/2021), libera a Xunta de Galicia de lle aboar a Autopistas del Atlántico Concesionaria Española (Audasa) 12,3 millóns de euros reclamados en compensación polas peaxes en sombra de determinados tramos da AP-9 correspondentes ás anualidades de 2020 e 2021. Conclúe a sala que:

<<La desaparición del mundo jurídico del Real Decreto 803/2017 tuvo el efecto, declarado y firme por el Tribunal Supremo, de establecer el deber de pago a cargo de la Administración General del Estado conforme a los criterios de cálculo del Real Decreto de 2006, sin que se señalara el deber directo de la Xunta de Galicia del abono de cantidad ninguna>>.

2.3 Contrato de obra. Revisión excepcional de prezos

A sentenza do TSXG do 31 de outubro de 2024 (rec. 7043/2024, relator: López López) estima o recurso promovido por unha construtora fronte á desestimación pola Xunta de Galicia da súa solicitude de revisión de prezos dun contrato de obras, por sobre-custo de materiais, ao abeiro do Real decreto-lei 3/2022, do 1 de marzo.

A sala analiza exhaustivamente o disposto na dita norma, en relación coa Orde HFP/1070/2022, do 8 de novembro, que o desenvolve, e o réxime xeral de revisión de prezos establecido na normativa xeral de contratación pública, incidindo no seguinte:

<<1.- No existen verdaderos obstáculos --tampoco el de una supuesta retroactividad-- para la aplicación de la Orden HFP 1070/2022, con vigencia a partir de noviembre de 2022, a contratos incluidos en el ámbito objetivo del RDL 3/2022, como el de autos, por más que su petición de revisión excepcional por parte de la contratista haya tenido lugar en un escrito presentado ante la administración contratante antes de la entrada en vigor de la Orden (11.11.2022) desde el momento en que la propia Orden se considera aplicable a todos ellos; por supuesto, siempre y cuando se formule la oportuna petición de revisión excepcional de precios dentro

del plazo que exige el RDL 3/22, es decir, dentro de la vigencia del contrato y, en todo caso, antes de la certificación final de obra.(...).

2.- Si para el éxito de la solicitud de revisión excepcional de precios de este tipo de contrato se hace obligado que con la misma se aporte la documentación justificativa de que así es de manera que se ha de acreditar documentalmente que el incremento ha superado el porcentaje del 5% del art. 7º, precisamente acudiendo a lo que dicta este último precepto a la hora de calcular el incremento en contratos con una duración inferior a 12 meses (pide que se haga el cálculo sobre la totalidad de los importes del contrato certificados) entonces la decisión de negarle a una solicitud de revisión como la de autos el derecho al oportuno reconocimiento por “no haber presentado la documentación justificativa” sobre la que basarla vendría a obstaculizar –fuera de los fines perseguidos con el RDL 3/2022– y en una forma rayana con la arbitrariedad el reconocimiento del derecho para este tipo de contratos por el simple hecho de haber presentado la contratista su “solicitud” antes de alcanzar la fase de ejecución del contrato en que se dispusiera de esos datos (la totalidad de los importes del contrato certificados).(…).

3.- Para este asunto es vital hacer una referencia a que no se le dio respuesta alguna –ni siquiera de trámite, tampoco sustancial– a ninguna de las “solicitudes” o “escritos” que presentó en vía administrativa la contratista destinados a formular/completar la misma petición, para el mismo contrato; tampoco al recurso que ella misma formuló a su vez contra la desestimación presunta de aquellos. (...)>>.

Regap



COMENTARIOS

3 Expropiación forzosa

3.1 Expropiación de bens de valor histórico. Natureza xurídica da “comisión de sabios” que fixa o prezo xusto. Imputación de xuros de mora á Administración municipal expropiante

O TS, na súa sentenza do 22 de xullo de 2024 (rec. 4118/2023, relator: Lesmes Serrano), analiza a natureza da “Comisión compuesta por tres académicos, designados, uno por la Mesa del Instituto de España, otro por el Ministerio de Educación y Cultura y el tercero por el propietario del bien afectado” regulada no artigo 78 da Lei de expropiación forzosa para a taxación pericial do prezo xusto na expropiación de bens de valor artístico, histórico e arqueolóxico, a propósito da expropiación polo Concello da Coruña no Castro de Elviña.

O alto tribunal conclúe que:

<<(…) esta singular Comisión, constituída ex profeso para una tasación concreta, actuó por cuenta y encargo del Ayuntamiento, en un procedimiento que él tramitaba y del que asumía toda la responsabilidad, sin que el hecho de que

las designaciones de estos académicos se hayan hecho desde diversas instancias para garantizar su imparcialidad, justifique la exención de responsabilidad de quien dirige y promueve el procedimiento expropiatorio que en nuestro caso es el Ayuntamiento de A Coruña.

De lo anteriormente expuesto, cabe deducir que, fuera de los supuestos de expropiaciones a las que le sean aplicables normas autonómicas, a las que habrá de estar si hubieren regulado la composición de Comisiones análogas de ámbito autonómico, que no es aquí el caso, es a la Administración territorial que promueve la expropiación –en nuestro caso el Ayuntamiento de A Coruña– a la que ha de entender vinculada la Comisión de Valoración del artículo 78 de la ley de Expropiación Forzosa a los efectos de asunción de responsabilidad del abono de los intereses de demora por los retrasos en los que hubiere incurrido dicha Comisión, siendo esta la respuesta a la cuestión casacional que se ha sometido a nuestra consideración, lo que excluye, como decimos, la responsabilidad del Instituto de España en el pago de esos intereses moratorios>>.

3.2 Parámetros de revisión das resolucións do Xurado de Expropiación de Galicia. Valoración de solo rústico: factor global de localización

A sentenza do TSXG do 30 de setembro de 2024 (rec. 7023/2023, relator: López López) estima o recurso promovido por un particular fronte a un acordo do Xurado de Expropiación de Galicia sobre valoración do prezo xusto da expropiación de determinados terreos de solo rústico na Rede Natura 2000, para a construción dun parque eólico.

A sala comeza debullando os parámetros de control deste tipo de resolucións, incidindo en que, para poder vencer a presunción de acerto que recae sobre os xurados de expropiación, o actor debe ofrecer:

<<(…) prueba suficiente de infracción legal, notorio error de hecho o desafortunada apreciación de los elementos de prueba existentes en el expediente, cuya acreditación corresponde a la parte que impugna los acuerdos del Jurado de Expropiación>>.

Sobre o caso concreto conclúe que:

<<(…) ha habido una interpretación errónea de los criterios de valoración a aplicar al tipo de suelo de la parcela –por alejarse el Xurado de su realidad– en lo tocante a la corrección asociada a la aplicación del factor global de localización, que no se habría compadecido con las verdaderas características (valores) del terreno, dada su situación (zona de transición de la Reserva da Biosfera “Terras do Miño”). (...) Ese factor de localización está llamado a poner en valor la calidad del entorno ambiental y paisajístico del terreno, así como sus posibilidades de uso (actividades permitidas) de manera que si está situado en áreas con valores únicos

o protegidos, hay que entender que esas características de la finca deben influir positivamente en su valoración (al alza) desde el momento en que la posibilidad de emplearla para proyectos diversos a los estrictamente agropecuarios también tendrá unos “efectos positivos” en la valoración si se está expropiando, dada la privación de esas expectativas que lleva consigo la ocupación de la parcela por la administración en el curso de una expropiación.(...)

La singularidad del entorno, o su mayor “polivalencia”, sirve para incrementar su valor (su atractivo); lo que necesariamente tiene que repercutir en el “Factor Global de Localización” (F_L) que se ha empleado para la fijación de su justiprecio desde el momento en que ese parámetro (F_L), que puede ir de 1,10, el mínimo, hasta 2, el máximo) sirve como herramienta esencial en la valoración expropiatoria de suelos en situación básica rural en España y por ese motivo ha de influir en la indemnización económica a percibir por la expropiación.

Resulta evidente que un terreno rural que está situado en ese tipo de entorno, o incluso rodeado (no necesariamente incluido pero sí situado en una zona alejada que se ve envuelta o seriamente próxima) por un entorno de singular valor ambiental o en el que el planeamiento municipal permite más usos que el simplemente agropecuario debe verse valorado al alza en comparación con terrenos similares que no tengan estas características únicas.

Es por ello que el examen cuidadoso, minucioso, de la aplicación de este tipo de factores de localización a los terrenos a expropiar, es exigible del XEG a la hora de asegurar que se garantiza, en la valoración del justiprecio, que el titular afectado obtenga una compensación justa por la expropiación del suelo rural de su titularidad. Es decir, a la hora de asegurar que el justo precio de la finca se ha acercado lo más posible a la realidad de las características del terreno.(...).

Pues bien, asumiendo que han de ser criterios objetivos los que marquen la aplicación, en la forma (con el valor numérico y en la proporción) que pueda corresponder, del factor global de localización, promedio de los tres antes indicados (U₁, U₂ y U₃) y que el U₃ debe aplicarse, para adecuar la valoración del justiprecio de lo expropiado a la realidad y características del terreno de que se trate, a todos aquellos que tengan ese especial o singular valor ambiental o paisajístico, entre los que la propia norma cita, para que no haya ningún lugar a dudas, los que aparecen como espacios protegidos legalmente refiriendo que por esencia, siempre, lo habrán de ser los incluidos en la Rede Natura 2000, es la opinión unánime de los Magistrados que integran esta Sección 3ª de la Sala de lo contencioso administrativo del TSJ de Galicia que cuando el RD 1429/2011 habla de ese singular valor dando indicaciones específicas para terrenos que pertenezcan, sin duda, a los espacios naturales protegidos pero definiendo la oportunidad de la aplicación del factor U₃ a todos los que dispongan de ese especial o singular valor de protección

regap



COMENTARIOS

está exigindo un cuidado minucioso en la comprobación de las características de la finca de que se trate que servirá para adecuar su valoración a esa realidad.

Y que ese cuidado revierta en la consideración como terreno valorable (en este particular u3) por encima del mínimo, no sólo de los que define la normativa estatal y la autonómica, como “espacios naturales protegidos” o incluidos en la famosa “Rede Natura” sino también otros que puedan estar dotados de un nivel de protección menor o que ni siquiera se puedan calificar de “protegidos” legalmente pero sí dotados de especial o singular valor en lo ambiental o en lo relativo al paisaje>>.

4 Medio ambiente e urbanismo

4.1 Parques eólicos. Fraccionamento de proxectos para eludir garantías ambientais. Requisitos do trámite de información pública

O TSXG, nunha serie continuada de sentenzas (relacionadas en números anteriores desta revista), anulou diversas autorizacións da Xunta de Galicia outorgadas para a instalación ou ampliación de parques eólicos. Entre outros motivos, ao apreciar na maioría dos casos a concorrencia de tres defectos acumulativos:

En primeiro lugar, pola necesidade –ao seu entender– de que os informes preceptivos se soliciten e obteñan antes do inicio do trámite de información pública do proxecto e estudo de avaliación ambiental (non emendándose o defecto se se emiten despois).

En segundo lugar, ao considerar que a redución da fase de exposición pública do proxecto e estudo ambiental a só 15 días, amparada na disposición adicional 1ª.4 da Lei 8/2009, do 22 de decembro, reguladora do aproveitamento eólico en Galicia (actuacións declaradas de “interese especial”), vulnera o artigo 6.7 da Directiva 2011/92, do 13 de decembro, relativa á avaliación das repercusións de determinados proxectos públicos e privados sobre o medio ambiente (modificada pola Directiva 2014/52), en que –con efecto directo– se exige un prazo mínimo de 30 días.

En terceiro lugar, pola indebida segregación en fraude de lei, como parques independentes de pequena entidade aparente, de ámbitos moito máis amplos que realmente conforman unha unidade, sometida a normativa ambiental máis restritiva.

O TS, nas súas sentenzas do 21 de marzo de 2025 –dúas– (recs. 7213/2023 e 3716/2024, relatores: Román García e Huet de Sande), pronúnciase de novo sobre as dúas primeiras cuestións controvertidas, en sentido discrepante coa sala de instancia. Non obstante, a última palabra sobre a dita disquisición teraa o Tribunal de Xustiza da Unión Europea. Admitiu a trámite a cuestión prexudicial C-461/24 “Petón do Lobo”, formulada polo TSXG co fin de clarificar:

<<(…) Si los informes [a] que se refiere el artículo 37.2 de la Ley 21/2013 deben entenderse comprendidos entre los “principales informes y dictámenes” a que se refiere el artículo 6.3 de la Directiva 2011/92/UE. (…) Si los artículos 36, 37 y 38 de la Ley estatal 21/2013, y 33 y 34 de la Ley autonómica gallega 8/2009, se oponen a la exigencia que impone el artículo 6.3. de la Directiva 2011/92/UE, de garantizar que se pongan a disposición del público interesado los principales informes sectoriales que se hubieran emitido, al objeto de permitir el ejercicio del derecho que le confiere el apartado 4 de ese precepto, de expresar observaciones y opiniones y participar, dentro de un plazo no inferior a 30 días, en el proceso de la toma de decisión sobre la solicitud de autorización del proyecto, antes de que aquélla se hubiera adoptado>>.

Pero estas dúas sentenzas do TS dan un paso máis e resollen por primeira vez a terceira cuestión controvertida (fragmentación dos proxectos), en sentido contrario ao TSXG, fixando a seguinte doutrina xurisprudencial:

<<- El hecho de que dos o más instalaciones de parques eólicos compartan instalaciones de conexión no comporta, ineludiblemente, que debamos considerar la existencia de un único proyecto de parque eólico a efectos de su evaluación medioambiental.

- La determinación de si, en tal supuesto, debe considerarse o no la existencia de un único parque eólico a efectos de su adecuada evaluación ambiental deberá hacerse en cada caso atendiendo a las circunstancias concurrentes, a la luz de la normativa y de la jurisprudencia aplicables >>.

Con esta conclusión final, respecto do suposto concreto formulado:

<<es claro que la sentencia recurrida no se ajusta a la doctrina que acabamos de mencionar, al hacer derivar la unidad de proyecto a efectos de su evaluación ambiental única, exclusivamente, del hecho de compartir, los tres parques eólicos concernidos (Campelo, Bustelo y Monte Toural), “estructuras y conexiones” o “líneas e infraestructuras de evacuación”, sin hacer referencia ni ponderar ninguna otra circunstancia concurrente ni, tampoco, la incidencia de tal separación en la adecuación de la evaluación ambiental producida en las circunstancias del caso que, según consta en las actuaciones, fue de carácter ordinario, con el correspondiente estudio de efectos acumulativos y sinérgicos cuya suficiencia o insuficiencia no se analiza>>.

4.2 Entidades de colaboración ambiental da Comunidade Autónoma de Galicia: Indebida privatización dos procedementos de avaliación ambiental

A sentenza do TSXG do 7 de marzo de 2025 (rec. 7266/2023, relator: Villares Naveira) declara a nulidade parcial do Decreto da Consellería de Medio Ambiente, Territorio

Regap



COMENTARIOS

e Vivenda da Xunta de Galicia núm. 102/2023, do 15 de xuño, polo que se regulan as entidades de colaboración ambiental (ECA) e se crean o Rexistro de Entidades de Colaboración Ambiental da Comunidade Autónoma de Galicia e o Banco de persoas expertas en avaliación ambiental (DOG núm. 125, de 03/07/2023).

Considera a sala que esta regulación das ECA supón unha privatización parcial, indebida, dos procedementos de avaliación ambiental. Estima que *“tanto por el carácter privado de la ECA como por la completa externalización de toda la tramitación de la evaluación ambiental, que se concibe además con carácter estructural”*, a redacción do artigo 27 do decreto é incompatible co artigo 9.2. do Estatuto básico do empregado público e co artigo 8.1. da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público. Incide en que non constan *“mecanismos de control realizados por funcionarios públicos sobre la actuación de estas empresas en el procedimiento en concreto”*, o que aboca a que as decisións que han de adoptar as autoridades públicas *“sean simples ratificaciones, sin posibilidad de contraste”*. De maneira que o decreto *“externaliza toda la tramitación de la evaluación ambiental y la pone en manos de la empresa privada, incluyendo en esto varios hitos en la tramitación del procedimiento ambiental que implican materialmente el ejercicio de potestades administrativas, pues es la ECA quien analiza la suficiencia incluso de los informes sectoriales preceptivos de los órganos administrativos que intervienen o la necesidad o no de un segundo trámite de información pública y consultas tras las modificaciones en el proyecto introducidas por el promotor”*.

A sentenza incide en que todas esas funcións se realizan *“sin previsión de ninguna reserva de control, supervisión o dirección a favor de los órganos administrativos que tienen encomendada genuinamente esta función dentro de la(s) consellería(s) competentes”*. Desta forma, advirte que a proposta que conteñen os informes elaborados pola ECA *no pueden ser contrastados ni sometidos a crítica por el órgano que tiene formalmente la facultad de decidir, por lo que en realidad el ejercicio material de la competencia va a quedar residenciado en la ECA, quedando el órgano administrativo legítimamente investido de la potestad, sin capacidad real de decisión”*. De maneira que, así concibida, *“la colaboración que la Xunta demanda de las ECA se convierte en una verdadera privatización de la tramitación de la evaluación ambiental, que implica inexcusablemente la traslación a una empresa privada de funciones que están reservadas a funcionarios públicos”*. A ECA *“no colabora con la administración, sino que suplanta a la administración durante nada menos que toda la tramitación de la evaluación ambiental”*. Incide así en que a xurisprudencia *“veta esta completa transferencia a una empresa privada porque, en realidad, nos encontramos delante de una abdicación de la tramitación administrativa y, por lo tanto, del ejercicio de la competencia, que es irrenunciable para la administración”*. E en que: *“no prevé ningún mecanismo de control de la actividad externalizada a la ECA”*, así como en que *“no hay ningún tipo de supervisión pública prevista para el análisis hecho por una empresa privada en relación a toda la tramitación de la evaluación ambiental”*.

4.3 Anulación de autorización de infraestrutura de transporte de enerxía eléctrica por vulnerar a normativa de protección do patrimonio cultural de Galicia e do medio ambiente

O TSXG, na súa sentenza do 31 de marzo de 2025 (rec. 7331/2022, relator: Villares Naveira), estima o recurso do Concello de Rois (A Coruña) fronte á autorización autonómica concedida para a instalación dunha nova liña eléctrica de alta tensión entre Lousame e Tivo, respecto dun tramo que atravesa o Castro Lupario e o Camiño Portugués a Santiago de Compostela, afectando tamén a varios pazos.

A sala entende que o ámbito xeográfico polo que discurrirá a infraestrutura “*debió ser considerado y analizado en la evaluación de impacto ambiental en su conjunto, no solo examinando sus elementos individualmente*”. Incide no vínculo existente entre o Castro Lupario e o Camiño de Santiago “*por el protagonismo que en la tradición jacobea posee la Reina Lupa en la narración de la Traslatio del apóstol Santiago, recogida de forma oral y también en el celeberrimo Códice Calixtino. (...) el encuentro en un mismo paraje, por una parte, del castro donde la tradición sitúa la morada de la Reina y, de otra, del Camino Portugués a Santiago, constituye un hito único en toda la ruta, ya que ambos elementos físicos integran un mismo paisaje y son partes que explican y cuentan una misma historia cultural, patrimonial y espiritual, sin la cual Galicia sería hoy un pueblo diferente. (...) Por si esto no fuera suficiente, en este entorno hay dos pazos catalogados, uno de origen bajo medieval –de Angueira de Castro– y otro del siglo XVII –de O Faramello–, que testimonian la evolución histórica de nuestro país a nivel económico, arquitectónico y social*” (...). ”.

Conclúe, tras valorar o resultado da proba practicada no proceso, e moi especialmente un ditame do Consello da Cultura de Galicia, que o trazado da nova liña de alta tensión vulnera o disposto na normativa de protección do patrimonio cultural e da paisaxe.

Regap



COMENTARIOS

4.4 Natureza e contido dos proxectos de urbanización

A sentenza do TSXG do 18 de decembro de 2024 (rec. 4962/2024, relator: Martínez Quintanar) confirma en apelación a desestimación dun recurso promovido contra a aprobación dun proxecto de urbanización do Concello de Vigo.

Realiza unha interesante análise sobre a natureza xurídica, contido e límites dos proxectos de urbanización, coas seguintes conclusións:

- Os proxectos de urbanización (PU) carecen de capacidade innovadora sobre o planeamento detallado que executa. Non poden alterar o trazado, nin a configuración das vías e espazos públicos establecidos no planeamento.
- Para resolver as posibles contradicións ou imprecisións detectadas, deben primarse os parámetros de texto escrito sobre os gráficos, así como a realidade material existente.

- Non hai a obriga de incluír no PU dotacións e equipamentos públicos que deban ser obxecto dun proxecto construtivo independente, aprobado posteriormente mediante autorización diferenciada e autónoma ao PU (escola infantil, aparcadoiro subterráneo, etc.).
- O PU debe respectar a normativa de accesibilidade, garantindo os itinerarios peonís adaptados.

5 Persoal

5.1 A duración do permiso de maternidade superior ao de paternidade establecida na Lei de emprego público de Galicia non incorre en discriminación

Así o determinou o TSXG na súa sentenza do 5 de decembro de 2024 (rec. 269/2024, relator: Fernández Barrio). A sala rexeita a pretensión do actor de que se estenda o seu permiso de paternidade de 16 semanas ás 22 semanas que a referida Lei galega 2/2015 lle recoñece ao permiso de maternidade do persoal autonómico e local:

<<Consideramos, en suma, que la determinación de una diferente duración del permiso de parto respecto del de paternidad no es fruto de un criterio irracional o arbitrario, sino asentado en premisas biológicas, cuyo reconocimiento legal fue largamente demandado por las mujeres trabajadoras (...). el hecho de que una legislación sea impulsada en pos de la consecución de una mejor calidad de vida y de una segura y saludable recuperación de la mujer tras el embarazo y el parto no puede reputarse en modo alguno contraria al principio de igualdad con relación al hombre por la sencilla razón de que este no experimenta en su organismo esa realidad vivencial (...). a lo largo de los últimos 125 años, se han desarrollado propuestas normativas tendentes a dotar de protección jurídica a la mujer trabajadora antes y después del alumbramiento, garantizando su estado de bienestar a la par que salvaguardando sus derechos laborales (...). no se le deniega el permiso por parto al hombre por el mero hecho de ser hombre, escenario en el que evidentemente nos enfrentaríamos ante un posible caso de discriminación injustificable, sino porque no ha parido>>.

5.2 Baremación do concurso de méritos nos procedementos selectivos de estabilización de persoal temporal. Puntuación excesiva dos servizos prestados na Administración convocante

A sentenza do TS do 26 de setembro de 2024 (rec. 6920/2023, relator: Murillo de la Cueva) ratifica a anulación das bases dun procedemento selectivo de estabilización de persoal convocado polo Servizo Galego de Saúde (Sergas) por puntuar de xeito

moi superior o mérito de experiencia no propio Sergas fronte ao obtido nos sistemas sanitarios doutras comunidades autónomas. Declara, como doutrina xurisprudencial, que:

<<la falta de justificación de la puntuación más elevada de los servicios prestados en la Comunidad Autónoma convocante de un proceso de estabilización derivado de la previsión del artículo 2.4 y disposición adicional sexta de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo, quiebra el principio de igualdad y libre concurrencia>>.

5.3 Persoal interino ocupando praza vacante. Non procede o seu cesamento mentres o posto non sexa cuberto por funcionario de carreira. Abuso na temporalidade. Dereito indemnizatorio

O TSXG, na súa sentenza do 12 de febreiro de 2025 (rec. 372/2023, relator: Seoane Pesqueira), analiza o réxime xurídico aplicable ao persoal funcionario interino que ocupa praza vacante.

Conclúe, en primeiro lugar, que non pode ser destituído na medida en que non se cubra efectivamente o seu posto por funcionario de carreira mediante o procedemento legalmente establecido.

En segundo lugar, considera que a prolongación do seu vínculo temporal resultou abusiva:

<<debido a que no consta que desde que en 2009 fue nombrada la actora funcionaria interina y estuvo realizando las tareas propias de médica inspectora se haya promovido bien un proceso selectivo bien un concurso de traslados para la cobertura del puesto con funcionario de carrera, por lo que se alcanzaría la misma conclusión de la procedencia de la subsistencia y continuación de la relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella hasta que la Administración provea de forma legal y reglamentaria dicho puesto. En este sentido, del examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se deduce que, en principio, una relación funcional o estatutaria de servicio de carácter no fijo que se prolonga ininterrumpidamente durante más de diez años sin que la Administración haya mostrado que estuviera destinada a algo distinto que cubrir una necesidad permanente constituye una utilización objetivamente abusiva del trabajo de duración determinada, a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco (SSTS 22 de diciembre de 2021 y 6 de marzo de 2023), máxime si, como en el caso presente, la prolongación de la temporalidad ha tenido lugar sin que la Administración haya intentado cubrir la plaza por funcionarios de carrera durante todo el periodo de ocupación por el personal temporal. Así se desprende del apartado 2 de la parte dispositiva de la sentencia de 22 de febrero de 2024 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea>>.

Regap



COMENTARIOS

Por último, analiza pormenorizadamente o réxime transitorio dos novos dereitos indemnizatorios recoñecidos ao persoal interino no artigo 2.6 do Real decreto-lei 14/2021, do 6 de xullo, de medidas urxentes para a redución da temporalidade no emprego público; e da Lei 20/2021, do 28 de decembro, á que deu lugar; concluíndo a súa inaplicabilidade retroactiva:

<<el artículo 2.6 tanto del RDL 14/2021 como de la Ley 20/2021 se aplica a los procesos de estabilización previstos en la citada Ley pero no a cualesquiera otros. Por tanto, no estamos ante la consagración de un derecho de compensación económica por la no superación de cualquier proceso de estabilización, como parece entender la actora, sino que lo que el art. 2.6 regula es el derecho a la compensación en caso de no superar el tercer proceso de estabilización, que es el que tiene su origen en el RDL 14/2021 o en la Ley 20/2021>>.

6 Proceso contencioso-administrativo

6.1 Lexitimación pasiva de concelleiros da oposición para reforzar a defensa xudicial do concello comparecendo como codemandados

O TS, na súa sentenza do 11 de marzo de 2025 (rec. 1069/2022, relator: Bandrés Sánchez-Cruzat), recoñece a lexitimación pasiva de quen era concelleiro da oposición no Concello do Porriño (Pontevedra), para comparecer como codemandado, en defensa dos intereses municipais, nun proceso de reclamación de cantidade promovido contra a devandita Administración. Fixa o seguinte criterio xurisprudencial:

<<El artículo 21.1b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debe interpretarse, conforme al principio de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, en el sentido de que los Concejales, en su condición de miembros electos que integran la Corporación Local, están legitimados para personarse en un proceso contencioso-administrativo entablado contra el Ayuntamiento del que forman parte, cuando de la estimación de las pretensiones deducidas puedan quedar afectados los derechos o intereses legítimos del mismo, en la medida que les ampare el título legitimador que se corresponde con el interés concreto de velar por el correcto funcionamiento de dicha Corporación, que resulta evidenciable en aquellos supuestos en que esté en riesgo la recta y regular gestión de la contratación pública, que incida lesivamente en la administración de los caudales o efectos públicos, susceptible de causar daños y perjuicios a la propia Corporación>>.

Con esta fundamentación:

<<(…) la interpretación del artículo 21.1b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuando se trate del supuesto de la personación como parte demandada de una persona que ostente la posición

estatutaria de Concejá en un proceso entablado contra una Corporación local de la que forma parte como representante electo de los vecinos, debe contextualizarse atendiendo a la consideración del estatuto jurídico de los concejales, que, según refiere el Tribunal Constitucional, en la sentencia 173/2004, les legítima para impugnar la actuación (y, en su caso, la inactividad) de la Corporación local a la que pertenece, «por el interés concreto que ostenta en el concreto funcionamiento de la Corporación», en la medida que su acción va dirigida a la consecución de un funcionamiento ajustado a Derecho de la Corporación local «como modo de lograr la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal», doctrina que es plenamente aplicable respecto del reconocimiento de la legitimación pasiva.

Por ello, sostenemos que la exclusión del proceso del codemandado YYY, que acuerda la Sala de instancia –en contra del criterio sostenido por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Pontevedra, que se sustentaba en el “peculiar contexto” en que se desarrollaba la actividad del Concello do Porriño en materia de contratación pública– no tiene encaje con la regulación estatutaria de los concejales, a quienes se les encomienda la función pública de fiscalizar la acción del gobierno municipal, cuyo fundamento constitucional se ampara en el artículo 140 de la Constitución, que configura a los concejales como miembros de una corporación democrática que representa los intereses de los vecinos del municipio, y vinculado al *ius in officium* que garantiza a todos los cargos públicos el artículo 23.2 de la Norma Fundamental, que tiene una dimensión política, a través de los mecanismos que la propia Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local contempla, pero también una dimensión jurídica, que les habilita para ejercitar acciones judiciales, y personarse como parte codemandada en el proceso contencioso-administrativo, en el interés de procurar que sea efectivo el control encomendado a los Tribunales de Justicia conforme a lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución, consistente en garantizar el sometimiento de las Administraciones Públicas al principio de legalidad.

En este sentido, cabe subrayar el efecto útil de la configuración del instituto procesal del codemandado en el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, ligado a la legitimación pasiva. La intervención en el proceso de la parte code-mandada, fundada sobre el principio de legitimación por interés, se hace patente, desde la perspectiva de los intereses y objetivos de tutela jurídica que persigue el proceso, en la pretensión de coadyuvar con su actuación procesal al mantenimiento de la validez del acto administrativo o disposición reglamentaria impugnados.

En el caso que enjuiciamos en este recurso de casación, sostenemos que –tal como entendió el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Pontevedra– la participación adhesiva del concejal en el proceso resultaba congruente con la finalidad tuitiva de los intereses legítimos de la Colectividad local a la que representa, y con los intereses propios, al estar en juego tanto los intereses de la

regap



COMENTARIOS

Colectividad local que representa, por actuaciones del Ayuntamiento que comprometen la gestión municipal en materia de contratación pública, así como el interés personal de evitar incurrir en supuestos de responsabilidad por las actuaciones u omisiones imputables a la Corporación, en los términos del artículo 78 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, que pudieren causar daños y perjuicios a la propia corporación>>.

6.2 Medidas cautelares positivas en materia de contratos públicos

O TS, na súa sentenza do 25 de marzo de 2025 (rec. 8024/2021, relator: Bandrés Sánchez-Cruzat), clarifica o sistema especial de medidas cautelares positivas, dirixidas ao pagamento da débeda ao contratista, establecido no artigo 217 do Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro (TRLCSF) –actual artigo 199 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público–, coa seguinte conclusión final:

<<debe interpretarse en el sentido de que el régimen regulatorio de las medidas cautelares en el ámbito de la contratación administrativa, cuando concurra el presupuesto referido a la utilización del procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas, establecido en dicha disposición, en cuanto a su consideración de lex specialis, debe aplicarse de forma imperativa por el órgano judicial competente para resolver el incidente cautelar, que deberá adoptar la medida cautelar positiva de pago inmediato de la deuda, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última, lo que comporta el desplazamiento del régimen general de medidas cautelares previsto en los artículos 129 y 130 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa>>.

6.3 Medidas cautelares fronte a parques eólicos. Principio de prevención. Aparencia de bo dereito. Inexistencia de caución

O TS, no seu Auto do 2 de abril de 2025 (rec. 632/2024, relator: Huet De Sande), estima a solicitude de medida cautelar presentada pola Asociación Petón do Lobo e suspende o acordo do Consello de Ministros de autorización do parque eólico de Moeche (A Coruña) –BOE do 28/08/2024–.

O auto comeza realizando unha interesante análise xenérica sobre os principios que deben rexer a tutela cautelar na materia dos parques eólicos, combinando o de prevención e protección do medio ambiente coa ponderación dos valores ambientais en conflito (afección ao medio natural do ámbito concreto en que se construírá a infraestrutura vs. obxectivo da UE de descarbonización mediante a implantación de enerxías renovables). Tamén sobre o parámetro da aparencia de bo dereito a considerar nesta materia, con referencia específica a varios precedentes.

Sobre o caso concreto determina, en primeiro lugar que:

<<(…) la invocación del principio de precaución no puede derivar en un automatismo en la aplicación de la tutela cautelar desligado de la solidez, aun indiciaria, del planteamiento de quien la impetra. Ese mismo principio de precaución es el que ha determinado la realización de la evaluación ambiental que soporta la autorización recurrida, debiendo mostrarse a la Sala con claridad bastante su insuficiencia determinante de la irreversibilidad del perjuicio que se alega, nitidez que no apreciamos en este caso, en el juicio indiciario que nos corresponde, en relación con estas particulares afecciones, a la vista de la respuesta de la contraparte>>.

Pero tamén, en segundo lugar, que a avaliación ambiental do proxecto incorreu aparentemente nunha grave deficiencia ao omitir unha análise rigorosa sobre: *<<los efectos sinérgicos cuestionados relativos a la proximidad con otros proyectos y parques que, según se indica en el estudio, está compuesto por un conjunto de 2.281 aerogeneradores en funcionamiento y 62 proyectados en un ámbito de estudio de 20 km (...). la DIA formulada no hace referencia en sus consideraciones a la proximidad de estos parques también proyectados por la empresa recurrida>>.*

Conclúe así a procedencia da medida cautelar:

<< al poder determinar esta aparente insuficiencia de la evaluación ambiental realizada –en el juicio indiciario que aquí se realiza– efectos irreversibles o de difícil reversibilidad sobre el medio ambiente.

Esta difícil reversibilidad de los efectos medioambientales que de ello deriva no puede entenderse compensada u obviada, como se alega por la codemandada, por la existencia de un plan de restauración que acompaña al EsIA que posibilita la restauración al estado original al tiempo de finalización de la vida del parque proyectado, argumentación que no se acomoda a las exigencias que derivan de los principios de acción preventiva y de precaución que deben guiar nuestro análisis y a los que responde, precisamente, la técnica de evaluación ambiental aquí concernida. El objetivo de la evaluación ambiental es evitar causar daños al medio ambiente más que combatir posteriormente sus efectos, de ahí la necesidad de tener en cuenta lo antes posible las repercusiones medioambientales del proyecto (STJUE de 3 de julio de 2008, C-215/06, apartado 58).

Tampoco la invocación por la actora del interés general de naturaleza medioambiental que deriva de la contribución de las energías renovables a la descarbonización puede, en las circunstancias del caso, prevalecer sobre la incidencia en el medio que produciría la ejecución del acto administrativo impugnado. Como hemos dicho en las recientes sentencias de 21 de marzo de 2025, antes citadas, «[E]l indiscutible interés público de naturaleza medioambiental que concurre en el fomento y desarrollo de las energías renovables, puesto de manifiesto tanto por la normativa interna como por la de la UE que las recurrentes invocan, vinculado a la necesidad de alcanzar los objetivos de ambición climática ligados a

regap



COMENTARIOS

la descarbonización y al logro de la neutralidad climática en el horizonte temporal comprometido tanto por España como por la UE en el marco del Acuerdo de París, no puede derivar en una devaluación del canon de control de la incidencia medioambiental de las instalaciones vinculadas a dichas energías limpias, cuya compatibilidad con el respeto al medio natural y físico en el que se ubican constituye una exigencia simultánea del mismo interés público de protección del medio ambiente al que aquéllas responden».

La suspensión de la autorización impugnada no supone por sí sola una quiebra de los compromisos ambientales asumidos por España en relación con la descarbonización ni un quebranto para el fomento de las energías renovables o para el funcionamiento del sistema eléctrico o el precio de la energía. Como se dijo en la sentencia de 11 de octubre de 2011, ya citada, con mención de otras anteriores –confirmando, precisamente, la suspensión cautelar de una autorización de un parque eólico–, «se trata tan sólo de un parque eólico respecto del cual la incidencia temporal de la medida cautelar no puede, por su propia naturaleza, sino ser limitada y su repercusión en los intereses generales del sistema eléctrico mínima»>>>.

Establece a: <<contracautela (art. 133.1 LJCA) consistente en acordar, junto con la suspensión de la ejecutividad de la resolución impugnada, la suspensión del plazo de cinco años que para obtener la autorización de explotación definitiva se establece en el art. 1 del Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica>>>>.

E exime a asociación demandante da obriga de constituír unha caución, considerando que:

<<de la literalidad del artículo 133 LJCA no se deriva que la constitución de caución resulte obligada en toda adopción de medidas cautelares. Por otra parte, la tramitación urgente que ha de darse a este recurso permitirá su resolución definitiva en un tiempo razonable. Y en fin, existen precedentes en esta Sala de exención de caución: v.gr. cuando la apreciación del fumus ha sido de peso para la decisión de cautela (ATS número 2214 de 16 de mayo de 1995); o la STS de 3 de febrero de 2009, recurso 5125/2007, que también ratifica la innecesaria caución cuando por ambas partes procesales se propugnan intereses generales sopesando también la inexistencia de perjuicios graves provenientes de la inejecución de la decisión administrativa.

A todo ello debe añadirse que la medida cautelar que aquí se adopta tiene como fin la protección de un bien colectivo como es el medio ambiente y que la recurrente interviene en ejercicio de una acción popular (reconocida ex artículo 22 de la Ley 27/2006) y para el cumplimiento de unos fines que trascienden del propio beneficio de su asociación a la colectividad o generalidad, circunstancia que inclina a este Tribunal hacia una decisión de exención de caución que haga menos oneroso el ejercicio de su acción, en debida consonancia además con los objetivos de acceso a la justicia que se plasman en el artículo 9 del Convenio de Aarhus>>>.

7 Responsabilidade patrimonial

7.1 Caída en ruta de sendeirismo polo río Tambre. Determinación da Administración responsable. Relación de causalidade

O TSXG, na súa sentenza do 26 de febreiro de 2025 (rec. 7078/2024, relator: López López), desestima a demanda indemnizatoria formulada fronte á Xunta de Galicia e ao Concello de Noia pola responsabilidade patrimonial derivada da caída en altura dunha muller (con resultado de morte) mentres paseaba pola "ruta de senderismo del río Tambre".

A sentenza conclúe, en primeiro termo, que:

<<(…) de proceder una declaración de responsabilidad patrimonial a cargo de alguna de las dos Administraciones Públicas que figuran en este caso como demandadas, necesariamente habría de serlo a cargo de la autonómica, desde el momento en que con toda evidencia, el camino o senda de interés es ajeno a la infraestructura viaria del término municipal noiés, de la que sin duda habría de hacerse cargo como Administración responsable el Concello de acuerdo con sus competencias (art. 25 Ley 7/1985 de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, LBRL). No se ha evidenciado, por otra parte, que en este supuesto se haya pactado o convenido ninguna "fórmula conjunta" de actuación entre las dos Administraciones públicas a las que se señala con competencias en ese punto; no en los términos descritos en el art. 33 de la Ley 40/2015 (LRJSP) arriba transcrito (primeros puntos) o que exista, en estos momentos, convenio de colaboración alguno u organismo creado en forma conjunta por ambas Administraciones Públicas para atender a la conservación, mantenimiento, señalización, promoción de esta zona, sea en su condición de área hidrográfica, de interés hidrográfico, sea como área de interés turístico.

En ambos casos la Administración competente, a los efectos oportunos, es la autonómica, que es, también, la que viene promocionando, abierta y públicamente, una Ruta a la que denomina "Ruta da Lamprea", por más que lo haga, para este particular, en términos de promoción turística ya que como se ha visto más arriba, también a Augas de Galicia (a la Administración autonómica a través de Augas de Galicia) le compete la ejecución de los planes necesarios para la conservación, mantenimiento de este tipo de áreas intentando preservar a tal fin lo que la Ley gallega 5/2006 llama "patrimonio natural fluvial", en lo relativo tanto a su biodiversidad (de flora y fauna de los ríos gallegos) como a su patrimonio etnográfico e histórico cultural.

Y la Ruta da Lamprea que promociona "Turismo de Galicia" en su página web, además de destacar los municipios por los que discurren los ríos donde

regap



COMENTARIOS

tradicionalmente se capturaba la especie (Tambre, Ulla, Miño), incorpora la senda a la que pertenece el punto en que Bibiana sufrió esta caída (Ruta Devesa do Nimo) (...)>>.

Determina finalmente a inexistencia de responsabilidade administrativa, con estas consideracións:

<<hablamos de un espacio natural, que no tiene por qué verse transformado –y lo ideal es que lo sea lo menos posible– por el hombre de manera que no es exigible de la Administración que lo gestione (en términos de conservación, mantenimiento, suficiente señalización) que aplique sobre ese punto ninguna medida destinada a evitar peligros en la deambulación por él de posibles usuarios, máxime si esos usuarios lo son en la condición de “senderistas” aficionados, y adultos, que por otra parte son y han de ser conscientes –por lo visible del asunto– de la peligrosidad que entraña su paso por ese lugar en período invernal (el verdín es visible, también la leve caída de agua sobre la zona, el margen para circular es reducido y se observa una caída en altura de un buen número de metros).(...).

El caso resulta paradigmático: persona adulta que voluntariamente decide practicar senderismo por un espacio natural que no se ha visto transformado por la mano del hombre, sin comprobar las condiciones en que se encuentra la zona, sin conocerlas, en términos de práctica pseudodeportiva en un tiempo de ocio. Y padece un accidente en un lugar que se evidencia peligroso dadas sus circunstancias, su orografía, sin que la administración encargada del mantenimiento o conservación (en su caso señalización) de la zona conozca de la necesidad de “intervenir” sobre él –sobre ese punto en concreto– asociada a un riesgo cierto del que hubiera tenido constancia antes de esa caída.

Por más que hubiera habido accidentes antes, de los únicos de los que se tienen datos, se corresponderían con siniestros padecidos por senderistas, paseantes, visitantes que no parece que hubieran empleado toda la precaución en su deambular por allí; y tampoco es posible llegar a una convicción cierta acerca de que precisamente en ese punto concreto de la ruta, del total que describe el trayecto.

A lo que hay que sumar que su caída tiene lugar no en su primer tránsito por el mismo lugar (trayecto de ida) sino cuando pasa por el mismo sitio –del que conocía ya a esas alturas las circunstancias, de resbaladicidad, estrechez, peligro de caída en altura– de regreso, probablemente confiada en su circulación –sin consecuencias– por ese punto poco tiempo antes (...).

Aún asumiendo las deficiencias (evidentes) en materia de conservación que sufría la ruta, al menos a fecha del accidente de litis, y que todo indica que han permanecido en el tiempo hasta la actualidad, en el lugar de la caída de YYY no se ha demostrado que se hubiera intervenido o transformado el medio natural por la mano del hombre con la colocación ya en su día de ninguna infraestructura

destinada a favorecer la sujeción de posibles usuarios de la zona a la hora de fomentar su equilibrio y evitar caídas; y sobre tal necesidad, al menos a fecha de esa caída, no se puede decir que la administración responsable tuviera constancia antes (los accidentes registrados en la ruta habían tenido lugar a causa de comportamientos desatentos o poco precavidos de sus visitantes y con un alto nivel de probabilidad, en otros puntos del trayecto).

De ahí que no sea posible reconocer el nexo causal directo entre el perjuicio por el que se reclama y una omisión en su deber de actuar (dentro del standard de actuación exigible para la administración responsable de la conservación, no lo olvidemos, de un medio natural) de la Administración responsable>>.

7.2 Responsabilidade patrimonial por mala praxe da Administración sanitaria. Prohibición de regreso lóxico

O TSXG, na súa sentenza do 28 de xaneiro de 2025 (rec. 7143/2024, relator: López López), desestima unha reclamación indemnizatoria por defectuosa atención médica do Sergas, ao considerar insuficientemente acreditada a “antixuridicidade” do dano. Sostense en:

<<(…) la doctrina de la prohibición del regreso que emplea la sentencia de instancia, que como su nombre indica prohíbe un regreso lógico desde acontecimientos posteriores desconocidos en el momento de la actuación desencadenante del daño (Ss TS Sala 1ª de 14 y 15.02.2006, 07.05.2007, 10.06.2008, más recientes de 20.05 y 01.06.2011 y de la Sala 3ª de 15.03.2018). Que asociada a este tipo de reclamaciones proclama que no es factible cuestionar si hubo el error o retraso diagnóstico o inadecuación del tratamiento si el reproche se realiza exclusiva o primordialmente fundándose en la evolución posterior del paciente y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen las leyes del razonamiento práctico, ya que la valoración ha de efectuarse según los síntomas y los signos existentes en el momento de la valoración y de los medios diagnósticos y terapéuticos entonces disponibles, no siendo válido incurrir en la prohibición del regreso a partir del diagnóstico final>>.

regap



COMENTARIOS

8 Sanidade

8.1 Inconstitucionalidade parcial da modificación de 2021 da Lei de saúde de Galicia, de incorporación de medidas fronte a pandemias

A sentenza do Tribunal Constitucional (TC) 136/2024, do 5 de novembro de 2024 (relator: Campo Moreno, inclúe voto particular), declara a nulidade parcial da modificación da Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia, aprobada pola Lei 8/2021,

do 25 de febreiro, no contexto da pandemia da covid-19, para incorporar determinadas medidas preventivas en crises sanitarias, medidas como o illamento de persoas enfermas, o confinamento domiciliario, o internamento en centro hospitalario ou o sometemento obrigatorio a vacinación.

O TC descarta, en primeiro lugar, que as ditas medidas constitúan supostos de suspensión dos dereitos fundamentais do artigo 55.1 CE reservados á declaración do estado de excepción ou o estado de sitio. Rectifica a súa doutrina anterior, establecida na STC 148/2021, do 14 de xullo (sobre a declaración do primeiro estado de alarma aprobada polo Real decreto 463/2020, do 14 de marzo), concluíndo agora que:

<<la intensidad de la injerencia en el ámbito del derecho fundamental no es un criterio determinante de la diferenciación constitucional entre la suspensión y la restricción de derechos fundamentales, por lo que una ley de restricción, incluido (cuando así sea procedente) el propio decreto de estado de alarma, puede establecer limitaciones de alta intensidad en los derechos fundamentales siempre y cuando se ajuste a los requisitos constitucionales necesarios y, en particular, siempre que respete el principio de proporcionalidad>>.

Pero, en segundo lugar, o TC aprecia que esta modificación da lei galega si vulnera, en boa parte, a reserva de lei orgánica establecida no artigo 81.1 CE, ao efectuar restricións esenciais sobre os dereitos fundamentais á integridade persoal (art. 15 CE), á liberdade deambulatoria (art. 17 CE), á intimidade persoal (art. 18.1 CE), á liberdade de circulación (art. 19 CE) e ao dereito de reunión (art. 21.1 CE). Declara así a nulidade dos artigos 38.2.b); letras c), d), e) e f) do artigo 41 bis; parte da letra c) do artigo 42 bis; as letras d) e e) do artigo 42 bis, e as letras b) e c) do art. 43 bis da dita Lei 2/2008, modificada pola Lei 8/2021.

Insiste o TC en que a declaración de inconstitucionalidade *<<no obedece a un reproche formulado sobre el contenido regulatorio del precepto sino al incumplimiento de los requisitos del sistema constitucional de fuentes, pues una regulación de este tipo debe ser aprobada mediante ley orgánica>>* polas Cortes Xerais.

8.2 Delimitación de funcións do persoal enfermeiro

O TS, na súa sentenza do 18 de decembro de 2024 (rec. 5017/2022, relator: Fonseca-Herrero Raimundo), referida a Galicia, clarifica as funcións do persoal enfermeiro do servizo de urxencias sanitarias 061, concluíndo que:

<<entre las competencias de los enfermeros no cabe incluir las funciones de traslado, entrega y recogida de material empleado en las asistencias sanitarias prestadas en las dotaciones de los servicios de emergencias prehospitalarios a las dependencias hospitalarias de esterilización>>.

Coa seguinte fundamentación:

<<Las tareas litigiosas no forman parte de las labores de enfermería que se caracterizan por la promoción, mantenimiento y recuperación de la salud, así como

por la prevención de enfermedades y discapacidades, que son las que integran la competencia profesional del enfermero según el artículo 7.2.a) de la LOPS.

El enfermero, como profesional sanitario titulado, será el encargado de que el material sanitario esté en condiciones de ser usado, pero no lo será, sin embargo, de realizar labores complementarias que engloban todo lo relativo a las tareas de limpieza y desinfección y que, según esas sentencias, están dirigidas a facilitar las funciones del médico y de la enfermería o ayudante técnico sanitario.

Además, hay que decir que esas competencias genéricas del artículo 7 de la LOPS están específicamente vinculadas a la función de vigilar/asegurar la conservación y el buen estado del material sanitario, y dirigidas a mantenerlos limpios, ordenados y en condiciones de perfecta utilización, que son las que enumeran los artículos 58.3 y 59.13 del EPS no facultativo. Consideramos que estas funciones específicas no alcanzan a las citadas labores complementarias controvertidas, que nada tienen que ver con la función de vigilancia que atribuyen esos artículos del EPS no facultativo de 1973. Solo una interpretación en exceso expansiva, como la realizada por la Sala Territorial en la sentencia ahora recurrida, permite considerar que no resulta factible llevar a cabo la función de vigilancia y conservación del material sanitario si el enfermero no realiza por sí el traslado, entrega y recogida desde la unidad de esterilización. No parece lógico mantener que la conservación del material en las dependencias donde deba ser usado, una vez que se le entrega limpio y desinfectado, no es compatible con la labor de vigilar la conservación y buen estado del material.

4.- Debemos añadir un argumento más que apoya nuestra decisión y que deriva de la delimitación negativa que la propia Sala Territorial hace de las funciones de los TES, personal que antes desempeñaba esas funciones. La Sala toma como referencia para ello el artículo 5 del Real Decreto 1397/2007, de 29 de octubre, que configura ese título como formación profesional de grado medio.

Tal y como el citado artículo 5 relaciona las competencias profesionales, personales y sociales del título de TES, no puede sostenerse que las funciones de llevanza, entrega y recogida del material sanitario de las dependencias hospitalarias de esterilización, queda excluida de las competencias profesionales de los TES referidas: (i) a la limpieza y desinfección del habitáculo del vehículo sanitario y su dotación, para conservarlo en condiciones higiénicas, y que alcanza tanto a las dotaciones sanitarias (letra g) como no sanitarias (letra j); y, (ii) a la de controlar y reponer las existencias de material sanitario de acuerdo a los procedimientos normalizados de trabajo para asegurar su disponibilidad.

No consideramos que sea correcto circunscribir esa competencia profesional de los TES a cometidos que se realicen dentro del habitáculo y en el entorno de las ambulancias, ello porque las dotaciones y el material sanitario no están es esos

regap



COMENTARIOS

espacios sino en el centro hospitalario. Además, el centro hospitalario no es un espacio cerrado a los TES, como parece dar a entender la sentencia recurrida>>.

9 Tributos

9.1 Valoración das probas obtidas ilicitamente por vulneración do dereito fundamental á inviolabilidade do domicilio

O TS, na súa sentenza do 23 de decembro de 2024 (rec. 5663/2023, relator: Navarro Sanchís), estima o recurso de casación interposto pola Administración do Estado fronte a unha sentenza do TSXG.

Analiza os límites á invalidación dunhas probas obtidas con vulneración do dereito á inviolabilidade do domicilio, atribuída ao auto que autorizou a entrada e rexistro en domicilio do obrigado tributario, cando tal apreciación se sustenta na aplicación dun criterio xurisprudencial establecido con posterioridade á firmeza da resolución xudicial de autorización. Conclúe que:

<<no toda lesión del derecho fundamental sustantivo, en este caso la inviolabilidad del domicilio, se traduce automáticamente en una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. La aplicación del art. 11.1 LOPJ requiere, en la secuencia que antes hemos reseñado con cita de la STC 97/2019, de un juicio ponderativo que verifique si existe una conexión o ligamen entre el acto determinante de la injerencia en el derecho fundamental sustantivo y la obtención de fuentes de prueba, y, además, si tal conexión requiere, para el debido equilibrio y garantías de proceso justo, que se excluya tal material probatorio, como declara el Tribunal Constitucional en su STC 97/2019, ratificando la doctrina expuesta, entre otras, en la STC 22/2003, de 10 de febrero.

Si bien estamos ante un caso en que la obtención de las pruebas y evidencias se produce directamente como consecuencia del acto que ha lesionado el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y, en principio, la tutela del derecho a un proceso con todas las garantías opera con mayor intensidad, no cabe olvidar las circunstancias absolutamente excepcionales a que se debe la ilicitud del auto de autorización de entrada que declara la sentencia recurrida.

En efecto, la causa de la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio radica en este caso, exclusivamente, en la falta de la notificación previa al obligado tributario de la incoación del procedimiento inspector para el que se solicitó la autorización de entrada. Se trata por tanto del incumplimiento de un elemento que pertenece al ámbito de los requisitos de legalidad ordinaria del acto que se pretendía ejecutar, aunque ello, sin duda, conlleve la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio.(...).

en el caso que enjuiciamos la admisión y valoración de la prueba que se obtuvo por la Administración tributaria no vulnera la integridad de las garantías del proceso contencioso-administrativo, ya que la única conexión jurídica entre el vicio determinante de la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la obtención de la prueba es la valoración que se hace sobre la autorización judicial firme, a la luz de una evolución de la interpretación jurisprudencial acerca de uno de los requisitos para acceder a la solicitud de autorización de entrada. Esta evolución de la interpretación jurisprudencial no afecta a ningún elemento nuclear del juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la autorización de entrada, sino a un requisito de notificación previa al obligado tributario de la iniciación del procedimiento inspector. La existencia de una conexión natural y jurídica entre el acto de lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y la obtención de pruebas y evidencias, no deviene por sí misma, en un caso como el que examinamos, en una lesión efectiva del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, por lo que la aplicación ponderada del art. 11.1 LOPJ no ampara la exclusión de las pruebas obtenidas en el acto de entrada y registro autorizado en el auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo. La existencia adicional de otras carencias o defectos en el auto de autorización de entrada podría llevar a otra conclusión, pero no es esto lo que se plantea en el caso que resolvemos. Sobre la relación entre el proceso de autorización judicial de entrada y registro y el proceso en que se enjuicia el asunto de fondo, las consideraciones del anterior fundamento jurídico sexto exponen los criterios rectores que han de ser aplicados>>.

Regap



COMENTARIOS

9.2 Ordenanza fiscal municipal reguladora da taxa por instalación de redes de transporte de enerxía eléctrica. Nulidade do réxime de cuantificación

O TSXG, na súa sentenza do 7 de xaneiro de 2025 (rec. 4031/2024, relator: Recio González), declara a nulidade parcial da ordenanza fiscal do Concello de Viveiro reguladora da taxa polo aproveitamento especial do dominio público local por instalacións de transporte de enerxía eléctrica, en canto ao seu sistema de cuantificación.

Aplica a última xurisprudencia establecida polo TS sobre esta materia, concluíndo que a ordenanza impugnada (OF):

<<(…) El régimen reglamentario de cuantificación de la tasa, en lo que a la determinación de la base imponible se refiere, no tiene en cuenta la verdadera intensidad del uso que se hace del demanio, sin distinguir el cableado de las torres metálicas, equiparando todo el trayecto a como si de un supuesto de utilización privativa se tratara, lo que da lugar a una cuantía desproporcionada, y más teniendo en cuenta que la OF ha decidido motu proprio excluir de su tributación a los supuestos de utilización privativa del dominio público municipal, gravando únicamente los supuestos de aprovechamiento especial. La base imponible tendría

que ser, en virtud del artículo 64.1 Ley 25/1998 “la utilidad que reporte el aprovechamiento (...).

El régimen reglamentario de cuantificación de la tasa, en lo que al tipo de gravamen del 5% determina una cuantía desproporcionada, al aplicar un coeficiente de intensidad de uso de 1 (intensidad máxima) que claramente vulnera lo dispuesto en el artículo 85 Ley 33/2003, porque los supuestos de máxima intensidad solo los pueden realizar los usos o utilizaciones privativas; y en lo que al tipo de gravamen del 2,5% se refiere, determina una cuantía del gravamen desproporcionada; los cables de transporte de energía eléctrica realizan un aprovechamiento especial del dominio público de muy escasa intensidad, por lo que el valor del aprovechamiento o tipo de gravamen debe corresponder al verdadero aprovechamiento especial realizado; la cuantía de la tasa impugnada, el valor del aprovechamiento, lejos de responder al principio de equivalencia, se manifiesta como una cantidad absolutamente desproporcionada, completamente ajena a la realidad del verdadero aprovechamiento especial realizado, completamente ajena a la utilidad derivada de ese aprovechamiento especial>>.

10 Universidades

10.1 Axudas para contratos predoutorais

A sentenza do TSXG do 26 de febreiro de 2025 (rec. 427/2024, relator: Seoane Pesqueira) ratifica a conformidade a dereito da adxudicación pola Universidade de Santiago de Compostela das axudas para contratos predoutorais, con estas consideracións:

<<(…) Como hemos visto anteriormente, en el artículo 16 de la convocatoria se persigue dar un tratamiento homogéneo y objetivo de la nota media del expediente académico en el proceso de concurrencia competitiva, y teniendo en cuenta la participación de diferentes titulaciones a las mismas áreas Administración Nacional de Educación Pública (ANEP), el cálculo de la ponderación se efectuará en dos fases, en la primera de las cuales se pone en relación la nota media de la persona solicitante con la nota media de la titulación en su universidad y la nota media de todas las universidades españolas, que es lo que tiene que cumplir la fórmula que se elija por la Administración.

Por tanto, lo que ha de comprobarse, en este proceso de fiscalización jurisdiccional, es si la fórmula aplicada se adecúa a la exigencia contenida en aquel artículo 16. Y no cabe duda de que así es, ya que la fórmula usada por la Universidad para obtener la nota media del candidato fue $(A+B+C)/3$, en la que A es la nota media estatal, B la nota media de la Universidad del candidato y C la nota del expediente del candidato. Es decir, tal como impone la convocatoria, se ha puesto en relación

la nota media de la persona solicitante con la nota media de la titulación en su universidad y la nota media de todas las universidades españolas, y en aquel artículo 16 se abre paso a cualquier método en que se pongan en relación esos parámetros.

Con ello no sólo se está observando el principio de igualdad, porque se ha aplicado homogéneamente a todos los aspirantes, sino que también se cumplen los principios de mérito y capacidad, porque se tienen en cuenta uno y otro al ponderar la nota media del candidato>>.

10.2 Acordo de modificación/unificación dos graos académicos impartidos en escola universitaria. Falta de lexitimación activa para a súa impugnación

O TSXG na súa sentenza do 26 de febreiro de 2025 (rec. 104/2025, relator: Fernández Barrio), desestima o recurso interposto por un profesor fronte a un acordo da Escola Técnica Superior de Enxeñaría de Camiños, Canles e Portos da Universidade da Coruña, de modificación/unificación de graos académicos impartidos.

Considera, en primeiro lugar, que o recorrente carece de lexitimación activa para impugnar esa resolución:

<<El deseo del demandante de que no se apruebe y materialice la unificación de los grados impartidos en la Escuela no es un argumento consistente para fraguar el necesario derecho o interés legítimo necesario para estar legitimado para impugnar una actuación donde prima el interés general, cuya representación no ostenta el recurrente, sin que en el caso rija la acción pública o popular en defensa de la legalidad, correspondiendo la defensa del interés público en la materia justamente a la Universidad de A Coruña, propulsora de esa iniciativa, en el ejercicio de su autonomía universitaria.

Esa defensa de la legalidad, del devenir de la nueva titulación y de las implicaciones económicas o de prestigio que esa decisión universitaria pudieran comportar, no le corresponde a la parte actora, aunque sea profesor en uno de los grados implicados.

Por otro lado, el interés basado en motivos extrajurídicos, susceptibles de satisfacer apetencias, deseos o gustos personales no constituye interés legítimo a efectos de la lexitimación activa. (...)>>.

En segundo lugar, conclúe que os defectos formais denunciados polo actor fronte ao órgano colexiado que adoptou o acordo impugnado son de escasa entidade, polo que carecen de relevancia invalidante.

Regap



COMENTARIOS

Regap

Recensiones

3



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 68_xulo-decembro 2024 | pp. 219-222
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v68i1.5289>
© Carlos de Román Castro
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 27/03/2025 | Aceptado: 27/03/2025

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

68 Regap

Rodríguez-Campos González, Sonia, “ El Estado empresario y la defensa del patrimonio cultural: régimen jurídico de la Red de Paradores Nacionales”, Aranzadi, 2025.

Regap



RECENSIONES

CARLOS DE ROMÁN CASTRO
Doctorando en Relacións Laborais
Universidade de Santiago de Compostela

1 Unha visión xeral da obra

O libro ante o cal nos atopamos ten a súa orixe en dous estudos previos realizados pola profesora Sonia Rodríguez-Campos González. Da lectura da nota preliminar despréndense os dous motivos que impulsan a autora a realizar o traballo sobre o que versa esta recensión: unha incuestionable relevancia do turismo na realidade socioeconómica nacional e a falta de estudos na doutrina sobre a rede de Paradores. Baixo esta premisa, sométese a análise este modelo de intervención pública mediante esta fórmula do dereito privado, a través dun estudo xurídico-administrativo que afonda en aspectos teóricos e prácticos dos Paradores en España.

O traballo iníciase cun prólogo asinado polo profesor Lavilla Rubira, quen ofrece unha breve introdución ao estudo e dedica unhas palabras de recoñecemento ao destacado traballo da autora, así como á súa traxectoria académica e profesional.

2 Estruturación

O corpo principal do estudo estrutúrase en catro partes diferenciadas, nas cales se aprofunda en senllos aspectos dos Paradores.

A primeira parte da obra recibe o título de «Administración Pública e Paradores. Os fundamentos» e está composta polos catro primeiros capítulos.

O primeiro deles titúlase «Introdución ao sector público». Neste capítulo ponse de manifesto a pronunciada necesidade de cubrir o baleiro –previamente– existente na doutrina en relación cos Paradores, algo que, como sinala a autora, resulta paradoxal xa que o turismo desenvolve un papel fundamental na nosa economía. Este primeiro capítulo conclúe cunha breve síntese introdutoria respecto ás diferentes empresas públicas que interviñeron no turismo ata a transformación no ano 1990 da Administración Turística Española (ATE) nunha sociedade estatal coa denominación de Paradores de Turismo de España, S.A.

O capítulo segundo leva por título «A rede de Paradores na historia do turismo español». A través deste capítulo, complementase a aproximación histórica iniciada no capítulo anterior, a cal culmina na actualidade coa clasificación (entre rexionais ou históricos) e caracterización desta cadea hoteleira pública.

O capítulo terceiro responde á denominación «A Administración turística do Estado». Nel a autora distingue tres etapas históricas diferentes na historia da Administración xeral turística do Estado e conclúe introducindo o lector en dous órganos de especial relevancia aos cales se lles dedica o resto do capítulo: o Instituto de Turismo de España (Turespaña) e Paradores de Turismo de España S.M.E., S.A., sobre os cales se expoñen unhas liñas xerais acerca do seu réxime xurídico.

O capítulo cuarto titúlase «A diversa actividade administrativa en materia turística: o caso dos Paradores». Nel analízase o caso dos Paradores como unha manifestación de actividade de xestión económica na cal o Estado actúa como empresario hostaleiro, en competencia co resto de partícipes privados, ao abeiro do exercicio de liberdade de empresa que lle confire á Administración o apartado segundo do artigo 128 da CE.

A segunda parte da obra, que ten como título «O marco constitucional», está composta polo conxunto de capítulos que abranguen dende o quinto ao oitavo.

O capítulo quinto titúlase «Referencia ás bases da intervención administrativa na economía» e aborda unha perspectiva distinta dos Paradores, centrándose na súa significación económica en canto á súa consideración como intervencionismo público na economía. Partindo desta premisa, a autora ofrece unha breve introdución a cuestións que serán abordadas *a posteriori*, pero que orbitan arredor da perspectiva económica, constitucionalidade e os límites da intervención estatal no mercado.

O capítulo sexto titúlase «Os Paradores de turismo como exercicio da iniciativa pública na actividade económica». Nel trátanse as orixes destes establecementos, cuxo inicio se remonta á ditadura de Primo de Rivera, época en que xurdiron, ademais dos Paradores, diferentes modelos de intervencionismo público en España. Así mesmo, reflexiónase sobre o encaixe normativo da finalidade á que responden estas localizacións hoteleiras, tanto no ámbito supranacional co TFUE como no nacional na CE.

O capítulo sétimo titúlase «Bens e dereitos constitucionais implícitos na realidade dos Paradores». A autora enumera os distintos intereses públicos que xustifican a actividade da rede de Paradores, entre os que se atopan, por citar algúns deles: desenvolvemento dun produto turístico de calidade, facilitar a recuperación do patrimonio histórico, promover a tradicional gastronomía rexional, etc.). Simultaneamente, os ditos fins son vinculados con senllos bens de relevancia constitucional, como por exemplo coa preservación do patrimonio histórico-artístico de titularidade estatal en cumprimento do mandato do artigo 46 da CE ou a difusión da cultura, coñecemento e respecto do medio natural conforme o primeiro precepto do artigo 44 da CE, entre outros.

O capítulo oitavo leva por denominación «O complexo fundamento competencial da titularidade do Estado». Neste capítulo reflexiónase sobre a titularidade estatal da rede de Paradores e como a dita titularidade e actividade xestora se encadran dentro do ámbito da discrecionalidade política dos órganos xerais do Estado, sen prexuízo da súa adecuación ou axuste ás regras xurídico-públicas establecidas baixo o marco das competencias de ordenación que teñen as diferentes comunidades autónomas.

A terceira parte da obra titúlase «A ordenación xurídica da rede» e está composta polos capítulos noveno e décimo, sendo este o último capítulo da obra.

O capítulo noveno leva por nome «Actuación administrativa baixo formas de dereito privado e incidencia no sector turístico». Nel a autora ofrece unha serie de consideracións acerca do «*recurso ao dereito privado na forma de actuación* por parte da Administración», as diferentes manifestacións e unha serie de exemplos actuais deste fenómeno no marco nacional.

O capítulo décimo, no que respecta ao seu contido nesta terceira parte, leva por título «Réxime xurídico da rede de Paradores». Neste expóñense os antecedentes á configuración actual dos Paradores como sociedade mercantil de titularidade pública, así como o estudo desta fórmula. A autora completa o estudo do réxime xurídico dos Paradores cunha breve, pero interesante, análise de dereito comparado centrada no caso de Portugal e as Pousadas.

A cuarta parte do libro tamén forma parte do capítulo décimo, e titúlase «Balance e perspectivas». O contido deste capítulo constitúe unha sorte de conclusións onde a autora recapitula e conclúe diversas cuestións abordadas ao longo da obra, ofrecendo unha visión global e reflexiva sobre o modelo da rede nacional de Paradores, mantendo a perspectiva xurídico-administrativa

regap



RECENSIONES

3 Reflexión persoal

A obra obxecto de recensión posúe un enfoque eminentemente xurídico que lle permitirá ao lector afondar no réxime xurídico desta singular figura do dereito administrativo: a rede nacional de Paradores. A profesora Rodríguez-Campos González vai un paso máis alá ao incorporar –con notable resolución– perspectivas e ideas complementarias ao contido xurídico da obra, como unha sintética aproximación histórica a determinados puntos clave da historia e evolución dos Paradores, así como algunhas notas sobre a significación económica que supón este modelo administrativo de carácter comercial. Este conxunto consolida a obra como unha achega única na doutrina, de plena actualidade e relevancia, situando a autora como investigadora de referencia para todo aquel interesado na temática.

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.

Regap



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.

PROCESO DE SELECCIÓN E AVALIACIÓN DOS ORIXINAIS
NORMAS DE PUBLICACIÓN

- 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.

regap



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.

regap



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 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).

