

68 Regap

Revista Galega de Administración Pública

Núm. 68 (xullo-decembro 2024)

_ESTUDIOS [01] GARCÍA LOZANO, Luis Miguel. O proceso de garantía para a unidade de mercado. Exame de eficacias e ineficiencias **[02]** VAQUERO GARCÍA, Alberto. O papel das deputacións provinciais desde a perspectiva do gasto e os ingresos: situación actual e potenciais liñas de mellora **[03]** ROSALES FERNÁNDEZ, Álvaro. Claridade na linguaxe da Administración e colectivos vulnerables na España multilingüe. Especial atención á lingua asturleonese **[04]** GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Luisa Irene. Vulnerabilidade dos procesos electorais ante o mal uso da intelixencia artificial **[05]** MARONGIUW, Daniele. Lei de emerxencia e desinformación: unha análise do artigo 36 da Lei de servizos dixitais da EU **_COMENTARIOS E CRÓNICAS [06]** BOUAZZA ARIÑO, Omar. O benestar animal e a neutralidade na educación como límites á liberdade relixiosa **[07]** RIVERA FRADE, María Dolores. Tributación dos excesos de adxudicación **[08]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Xurisprudencia contencioso-administrativa **_RECENSIÓNS [09]** DE ROMÁN CASTRO, Carlos. Rodríguez-Campos González, Sonia, “ El Estado empresario y la defensa del patrimonio cultural: Régimen jurídico de la Red de Paradores Nacionales”, Aranzadi, 2025.

_ESTUDIOS [01] GARCÍA LOZANO, Luis Miguel. El proceso de garantía para la unidad de mercado. Examen de eficacias e ineficiencias **[02]** VAQUERO GARCÍA, Alberto. El papel de las diputaciones provinciales desde la perspectiva del gasto y los ingresos: situación actual y potenciales líneas de mejora **[03]** ROSALES FERNÁNDEZ, Álvaro. Claridad en el lenguaje de la Administración y colectivos vulnerables en la España multilingüe. Especial atención a la lengua asturleonese **[04]** GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Luisa Irene. Vulnerabilidad de los procesos electorales ante el mal uso de la inteligencia artificial **[05]** MARONGIUW, Daniele. Ley de emergencia y desinformación: un análisis del artículo 36 de la Ley de Servicios Digitales de la UE **_COMENTARIOS Y CRÓNICAS [06]** BOUAZZA ARIÑO, Omar. El bienestar animal y la neutralidad en la educación como límites a la libertad religiosa **[07]** RIVERA FRADE, María Dolores. Tributación de los excesos de adjudicación **[08]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Jurisprudencia contencioso-administrativa **_RECENSIONES [09]** DE ROMÁN CASTRO, Rodríguez-Campos González, Sonia, “ El Estado empresario y la defensa del patrimonio cultural: Régimen jurídico de la Red de Paradores Nacionales”, Aranzadi, 2025.



A Regap, que iniciou a súa andaina en 1992, estruturábase ao xeito clásico das publicacións deste tipo con estudos doutrinarios, xurisprudenciais e normativos. Pero é vontade desta Administración que se dedique a temas de actualidade, que analice e achegue a contribución dos máximos e máis destacados especialistas en temas como o dereito autonómico, as novas tecnoloxías, os retos da Administración no século XXI, o Estatuto dos empregados públicos ou a ordenación do territorio e o medio. E en especial, pretende reservarlle un espazo destacado á Administración local, aos seus funcionarios, ao réxime xurídico destas administracións e a problemas que lle afectan directamente, como a súa articulación territorial, o financiamento, réxime xurídico dos seus bens, urbanismo, etc. Os principais destinatarios desta revista son os empregados públicos e os profesionais do sector privado que desenvolven as súas actividades no eido do dereito.

En suma, pretende converterse na publicación de dereito público de referencia da Comunidade Autónoma de Galicia, e ao tempo alcanzar as máis altas cotas de calidade científica. Actualmente atópase catalogada no Directorio Latindex e está incluída na base de datos Dice (Difusión e Calidade Editorial das Revistas Españolas de Humanidades e Ciencias Sociais e Xurídicas - CSIC), Rebiun (Rede de Bibliotecas Universitarias) e Dialnet.

CONSELLO DE REDACCIÓN:

Director: **Juan José Lavilla Rubira**, Universidade Pontificia de Comillas; Directora técnica: **Sonia Rodríguez-Campos González**, Directora da EGAP, Universidade de Vigo; Secretario: **Alejandro Villanueva Turnes**, Universidade de Santiago de Compostela Vogais do Consello Editorial: **Jesús Ángel Fuentetaja Pastor**, Universidade Nacional de Educación a Distancia; **Mercedes Fuertes López**, Universidade de León; **Javier Guillén Caramés**, Universidade Rey Juan Carlos; **Alejandro Huergo Lora**, Universidade de Oviedo; **Jacinto Lareo Jiménez**, Universidade de Vigo; **Mariano López Benítez**, Universidade de Córdoba; **Pedro Nevado Batalla**, Universidade de Salamanca; **Belén Noguera de la Muela**, Universidade de Barcelona; **Carlos Pérez González**, Universidade de A Coruña; **Montserrat María Otero Oitavén**, Universidade de Vigo; **José Julio Fernández Rodríguez**, Universidade de Santiago de Compostela; **Juan Raposo Arceo**, Universidade de A Coruña; **Diana Santiago Iglesias**, Universidade de Santiago de Compostela; **Xosé Antón Sarmiento Méndez**, Universidade de Santiago de Compostela; **Ricardo Rivero Ortega**, Universidade de Salamanca; **Jaime Rodríguez-Arana Muñoz**, Universidade de A Coruña.

COMITÉ CIENTÍFICO:

Luis Míguez Macho, Universidade de Santiago de Compostela; **Tomás Cano Campos**, Universidade Complutense de Madrid; **Antonio Cándido Macedo de Oliveira**, Universidade do Minho; **Jean-Bernard Auby**, SciencesPo; **Luis Béjar Rivero**, Universidade Panamericana; **Roberto Blanco Valdés**, Universidade de Santiago de Compostela; **María José Bravo Bosch**, Universidade de Vigo; **María Pilar Canedo Arrillaga**, Deustuko Unibertsitatea; **Pedro Costa Gonçalves**, Universidade de Coimbra; **Iñigo Del Guayo Castiella**, Universidade de Almería; **Antonio Fernández de Buján y Fernández**, Universidade Autónoma de Madrid; **Juan Ramón Fernández Torres**, Universidade Complutense de Madrid; **Giuseppe Franco Ferrari**, Università Luigi Bocconi; **José L. García Pita y Lastres**, Universidade de A Coruña; **Julio V. González García**, Universidade Complutense de Madrid; **Vicente González Radio**, Universidade de A Coruña; **Carlos Lema Devesa**, Universidade Complutense de Madrid; **Fernanda Paula Oliveira**, Universidade de Coimbra; **Miguel A. Pérez Álvarez**, Universidade de A Coruña; **Thomas Perroud**, Université Panthéon-Sorbonne; **Johann-Christian Pielow**, Ruhr-Universität Bochum; **Giuseppe Piperata**, Universidade de Venecia; **Joan Manuel Trayter Jiménez**, Universidade de Girona; **Claudia Tubertini**, Universidade de Bolonia, Italia.

Entidade editora:

ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Rúa de Madrid 2-4 – As Fontiñas

15707 Santiago de Compostela (Galicia, España)

Tel. +34 981 546 040 - Fax +34 981 546 249

Web: <http://egap.xunta.es/publicacions> | correo-e: regap@xunta.gal

Periodicidade: semestral Formato: en liña papel ISSN-L: 1132-8371 DOI: https://doi.org/10.36402/regap.v1i68 Depósito legal: C-1.596-91 Tradución e supervisión lingüística: Ramiro Combo García; Sarah Moss Deseño cuberta: Campus na nube, SL Deseño gráfico e impresión: Campus na nube, SL	Siglas utilizadas: UDC: Universidade da Coruña USC: Universidade de Santiago de Compostela UVigo: Universidade de Vigo UAM: Universidad Autónoma de Madrid UB: Universitat de Barcelona UCM: Universidad Complutense de Madrid UdG: Universitat de Girona UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia USAL: Universidad de Salamanca IUAV: Università IUAV di Venezia RUB: Ruhr-Universität Bochum UC: Universidade de Coimbra UNIBO: Università di Bologna
---	---

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

Revista Galega de Administración Pública

ISSN-L: 1132-8371

Núm. 68, julio-diciembre 2024 \ Number 68, July-december 2024

Sumario/Summary

1 ESTUDIOS / STUDIES

Luis Miguel García Lozano

El proceso de garantía para la unidad de mercado. Examen de eficacias e ineficiencias. 227

The market unity guarantee process: an efficiency and ineffectiveness analysis

Alberto Vaquero García

El papel de las diputaciones provinciales desde la perspectiva del gasto y los ingresos: situación actual y potenciales líneas de mejora 251

The role of provincial councils from an expenditure and revenue perspective: current situation and potential lines of improvement

Álvaro Rosales Fernández

Claridad en el lenguaje de la Administración y colectivos vulnerables en la España multilingüe. Especial atención a la lengua asturleonesa 283

Language clarity in public administrations and vulnerable groups in multilingual Spain, with a particular focus on the Asturleonese language

Luisa Irene González Martínez

Vulnerabilidad de los procesos electorales ante el mal uso de la inteligencia artificial 311

The vulnerability of electoral processes in the face of AI misuse

Daniele Marongiu

Ley de emergencia y desinformación: un análisis del artículo 36 de la Ley de Servicios Digitales de la UE 337

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

2 COMENTARIOS Y CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

Omar Bouazza Ariño

El bienestar animal y la neutralidad en la educación como límites a la libertad religiosa 359

Animal welfare and neutrality in education as limitations to religious freedom

María Dolores Rivera Frade

Tributación de los excesos de adjudicación 369

Excess allocation taxation

Francisco De Cominges Cáceres

Jurisprudencia contencioso-administrativa 411

Contentious-administrative jurisprudence

3 RECENSIONES / REVIEWS

Carlos de Román Castro

Rodríguez-Campos González, Sonia, El Estado empresario y la defensa del patrimonio cultural: régimen jurídico de la Red de Paradores Nacionales, Aranzadi, 2025. 443

Regap

Estudios

1



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 68_julio-diciembre 2024 | pp. 227-250
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v68i1.5208>
© Luis Miguel García Lozano
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 19/06/2024 | Aceptado: 27/03/2025

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

O proceso de garantía para a
unidade de mercado. Exame
de eficacias e ineficiencias

El proceso de garantía para la unidad de mercado. Examen de eficacias e ineficiencias

68 Regap

The market unity guarantee
process: an efficiency and
ineffectiveness analysis

Regap



ESTUDIOS

LUIS MIGUEL GARCÍA LOZANO
Profesor contratado doctor del
Departamento de Derecho Administrativo
Universidad de Granada
lmgarcialozano@ugr.es

Resumo: Neste traballo procedemos a analizar o proceso especial para a unidade de mercado, creado en 2013 por medio da Lei de garantía da unidade de mercado. O dito proceso xudicial presenta unha serie de inconvenientes e problemáticas que fomos analizando ao longo deste, de cara a realizar propostas de *lege foerenda* tendentes a que, no seu día, poida mellorarse o proceso, o texto regulativo e a calidade deste.

Palabras clave: Proceso contencioso-administrativo, proceso de unidade de mercado, mercado, Administración, control xudicial.

Resumen: En el presente trabajo procedemos a analizar el proceso especial para la unidad de mercado, creado en 2013 por medio de la Ley de garantía de la unidad de mercado. Dicho proceso judicial arroja una serie de inconvenientes y problemáticas que hemos ido analizando a lo largo del mismo, de cara a realizar propuestas de *lege foerenda* tendentes a que, en su día, pueda mejorarse el proceso, el texto regulativo y la calidad de este.

Palabras clave: Proceso contencioso-administrativo, proceso de unidad de mercado, mercado, Administración, control judicial.

Abstract: In this work we proceed to analyze the special process for the market unit, created in 2013 through the Market Unit Guarantee Law. This judicial process throws up a series of inconveniences and problems that we have been analyzing throughout it, with a view to making *lege foerenda* proposals aimed at improving the process, the regulatory text and its quality in its day.

Key words: Administrative process, market unit process, market, Administration, judicial control.

SUMARIO: Introducción. 1 Los mecanismos para la protección de los operadores económicos en la LGUM. 2 El proceso para la garantía de la unidad de mercado. 2.1 Elemento subjetivo del recurso. 2.2 Elemento objetivo del recurso. 3 Las especialidades del proceso judicial para la tutela de la unidad de mercado. 3.1 La tramitación del recurso. 3.2 La sustanciación del proceso. 4 La sentencia como hito procesal final en la resolución del recurso. 5 La suspensión del procedimiento para la garantía de la unidad de mercado. 6 Conclusiones. 7 Bibliografía.

Introducción

La Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa –en adelante LJCA–, aprobada hace ya 24 años, ha arrojado a lo largo de este periodo de aplicación luces y sombras, poniendo de relieve que, pese a los intentos del legislador, no en todos los casos se ha conseguido avanzar con la adopción de esta nueva norma y, sobre todo, las dificultades que se han advertido a la hora de llevarla a la práctica por parte de la judicatura y de los profesionales liberales. No es algo que pase inadvertido, ni en esta ni en otra norma procesal, en tanto en cuanto es utilizada a diario en multitud de ocasiones por decenas de tribunales de nuestro país. Por ello, y más si cabe, dado el abundante número de casos de los que conoce el orden contencioso-administrativo diariamente, quedan patentes las reformas obradas, pero también los errores que se arrastran, o los que de nuevas se introdujeron con las innovaciones que ha sufrido este texto normativo en una pretendida mejora.

En este itinerario de consolidación del nuevo marco procesal, como era de esperar, se hicieron diversos –e, incluso, numerosos– ajustes a fin de corregir las ineficiencias de un proceso de gran importancia, dirigido a controlar la actuación, o falta de ella, por parte de las administraciones públicas. En este sentido, se imponía como una necesidad enmendar aquellas imprecisiones del legislador de 1998, o incluso complementar y modificar la concreta regulación que hubiese devenido en impracticable, o hasta inaplicable. En esta tesitura, se abordaron hasta 37 modificaciones que se sucedieron a lo largo de estas dos décadas, algunas con más éxito que otras, y, de la misma manera, algunas de ellas con una mayor profundidad e impacto en la ley que el resto. De todas, solo vamos a resaltar aquellas que para la materia tratada en este trabajo nos parecen interesantes.

La primera tuvo lugar al poco tiempo de la aprobación de la Ley procesal, modificación que se efectuó a través de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cambio que se operó a través de la disposición adicional vigesimocuarta. De la misma manera, nos parece de interés otra

de las reformas que se realizó por medio de la Ley orgánica 4/2003, de 21 de mayo, complementaria de la Ley de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, con la que se modifican la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, con la que se actualizó exclusivamente el artículo 11 de esta última.

A los cuatro años, se abordó una nueva modificación parcial a través de la Ley 15/2007, de 3 de julio, para la defensa de la competencia, en la cual se actualizó nuestra ley al objeto de intentar aportar luz en relación con el régimen de recursos contra las resoluciones de los órganos nacionales y autonómicos de competencia, y modificar con cierta razonabilidad el procedimiento de autorización judicial, y, en concreto, en el supuesto de que exista oposición a una inspección realizada en aplicación de esta norma mercantil. A través de la disposición adicional séptima, se modificaron los artículos 8.6 y 10.1, ambos en sede de competencia –material y orgánica–, y, finalmente, el apartado 3 de la disposición adicional tercera de la LJCA.

No fue la única norma adjetiva modificada en esta ocasión, pues, como se entenderá, también la Ley de enjuiciamiento civil se vio afectada en su artículo 15.º, pero sin adentrarse en otros aspectos más profundos, alteración sobre la que tampoco vamos a versar por no ser de interés para este estudio. Posteriormente, el legislador ahondó en otra necesidad de adaptación de la norma a nuevas contingencias surgidas, llevándola a cabo por medio de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que introdujo importantes modificaciones en esta y en otras normas procesales por las que se cursaba la implementación de dicha oficina organizativa.

Pero, pese a estas y otras enmiendas que se realizaron en la ley de ritos, seguía sin implementarse un proceso judicial que permitiese defender o tutelar cualquier actuación tendente a coartar o violentar la unidad de mercado de una manera preferente, más allá del proceso ordinario. De hecho, pasó la primera década sin presencia o atisbo alguno que indicase un interés en llevar a cabo su creación. Como hemos advertido en este mismo apartado, sí se introdujeron modificaciones tendentes a concordar la Ley de competencia desleal y la LJCA, pero hasta ese punto se llegó, sin abrir espita alguna tendente a consolidar un recurso que tutelase las situaciones contrarias a la unidad de mercado, de la mano de las administraciones públicas. Ello no quiere decir que no se introdujese en la ley novedad legislativa alguna, sino todo lo contrario, ya que en 2010 se cursaron dos reformas, en 2011 tres y en 2012 otras tantas. No obstante, habremos de esperar al año 2013 –ya finalizando el segundo periodo de sesiones del año natural– para que se obre la inclusión de un proceso en el sentido que hemos indicado arriba, y con una cierta regulación, que en cambio se reveló muy básica, demasiado limitada y en algunos casos limitante, como iremos viendo a lo largo de todo este estudio.

Será en esta última anualidad cuando, por medio de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado –en adelante, LGUM–, se obraría la inclusión del capítulo IV, del título V de los procesos especiales, por el que se daba

regap



ESTUDIOS

carta de naturaleza al nuevo cauce procesal para la garantía de la unidad de mercado¹. Esta norma, como ya se ha referido, fue precisamente intitulada sobre la garantía de la unidad de mercado, de tal guisa que con ella se buscaba promover recursos procesales más veloces al objeto de evitar alteraciones en el mercado por medio de actuaciones administrativas, consolidándola como principio en “*un entorno de competencia e inversión de libertad de los operadores económicos, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecerse con carácter estatal y en ocasiones justificadas con carácter autonómico y local*”, tal como señaló el profesor Bermejo².

A este respecto, debemos decir que, con la entrada en vigor de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales, este proceso especial, como proceso sumario, toma relevancia ante posibles medidas que la Administración o administraciones puedan adoptar y que afecten a los secretos empresariales y, a la vez, a la unidad de mercado. Por este motivo, vamos a proceder a analizar de manera detenida el procedimiento judicial que nos ocupa.

1 Los mecanismos para la protección de los operadores económicos en la LGUM

Como se ha anticipado, a través de la citada LGUM no solo se han proclamado principios tendentes al fortalecimiento de la unidad de mercado en nuestro país, como reflejo de las directivas europeas como derecho derivado, sino también como desarrollo de los principios recogidos en el derecho originario europeo, a fin de otorgar una mayor eficiencia a las actividades económicas³. No obstante, debe hacerse notar el impacto que el primero ha tenido en nuestro ordenamiento en este ámbito material, hasta el punto de que importante doctrina de nuestro país, como Gifreu Font, señala que la irrupción y posterior “*traslación a nuestro ordenamiento de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, ha supuesto una pequeña revolución en la manera de encauzar la relación de las administraciones públicas con los ciudadanos, en el marco de la tradicional actividad de policía...*”⁴.

Sin embargo, como recoge otra parte de nuestra doctrina, esta norma ha sido acogida de manera escéptica por un sector de la Academia⁵ y, en parte, así han venido a confirmarlo las posteriores resoluciones del Tribunal Constitucional, que censuraron de manera parcial el texto legislativo con señaladas declaraciones de inconstitucionalidad. En este sentido, importantes autores denotan que este hecho supuso un mazazo del que no se ha podido recuperar la normativa, aunque tan cierto

¹ García de Enterría, E. y Fernández R. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 2, Cizur Menor: Editorial Civitas, 2019, p. 728.

² Bermejo Vera, J., *Derecho Administrativo Básico*, 1, Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2019, p. 499.

³ Tornos Mas, J., “La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 19, 2014, pp.144-177, (p. 147).

⁴ Gifreu Font, J., “La impronta de la directiva de servicios y de la normativa de transposición interna estatal en las técnicas interventoras urbanísticas. Parada y fonda: la Ley de garantía de la unidad de mercado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 98, 2014, pp. 169-213 (p. 169).

⁵ ESTOA PÉREZ, A., “Relectura de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, desde la perspectiva del recurso para la garantía de la unidad de mercado”, *Revista de Administración Pública*, 209, 2019, pp. 429-457, (p. 432).

es que otro sector resalta que tal cosa no ha sucedido, sino que incluso el impacto ha sido nulo para el resto de aspectos de la LGUM⁶.

En todo caso, y siguiendo la línea señalada por el derecho europeo, se articularon una serie de mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de las libertades dimanante de las exigencias de la unidad de mercado que vienen recogidas en él y desarrolladas en esta y en otras normas patrias. Así mismo, se reflejó ya en la exposición de motivos de la LGUM, dado que no existía procedimiento especializado de ningún tipo al cual poder recurrir para controlar y garantizar dichas libertades. Tan solo se podía acudir a procedimientos administrativos y judiciales ordinarios, pero que, habida cuenta de lo sensible del objeto, no se aconsejaban tales vías, pues no contribuyen a una resolución adecuada, sino tardía y muchas veces extemporánea.

De esta manera, el legislador, en la II parte del preámbulo, alude a que con la creación de estos procedimientos se pretende adoptar una vía mucho más eficaz en la resolución de los contenciosos y, sobre todo, más rápida y ágil con la que poder detectarse las ineficacias y resolver las controversias surgidas. Es lógico deducir que un proceso ordinario no es bastante ni suficiente para resolver las problemáticas que pudieran darse con la rapidez que se requiere en esta materia. Antes bien, reconducir estos temas económicos que pudieran derivar en daños para una parte importante de la población a procedimientos generales, con los plazos ordinarios, incluso puede resultar contraproducente.

De tal guisa, se incorporaron en el capítulo VII de la ley dos procedimientos de naturaleza muy diversa, siendo uno de ellos de corte netamente administrativo y otro de tipo judicial, pero ambos presididos por criterios de urgencia y como alternativa al sistema de recursos ordinario previsto para la generalidad de las situaciones administrativas recurribles. Así las cosas, resalta la exposición de motivos que con ellos se pretende que las controversias que pudieran surgir, incluso por actuaciones administrativas, puedan ser controvertidas y resueltas con una mayor rapidez que si de un procedimiento ordinario se tratase, a fin de no vulnerar el principio de unidad de mercado –o de evitar la prolongación temporal de la vulneración– y los derechos de los ciudadanos y de las empresas que actúan en el ámbito español.

De este modo, se ha articulado un doble procedimiento, como ya se ha resaltado:

- Uno administrativo, a la sazón el procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes, recogido en el artículo 26 de la norma y del cual conocerá el Consejo para la Unidad de Mercado.

⁶ ESTOA PÉREZ, A., *op. cit.*, p. 432.

- Uno judicial, siendo este el proceso en garantía de la unidad de mercado, creado en el artículo 27 de la LGUM y disciplinado por medio de la reforma operada en la Ley 29/1998, en la disposición final primera de la antes citada norma.

Ambos artículos han configurado cauces procedimentales que se activarían como vía previa⁷ al proceso especial que se ha recogido como segundo mecanismo. Aun así, se han previsto otros mecanismos complementarios por la vía del artículo 28 de la LGUM, que se centrarán en la actuación del Consejo para la Unidad de Mercado instituido en esta norma, en concreto en el artículo 10, y se le dota de órganos y funciones en los que le siguen a continuación.

Sobre los procedimientos previstos en los artículos 26 y 28 de la LGUM, no vamos a versar en este trabajo, ya que no es el objeto del mismo y, a su vez, existen numerosos estudios que lo tratan⁸. Sin embargo, sí vamos a adentrarnos en el estudio del proceso jurisdiccional que se recoge en el artículo 27 de la LGUM a lo largo de los siguientes apartados.

2 El proceso para la garantía de la unidad de mercado

Como ya apuntáramos previamente, la inclusión de este proceso especial se obró en el año 2013, cuando ya se había cumplido la primera década de vigencia de la LJCA, con el fin de introducir un recurso sumario y especial⁹ que atendiese a las especificidades propias del mercado, para dar respuesta a las incógnitas que suscitasen determinadas actuaciones públicas que vulnerasen la unidad de mercado. El paso del tiempo, la entrada en vigor de la Directiva 123/2006¹⁰, de la Directiva 2009/72/CE¹¹ y de la nueva Ley de defensa de la competencia evidenciaron la necesidad de introducir un cambio de perspectiva en torno al control de la actuación de los entes públicos en el ámbito del mercado de acuerdo con sus competencias¹², si bien estos son imponderables que se intentaron mitigar por medio de la aprobación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado¹³.

⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., "El contencioso de la Unidad de Mercado", en M. J. Alonso Mas (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Madrid: La Ley, 2014, pp. 935-981 (p. 937).

⁸ Véase Casares Marcos, A. B., "Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación: procedimientos en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes (artículo 26)", en M. J. Alonso Mas (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Madrid: La Ley, 2014, pp. 831-917.

⁹ Rodríguez Beas, M., "Los mecanismos de protección en garantía de la unidad de mercado como la nueva vía alternativa de recurso", en F. López Ramón (dir.), *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016*, Madrid: INAP, 2016, pp. 535-547 (p. 544).

¹⁰ J. TORNOS MAS (2014: 148).

¹¹ Muñoz Machado, S., "Ilusiones y conflictos derivados de la directiva de servicios", *Revista General de Derecho Administrativo*, N. 21, 2009, pp. 1-15 (p. 15).

¹² Apunta Abel Estoa que no solo se relaciona con la Directiva 123/ 2006, sino también con la conocida Directiva de Servicios, la 2009/72/CE. Véase ESTOA PÉREZ (2019: 433).

¹³ Apunta J. Tornos que la LGUM, aunque tardíamente, se tramitó de manera veloz habida cuenta de las necesidades impuestas por la Comisión CORA y las presiones de los diversos sectores económicos y de la propia Comisión Europea. Véase J. Tornos Mas (2014: 146).

Como apuntaba, con muy buen criterio, el profesor Bermejo Vera, este procedimiento se fundamenta de manera clara y directa en el artículo 139.2 CE¹⁴, pero, además, en las grandes libertades que había establecido el Tratado de Maastricht como pilares del mercado único europeo¹⁵, esto es: la libre circulación de mercancías, de personas, de capitales y libre prestación de servicios en el territorio de la Unión¹⁶. A fin de tutelar de manera correcta estos principios, la Ley 20/2013 crea un sistema de reclamaciones en el artículo 26 que se deberán cursar ante el Consejo para la Unidad de Mercado y ante la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia. Hay que recordar que las resoluciones de ambos organismos pueden ser sometidas a revisión jurisdiccional a través del oportuno recurso contencioso-administrativo¹⁷, como no podía ser de otra manera.

Pero estos mecanismos no resultaban suficientes para asegurar que la actuación de las administraciones públicas no iría contra la unidad de mercado, entendiéndola como principio único, ni contra esta, entendiéndola a modo de principio matriz de los que, como ya hemos señalado, recoge el derecho originario europeo.

Es por ello por lo que se decide crear este procedimiento especial, con el objeto de extirpar cualquier actuación de la Administración pública de la escena económica, de manera que no se perturbe el funcionamiento del mercado generando cualquier tipo de fragmentación en él. Es cierto que, en esos casos, el interesado dispone del procedimiento ordinario con el fin de recurrir la actuación de la Administración que les afecte¹⁸, sin coartarse cualquier tipo de actuación dirigida a ello¹⁹. A pesar de esto, si algo caracteriza la impartición de justicia, no es precisamente su velocidad en la resolución de los pleitos que se le plantean, y, habida cuenta la necesidad de darles una respuesta rápida en los supuestos en los que se contravengan los principios relativos a la unidad de mercado, dada la sensibilidad de la materia, se requería de un proceso que articulase una solución más clara y prioritaria²⁰.

De esta manera, se vislumbró la necesaria adopción de una medida más contundente, como podía ser la creación de un recurso que tutelase las situaciones que produjesen alguna violación de los principios a los que nos acabamos de referir. Es por ello por lo que, por vía de disposición final, se introdujo una enmienda de la LJCA en la que se añadía, en sede de recursos especiales, el proceso centro de nuestro estudio. Este hecho es precisamente uno de los principales problemas que cabe resaltar, cual es la circunstancia de que la regulación, pese a la enmienda introducida

¹⁴ BERMEJO VERA (2019: 498). También véase de la Quadra-Salcedo Janini, T., *Mercado nacional único y Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

¹⁵ Alonso Mas, M. J., "Marco comunitario: las libertades de establecimiento y prestación de servicios", en M. J. Alonso Mas (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Madrid: La Ley, 2014, pp. 45-80 (p. 48).

¹⁶ Sobre este particular hemos versado en García Lozano, L. M., *La intervención de la administración pública en el sector de los mercados financieros: examen de las novedades normativas*, Murcia: Iuris Universal, 2018, p. 12.

¹⁷ BERMEJO VERA (2019: 499).

¹⁸ RODRÍGUEZ BEAS (2016: 544).

¹⁹ SANTAMARÍA PASTOR (2014: 939).

²⁰ Martín Valero, A. I., "El procedimiento para la garantía de la unidad de mercado", *Actualidad Administrativa*, 2, Wolters Kluwer, 2020, pp. 1-10 (p. 2).

en la LJCA, no está contenida exclusivamente en esta, sino que precisamente, en lo que a la legitimación del actor se refiere, se contiene en el artículo 27 de la LGUM, mientras que el resto del proceso se ha albergado en la ley de ritos²¹. Este reparto que ha realizado el legislador es claramente incomprensible, en la medida en que no se entiende cómo no se ha incluido la regulación en su totalidad en la ley jurisdiccional teniendo en cuenta la vocación codificadora que posee la Ley 29/1998. Antes bien, debiera haberse obrado una modificación en el artículo 19 de esta norma, en lugar de dejar lo relativo a la legitimación actora orillado en otra norma fuera de la normativa procesal, lo que claramente se torna en un defecto importante de técnica legislativa derivado de este desatino que podría haberse salvado perfectamente.

2.1 Elemento subjetivo del recurso

Por lo que respecta a los sujetos afectados por el recurso, es decir, en relación con el autor de la conducta recurrida, dispone la ley que puede ser cualquier tipo de Administración pública sin límite alguno, como no podría ser de otra manera. En este sentido, se remite al artículo 2 de la Ley 40/2015, siendo actualmente esta la concreta norma que de manera más actualizada establece la descripción y el listado subjetivo de las personas jurídicas que deben ser consideradas como administración y sector público en una terminología más economicista y amplificadora del objeto. No obstante, no puede obviarse que, en sede de la ley de ritos, se dedica también una parte de la norma –el artículo 2– al mismo menester, lo que también hace ser más específico el ámbito procesal al concretarse.

De esta manera, podemos afirmar que cualquier actuación administrativa o falta de ella es susceptible de recurso fuera cual fuese la Administración autora, esto es, con absoluta independencia del tipo de ente del que emane el acto o del nivel territorial del que se trate²². No debe olvidarse que pueden influir en la unidad de mercado con actuaciones administrativas todos los niveles territoriales, incluidos los locales, como resalta Rastrollo Suárez²³. La experiencia nos hace ver que muchos de los casos que han sido enjuiciados vienen derivados de actuaciones de administraciones locales²⁴, las cuales se han considerado como tendentes a coartar las libertades derivadas de la proclamación del mercado único español –y europeo–.

Examinado el sujeto recurrido, sin solución de continuidad, pasamos al sujeto recurrente. Precisamente haciendo referencia a él es como comienza el artículo 127 bis LJCA y, por tanto, el capítulo IV. En esta concreta norma se asigna la acción a la

²¹ SANTAMARÍA PASTOR (2014: 939).

²² La profesora Lozano Cutanda recuerda que el tipo de Administración no se aprecia en ningún aspecto de la normativa, con lo que el recurso podrá interponerse con independencia de la tipología a la que pertenezca la autora. *Vid.* Lozano Cutanda, B., "Ley 20/2013, de garantía de la Unidad de Mercado: las diez reformas clave", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 9, 2014, pp. 157-166 (p. 165).

²³ Rastrollo Suárez, J. J., "Ordenanza municipal y unidad de mercado", en M. J. Alonso Mas (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Madrid: La Ley, 2014, pp. 355-387 (p. 361).

²⁴ Resulta de sumo interés el análisis que realiza Abel Estoa en la segunda parte de su estudio de los casos que hasta 2019 ha conocido la Audiencia Nacional, donde cuantitativamente destaca como Administración recurrida la local. Véase ESTOA PÉREZ (2019).

Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia –en adelante, CNMC–, no incluyéndose ningún otro organismo, Administración o ente público entre los legitimados para ello. Pero este artículo –derivado de la modificación operada a través de la disposición final primera de la LGUM– trae causa de otro previo, que no es otro que el ya mencionado artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre. Es en él donde se otorga la legitimación de manera directa a nuestro organismo para promover la acción procesal que se consolida en sus manos.

Estamos, por tanto, ante una atribución casi en situación de monopolio, de manera exclusiva pero también excluyente. Como bien señala Santamaría Pastor, supone una singularidad que deriva en una *rara avis* en nuestro sistema procesal y, en concreto, en la LJCA²⁵. Y, si bien no es un caso único en nuestro ordenamiento, ello no quita que no tengamos que señalar su existencia. A este respecto, debemos hacer notar diversos hechos que nos llevan a reflexionar sobre si esta actuación ha sido oportuna por parte del legislador o, por el contrario, ha sido desafortunada.

Y es que entendemos que conceder el impulso de un proceso judicial a un organismo especialista y especializado en materia de competencia, como es la CNMC, permite una unidad de acción decidida y clara en defensa de la unidad de mercado y, por ello, una línea de actuación más o menos igualitaria y homogeneizada a lo largo de un periodo definido. Debemos partir de una realidad, y es que, según el Constituyente, el mercado económico de nuestro país es único y, por tanto, se consolida la idea de que exista un ente que de manera individualizada tenga capacidad para controlarlo, al objeto de tener una concepción global del mismo. En este caso, para ello se creó la CNMC, de tal guisa que, según la *mens legislatoris*, solo ella estará en situación de ponderar la necesidad de acudir a los tribunales para recurrir cualquier actuación de una Administración pública, o falta de ella, que vulnere los principios que cristalizan en dicha unidad.

La economía y, por tanto, el mercado en el que se mueven los agentes económicos en el marco de sus actividades no pueden dividirse de acuerdo con criterios regionales, o incluso locales, y menos hoy en día habida cuenta de la realidad transnacional existente. Nos encontramos en momentos históricos en los que la tendencia, más que a particularizar, está dirigida totalmente a lo contrario. Más, si cabe, considerando que la adhesión de nuestro país a las Comunidades Europeas y después a la Unión nos ha llevado a formar parte de un mercado único supraestatal en el que nos hemos consolidado día a día.

Del mismo modo, el Constituyente intenta evitar que la economía nacional se vea parcelada siguiendo miméticamente el mapa autonómico y, por tanto, se realicen algunas actuaciones en unas regiones que en otras no estarían permitidas. Todo ello sin perder de vista las políticas públicas de impulso y fomento que desde los ejecutivos autonómicos se quieran adoptar. Así las cosas, según este punto de vista que aportamos, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia es el organismo adecuado para promover este tipo de procesos con una visión de conjunto más amplia y especializada.

²⁵ SANTAMARÍA PASTOR (2014: 952).

A pesar de ello, también encontramos diversas razones que desaconsejan apoderar con esta acción procesal de manera exclusiva a la misma.

La primera de ellas es que se concede una acción a un órgano vinculado a la Administración general del Estado que quizás se vea incapaz de fiscalizar la actuación de todas las administraciones públicas, sean territoriales o no. Un solo organismo para controlar miles de personas jurídicas y, por ende, cientos de miles de actuaciones que pudieran tender a vulnerar la unidad de mercado resulta a todas luces inabarcable. Por tanto, no sería, factible si no mediase una información previa hacia la Comisión, llegara de donde llegase. Para hacer posible que la CNMC tenga conocimiento de alguna actuación de los cientos de miles que realizan las miles de administraciones públicas de nuestro país, se ha establecido un sistema basado en el derecho de petición recogido en el artículo 27.2 de la LGUM. El legislador ha dispuesto que podrán dirigir peticiones para que se inicie el proceso contencioso por parte de los operadores económicos, utilizando una terminología absolutamente imprecisa y nada clarificadora²⁶, lo que entendemos que se ha obrado para compensar la excesiva restricción en la acción procesal. Hay que partir de que esa referencia omnicomprendensiva ya se alberga en el epígrafe del capítulo VII de la LGUM, donde regula estos procedimientos. Podríamos, quizás, para conseguir vislumbrar a qué se refiere la norma por operador económico, retrotraernos al artículo 26, donde incluye quiénes tendrán capacidad para poner en marcha el procedimiento, citando a los operadores económicos y a las asociaciones representativas de estos, entre ellas las cámaras oficiales de comercio y las asociaciones profesionales, aunque no dice nada de otras administraciones corporativas como los colegios profesionales, las asociaciones patronales, etc., cuyos asociados sí podrían verse afectados y, sin embargo, no se les ha extendido tal posibilidad en la literalidad de la ley. Entendemos, por tanto, que debe hacerse una interpretación amplia, en tanto en cuanto un operador económico no son solamente las asociaciones representativas, sino cualquier persona que participe en el tráfico económico, incluyendo el comerciante individual regulado en el Código de comercio actualmente en vigor y que, en cierta medida, es obviado por el legislador en una clara discriminación.

Pero también el apartado 6 del mismo artículo 27 LGUM se refiere a dicho derecho de petición, remitiendo a su disposición adicional quinta. Hay que partir de que el mismo, en la medida en que es un derecho subjetivo, se encuentra contenido entre los fundamentales reconocidos por nuestra Constitución en su artículo 29. En consecuencia, y dado que esta tipología solo se predica de las personas físicas, y teniendo cuenta que un operador económico puede ser una persona física pero las más de las veces será una persona jurídica, consideramos que la terminología utilizada por el legislador no es la más acertada, pues solo aporta más confusión a lo que realmente debería haber sido configurado como una notificación o incluso una denuncia en el sentido administrativo, dado que se basaría en una infracción de una norma del ordenamiento jurídico español –sea de la propia LGUM, sea de cualquier otra o sea incluso de normativa europea originaria o derivada–. Por ello, hablar de petición,

²⁶ SANTAMARÍA PASTOR (2014: 953).

como hace el artículo 27 en reiteradas ocasiones o la disposición adicional quinta, no nos parece lo más adecuado.

De la misma manera, la utilización de diferentes soluciones terminológicas por el legislador rara vez se hace en vano. Debemos partir del hecho de que la Administración actúa –como es archisabido– con el fin de dar una respuesta a las inquietudes de un ciudadano, por el interés general y con vocación de servicio. Hablar de actuación a instancia de parte plasma ese deber de actuación y deber de resolución que se viene reiterando tanto para la Administración judicial como para la Administración pública desde hace varias centurias, y que necesariamente implica una actuación de estas, tendentes a dar una respuesta en derecho a la inquietud del actor o del administrado, respectivamente.

Sin embargo, la actuación administrativa obligada en el caso de ejercerse el derecho de petición, según jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, se resuelve exclusivamente en acusar el recibo y dar una respuesta sobre la oportunidad o no de actuar de acuerdo con lo pedido. En esta inteligencia, la diferenciación sobre el modo de proceder es muy clara y resulta mucho más cómodo para la Administración este segundo sistema que el primero. De esta manera, le deja las manos mucho más abiertas y libres en el segundo que en el primero.

En consecuencia, debería interpretarse petición como solicitud a instancia de parte desde el punto de vista administrativo, para evitar que ninguna denuncia quede sin activar y, por tanto, la CNMC se vea impelida a actuar, sin permitirle realizar criba alguna antes de ponerse en marcha, según criterios de oportunidad.

Todo este error nace, desde nuestro humilde punto de vista, del intento de marcar distancias con respecto a la terminología administrativista, en favor de otra más economicista, al plantear que la CNMC “*actuará de oficio o a petición de los operadores*”. Si en lugar de este intento de modificación terminológica, que a todas luces carece de sentido, se hubiese utilizado la tan tradicional expresión en nuestro ordenamiento basada en que la actuación de una Administración u organismo público se iniciará de oficio o a instancia de parte, nos ahorraríamos este error en las categorías jurídicas que maneja el legislador de la LGUM. A pesar de ello, se ha optado por un camino que lo lleva a confundir instituciones y configurar la denuncia como un derecho de petición, en lugar de un deber ciudadano que descansa en nuestra obligación de perseguir cualquier tipo de actuación –fuera quien fuese el autor– antijurídica. Si siguiésemos esta línea, el deber de denuncia de delitos recogido en la Ley de enjuiciamiento criminal se tornaría en un mero derecho de petición a la jurisdicción competente para que investigue tales hechos, lo que sería una auténtica paradoja.

De la misma manera, nuevamente incurre en un error terminológico cuando habla de acción popular en el apartado 6 del artículo 27. Si consultamos las definiciones de acción que da el *Diccionario del español jurídico*, en ninguna se contiene como referencia a la promoción de una actuación administrativa, sino que todas tienen un claro sentido procesal²⁷. Solamente de manera muy residual encontramos una

²⁷ Definición de acción, entrada gramatical 2: *Diccionario del español jurídico*. Recurso consultable en: <https://dej.rae.es/lema/acci%C3%B3n1>. Última consulta 22/07/2022.

referencia al conjunto de actividades desarrolladas por un organismo o institución en el ejercicio de sus competencias²⁸, pero no conseguimos encontrar una definición similar a la que utiliza el legislador. La acción popular supone una facultad otorgada a la ciudadanía para participar en la función jurisdiccional, sea esta en el orden penal o en el orden contable. De ahí que la extrapolación que hace el legislador hacia una activación de una posible puesta en marcha de un organismo con la finalidad de activar un proceso contencioso es, cuando menos, un oxímoron que no tiene real encaje en nuestra teoría administrativista, y mucho menos en la procesal.

Tampoco consideramos que el legislador haya tratado de instituir una categoría jurídica distinta y novedosa, en tanto en cuanto no la ha acompañado de una interpretación auténtica que permita concebir tal alarde de creatividad como algo diverso y distinto de lo ya existente. Es en la disposición adicional quinta de la LGUM donde se da cuerpo a la referida “acción popular”, al decir que “*será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y, a través de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ante los tribunales el cumplimiento de lo establecido en esta ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y ejecución, para la defensa de la unidad de mercado*”. De nuevo, consideramos que tanto esta supuesta acción popular –en el epígrafe– o pública –en el texto de la disposición– como la petición activada con base en el antes referido derecho de petición no son más que la solicitud a instancia del interesado a la que se refieren los artículos 54 y 62 de la Ley 39/2015, concordantes entre sí.

En consecuencia, solo podemos concluir que este intento por parte del legislador de la LGUM de innovar en la terminología, incluyendo en algunos casos expresiones descontextualizadas como “acción popular” o “derecho de petición” y, en otros, referencias ambiguas o vagas como “operador económico”, obviamente fruto de una mala técnica legislativa y claramente de una injerencia de otros sectores profesionales

Acción 1:

1. Pen. Primer elemento del concepto de delito, sinónimo de conducta o comportamiento.
2. Pen. En sentido estricto pero comprensivo de las dos formas de comportamiento humano, manifestación de voluntad humana al exterior, consistente en un movimiento o en pasividad o inmovilidad corporal dependiente de la voluntad consciente, o sea, obrar activo o pasivo; y que es indiferente si causa o no un resultado.
3. Pen. En sentido restrictivo, movimiento corporal, obrar activo o acto positivo, dependiente de la voluntad humana.
4. Pen. En sentido amplio, movimiento corporal voluntario que causa un resultado distinto del propio acto, o sea, acción positiva más relación de causalidad más resultado.

Definición de acción, entrada gramatical 3: *Diccionario del español jurídico*. Recurso consultable en: <https://dej.rae.es/lema/acc%C3%B3n3>. Última consulta 22/07/2022.

Acción 3:

1. Proc. Derecho a acudir a un juez o tribunal recabando de él la tutela de un derecho o un interés.
2. Gral. Reclamación ante la jurisdicción ordinaria de derechos o intereses fundados en normas civiles.
3. Merc. Facultad de ejercer ante la jurisdicción ordinaria, o ante los jueces especializados en derecho mercantil, para la reclamación de derechos e intereses regulados en las normas mercantiles.
4. Pen. Pretensión de incoación de un proceso para determinar la responsabilidad por hechos constitutivos de delito o falta.
5. Adm. Impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos, normas, inactividad o incumplimientos de las administraciones públicas.
6. Lab. Reclamación ante la jurisdicción social de derechos concernientes a las relaciones laborales.
7. Eur. Facultad de actuar ante el Tribunal de la Unión Europea contra normas o resoluciones de las instituciones de la Unión, o contra su inactividad, así como contra los incumplimientos de los Estados miembros, o para exigir la responsabilidad en que incurran tanto aquellas como estos.

Omitimos la entrada gramatical “acción 2” en relación con el título valor, dado su sentido mercantil.

²⁸ Definición de acción, entrada gramatical 4: *Diccionario del español jurídico*. Recurso consultable en: <https://dej.rae.es/lema/acc%C3%B3n4>. Última consulta 22/07/2022.

de la sociedad alejados del mundo jurídico, no aportan sino más confusión a un proceso judicial que debiera ser muy claro, con el fin de darle una mayor celeridad en su tramitación y resolución.

En otro orden de cosas, debemos recordar que algunas comunidades autónomas, en el marco de sus competencias, pueden crear organismos que, sin menoscabar las adjudicadas a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, tuvieran por objeto estar vigilantes ante cualquier vulneración en el mercado en su ámbito geográfico de referencia. De tal guisa, se posibilita la creación de organismos que nacen desde el principio con una limitación clara, cual es poner en entredicho actuaciones de las administraciones públicas localizadas en el interior del territorio de la comunidad, lo que supone, en parte, crear organismos privados de una importante capacidad de actuación.

Asimismo, al reducir el número de actores de manera tan drástica, también se pone de relieve una realidad fáctica, y es la imposibilidad de que un organismo tenga conocimiento por sus propios medios –sin necesidad de denuncia previa por parte de los interesados– de cualquier tipo de actuación de una Administración pública tendente a violentar los principios que consolidan el mercado único, en la época de la protección de datos. Va de suyo que, necesariamente, para poner en marcha este control se hace necesario que medie solicitud previa de un operador económico.

Pero, además, habida cuenta de esta restricción, se pone de manifiesto otra, quizás aún más ininteligible, cual es el hecho de que el apartado 2 del artículo 27 de la LGUM habilita como peticionarios –continuando con la terminología utilizada– a los operadores económicos a los que ya nos referimos. No hace mención alguna a otras administraciones públicas. Antes bien, cuando en el artículo 26 habla de organizaciones representativas de los operadores económicos, deja atrás otros entes corporativos, lo que entendemos que no debe ser interpretado de manera literal, como hemos manifestado anteriormente.

Sin embargo, en el artículo 28 sí se abre el elemento subjetivo a nuevos individuos que pueden actuar, al incluir entre los operadores económicos y las organizaciones que los representan a los consumidores y usuarios, y a las organizaciones que los agrupan²⁹, pero sin mencionar a las administraciones públicas que tienen por fin la defensa del interés general con objetividad.

Por consiguiente, tras la lectura de los tres artículos de la LGUM, no alcanzamos a comprender por qué en unos supuestos permite la actuación a unos sujetos –artículo 26–, en otros las restringe –artículo 27– y nuevamente vuelve a abrirla más incluso que en los casos previstos en el primer supuesto, pero siempre dejando fuera al resto de administraciones públicas que puedan verse agraviadas por una concreta actuación administrativa. Solo podemos concluir que nos encontramos ante un claro caso de un gravísimo error de técnica legislativa, en algo tan sensible e importante como es la capacitación para accionar procesos judiciales.

²⁹ Baste recordar la legitimación recogida en el artículo 6.1. 7.º y 8.º de la Ley de enjuiciamiento civil y la legitimación del artículo 11 del mismo cuerpo, concordantes.

En cualquier caso, toda esta retahíla de restricciones o ampliaciones de la capacidad de actuar debemos entenderla derogada por lo previsto en el capítulo II del título IV de la Ley 39/2015, sobre la iniciación del procedimiento, donde también se incluyen las peticiones razonadas provenientes de órganos de otras administraciones, y ello en virtud del principio *lex posterior derogat priori*, que en este supuesto opera con meridiana claridad.

En tercer lugar, entendemos que depositar en manos de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia esta acción supone darle un poder que, en caso de ejercitarse de manera diligente, no generará problema alguno. Pero, si se diese la circunstancia contraria, esto es, que se hiciese un mal uso de dicha legitimación jurisdiccional con fines más espurios tendentes a coartar el desarrollo económico de un determinado sector, de un determinado territorio, de ambos a la vez, o de una determinada empresa afectada por la citada actuación administrativa, sin entrar en consideraciones de tipo penal, avocaría al más estrepitoso fracaso la creación de este recurso especial.

Pero no solo un mal o negligente uso justificaría una revisión de la legitimación procesal. Desde nuestra perspectiva, no comprendemos cómo a otros organismos dependientes de la Administración general del Estado no se les ha reconocido la acción para promover estos procesos, lo cual supone una importante limitación en su actuación. En concreto, nos referimos a organismos supervisores como el Banco de España o la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por citar solo algunos.

Así las cosas, no conceder esta acción al Ministerio Fiscal como órgano autónomo que defiende el interés general también se nos hace complicado de entender. Incluso podríamos añadir en este listado al Defensor del Pueblo, que tiene acción procesal para recurrir leyes contrarias a la Constitución en esta materia, y sin embargo no tiene acción para recurrir otro tipo de actos que pudieran causar un quebranto en la unidad económica del mercado estatal.

En resumidas cuentas, cualquiera de estas instituciones u organismos y cualquier persona que se viese afectada por una vulneración de la unidad de mercado protagonizada por una Administración deberá necesariamente, y en régimen de exclusividad, acudir ante la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia al objeto de que incoe un expediente administrativo para que se vislumbre la oportunidad de promover este proceso, salvo que fuera claro y manifiesto que debe procederse de esta manera.

En este sentido, y teniendo en cuenta lo sensible de la materia, cualquier retraso o disfunción que se verificase, con una alta probabilidad, puede acabar produciendo daños de manera directa a los afectados por la medida recurrida, pero también de manera indirecta a una colectividad mayor. Esta última consideración la retomaremos cuando examinemos lo relativo al plazo para la interposición del recurso.

Dentro de este supuesto, debe decirse que, durante la instrucción y tramitación del recurso, se podrá solicitar la intervención de cualquier persona que, siendo un operador económico, tuviese intereses directos en que este llegue a buen fin y se decrete finalmente la anulación del acto, actuación o disposición impugnada, como

recurrente, y que no la hubiera recurrido de forma independiente a través de los procesos ordinarios.

La solicitud se cursará en el seno de nuestro proceso especial y, una vez presentada, se resolverá por auto dictado en el plazo de cinco días. Antes de resolverse la cuestión planteada, se deberá dar audiencia a todas las partes personadas para que aleguen lo que a su mejor derecho convenga, tal como está previsto en el artículo 127 ter.7 de la LJCA. El nuevo recurrente personado será considerado parte en el proceso a todos los efectos y defenderá las pretensiones ya formuladas o las que el propio interviniente entienda que a su mejor derecho le convengan, siempre y cuando tuviere oportunidad procesal para ello. Esto no es óbice para que pueda hacer valer una posición distinta a la defendida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o cualquier otra en el proceso. Pero la norma deja meridianamente claro que, en todo caso, en el supuesto de que se autorice la personación de un nuevo recurrente, no se retrotraerá el proceso bajo ningún concepto, sino que se sumará en el momento en el cual se encuentren las actuaciones, precluyendo la posibilidad de poder actuar o realizar cualquier acto de trámite ya sucedido.

2.2 Elemento objetivo del recurso

Como hemos dicho antes, la pretensión del legislador por medio de la modificación que introduce la LGUM es precisamente que cualquier vulneración del principio de unidad de mercado favorecida por la Administración pública sea puesta en tela de juicio y recurrida por medio de este recurso especial que se instituye. Así las cosas, con este proceso se pretende evitar que cualquier actuación –o falta de ella– de la Administración ponga en entredicho los principios de libertad de circulación que prevén la Constitución y los Tratados de la Unión, así como la libertad de establecimiento recogida en los mismos textos normativos. En este mismo sentido, puede someterse al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa cualquier tipo de quebrantamiento de estos principios que se manifiesten en el difícil aseguramiento de la unidad de mercado, si bien estas pueden venir dadas por medio de actuaciones verificadas en actos administrativos o disposiciones, o cualquier tipo de actuación, como así refiere el artículo 127 bis de la LJCA. Podemos, por tanto, incluir en la literalidad de la norma cualquier tipo de acto administrativo normativo, no normativo o de trámite que afecte al mercado único español³⁰. Se trata de una finalidad específica y exclusiva³¹ que ha llevado a la individualización de un proceso propio que lo diferencia del resto de actuaciones administrativas. Por ello, cualquier tipo de limitación de los principios tocantes al mercado único a través de una actuación administrativa podrá ser tramitada por medio de este recurso, sin necesidad de optarse por los recursos contencioso-administrativos ordinarios de la LJCA³². No obstante, será susceptible

³⁰ RODRÍGUEZ BEAS (2016: 544).

³¹ SANTAMARÍA PASTOR (2014: 938).

³² A esta vía ordinaria dedica una parte de su estudio el profesor Santamaría Pastor muy interesante. *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR (2014: 939-948).

de control jurisdiccional este tipo de actividades por medio del recurso ordinario para los casos en los que el interesado no vea satisfecha su petición por parte de la CNMC.

En todo caso, sí conviene subrayar que no solo cabría incluir estos actos, sino también cualquier actuación en negativo, es decir, cualquier falta de actuación por parte de la Administración pública que, por inoportuna, tardía o incluso negligente que fuese, permitiese una vulneración de la unidad de mercado gracias a dicha inactividad. Así pues, puede incluirse en este catálogo la actuación realizada por vía de hecho, sin la existencia de un título jurídico que la justificase.

3 Las especialidades del proceso judicial para la tutela de la unidad de mercado

Habida cuenta de todo lo apuntado arriba, deducimos que, dada la especificidad del objeto del recurso, nos encontramos ante un supuesto que, por su urgencia, no puede ni debe tramitarse a través de los cauces previstos para los procesos ordinarios, pero tampoco el proceso abreviado se revela como el conveniente. Por este motivo, se decidió crear uno específicamente, en el cual se disciplinase la tutela judicial de acuerdo con la materia a la que se refieren las actuaciones de las administraciones.

Se requería, por tanto, un procedimiento rápido, conciso y sumario, pero nos encontrábamos ante hechos que podían perjudicar el normal desarrollo del tráfico mercantil, poniendo en una situación más o menos comprometida el mercado español en su totalidad o en alguno de sus territorios. Para evitarlo, se necesitaba una actuación eficaz y rápida a través de la cual se obligase a la Administración recurrida a proceder de manera diversa a la que había justificado la interposición del recurso.

En consecuencia, la especialidad de la materia y la necesidad de una urgente actuación justificaron la integración sistemática de este proceso en la LJCA en forma de proceso judicial de tipología especial, si bien, pese a dichas diferencias con respecto a los procesos más ordinarios, la vía judicial no se pondrá en marcha mientras la Comisión Nacional, a quien se le ha reconocido la acción, no interponga el correspondiente recurso.

A pesar de esto, y dada la necesidad de actuar con urgencia a fin de evitar que el daño que se está produciendo vaya *in crescendo*, el legislador ha dado en el apartado 2 del artículo 127 bis de la LJCA un plazo de dos meses, similar al que da en sede de recurso ordinario, de acuerdo con el artículo 46 de dicho texto. La elección de este plazo no obedece a algo improvisado, pues el funcionamiento del mercado no es algo automático. Por ello, se requiere de un periodo mínimo para comprobar que efectivamente una actuación de una Administración, fuese esta positiva o negativa, afecta los principios que aseguran la unidad de mercado. En caso de que nos encontremos ante este último supuesto, deberemos acudir a lo previsto en el artículo 29 de la ley de ritos.

Así las cosas, también se da un margen de acción a la Comisión Nacional para que dirija su actuación no solo a recurrir, sino a recopilar y asegurar la correspondiente prueba para cursar el correspondiente escrito procesal.

Debemos recordar que muchas veces la Comisión no opera de oficio, sino que lo hace a instancia de algún particular o de otra Administración pública. En estos supuestos, el plazo de dos meses operará desde que el organismo tiene conocimiento de la conducta a recurrir por medio de la presentación de la instancia en su registro, acorde con la exigencia del artículo 127 bis.2 de la LJCA y del 31.2.C) de la Ley 39/2015, concordantes.

Finalmente, evidenciamos que la Ley jurisdiccional ha asignado la competencia en el conocimiento de este recurso en su artículo 11.h) a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, fuere quien fuese el autor del acto o actuación recurrida. Considerando la lógica que ha seguido la norma, a la hora de recurrir un acto de una Administración habría que observar cada caso concreto, atendiendo al tipo de acto, a su contenido y a la persona jurídica pública autora.

Sin embargo, la especialidad del proceso ha justificado una asignación concreta a un solo organismo de la acción y, en la misma inteligencia, una individualización en favor de un único órgano jurisdiccional, cristalizando así la competencia para conocer del recurso en manos de la Audiencia Nacional. Entendemos que, además, se ha atendido a otro factor, cual es la adscripción de la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia a la Administración general del Estado, y, dado que la Audiencia Nacional es uno de los órganos que conocen de los recursos que se interponen contra los actos de dicha Administración territorial y teniendo en cuenta dicha especialización, consideramos que el legislador ha creído más conveniente introducir esta particularización, aunque en este caso, a veces, el recurso no tenga por objeto una actuación de este nivel administrativo, sino de cualquier otro de los instituidos en nuestro país.

3.1 La tramitación del recurso

Continúa el legislador señalando especialidades en relación al recurso, esta vez en sede de instrucción y tramitación del recurso. Como hemos apuntado, en el diseño legislativo que hace la norma se dispone la especialidad del recurso, y, aunque el plazo dado para interponerlo es similar a los generales, tan cierto es que, teniendo en cuenta el objeto del mismo, se requiere que la tramitación sea sumaria y, a la vez, se le dé la preferencia necesaria, tal y como asevera el artículo 127 ter.9 de la LJCA.

Del mismo modo, debe resaltarse que el artículo 127 ter.10 LJCA dispone que, en todo aquello que no esté previsto en el capítulo, de manera subsidiaria se seguirán las previsiones contenidas en la normativa tocante al proceso ordinario, debiendo traer a colación la dicción de la disposición final primera de la ley, que a su vez remite, en todo aquello en ella no contenido, a la Ley de enjuiciamiento civil.

3.2 La sustanciación del proceso

Como en otros casos, interpuesto el recurso y una vez que este ha sido admitido, el letrado de la Administración de justicia de la Audiencia Nacional acordará el mismo

Regap



ESTUDIOS

día por medio de diligencia, y de conformidad con el artículo 127 ter.1 de la LJCA y el artículo 48 del mismo cuerpo, concordantes, el requerimiento al órgano administrativo autor de la actuación impugnada para que en el plazo de cinco días remita el expediente administrativo adjuntando el escrito de interposición de recurso por la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia. El envío del expediente debe hacerse en su totalidad, foliado y autenticado de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 de la ley, incluyendo un índice paginado con expresión del contenido. A él se adjuntarán los informes y datos que se soliciten en el auto de acuerdo al artículo 127 ter.1 de la LJCA.

Dispone el mismo artículo 127 ter.2 de la LJCA que, en todo caso, se envíe o no el expediente administrativo por parte de la Administración recurrida, no se suspenderá la sustanciación del proceso, sino que, antes bien, se continuará con el curso de los autos. Esta solución, al igual que en otras especialidades del proceso, como hemos puesto de relieve, se comprende considerando el interés del legislador por tramitarlo con la mayor rapidez posible. Suspender cualquier tipo de actuación del tribunal juzgador hasta la remisión del expediente, en la mente del legislador, puede ser contraproducente, en el sentido de que se paralizaría *sine die*.

Sin embargo, la ley está reconociendo de manera tácita una circunstancia, y es que el legislador, inconscientemente, ha puesto por escrito que no se fía de la Administración, a la que ve como una incumplidora en la medida en que no suspende la tramitación hasta la remisión del expediente, para lo que le da un plazo de cinco días. En consecuencia, es conocedor de que con bastante frecuencia se va a incumplir el plazo y, por ello, ha previsto la continuación del proceso movido por el interés de que la cuestión se resuelva con la mayor rapidez posible.

No obstante, debemos hacer notar que, si en la mente del legislador entendemos que se opera de esta guisa, consideramos que esto mismo es un desatino. Y ello porque compartimos la visión de la ley en este sentido. La Administración con frecuencia –según nuestra experiencia– incumple los plazos dados para el envío del expediente, si bien, como se comprenderá, no se trata de una regla general. Pero tramitar el recurso sin tener acceso al expediente es, cuando menos, incoherente. Ello aún más, si cabe, habida cuenta de que, en tanto en cuanto la recurrente no ha tenido acceso al expediente en su totalidad, no ha podido formular la correspondiente demanda y habrá tenido que acudir a meros indicios deducidos de actuaciones y hechos, pero no de documental. Por ello, no se tiene constancia de los argumentos en los que basará sus pretensiones la Comisión Nacional hasta que se remita el expediente y esta pueda cursar la demanda.

Del mismo modo, hay que añadir que la Administración recurrida no siempre cumplirá la obligación de enviar el expediente de manera completa. Puede darse el caso de que el organismo recurrente interese, de acuerdo con el artículo 48.4 de la LJCA, que, al no haber remitido el expediente en su totalidad, se realice un complemento del mismo y, en consecuencia, se cursen las correspondientes alegaciones de complemento a la demanda con las que poder concluir de manera adecuada cuáles son los argumentos de la parte recurrente y sus pedimentos. Solo en ese momento

se sabrá con certeza la posición procesal de una de las partes y podrá hacer contestación a la demanda la recurrida. No paralizar el proceso hasta que se remita por completo el expediente supone que, conforme se vayan produciendo la demanda y la contestación, podrá ir variando la dirección tomada por la instrucción hasta que se clarifiquen en su totalidad ambos escritos procesales.

Precisamente, en relación con la demanda, en el supuesto en el cual la Administración remita en su totalidad el expediente, el letrado de la Administración de justicia dará traslado a la recurrente para que, en el plazo de diez días improrrogables, cursen escrito de demanda donde hagan expresión de todos los argumentos y pedimentos que entiendan por conveniente, al objeto de asegurar la unidad de mercado. Como señala consolidada doctrina de nuestro país, esta es una más de las especialidades que tiene este proceso con respecto al ordinario; y es que el artículo 127 ter.3 dispone que el plazo para la demanda se acorta a los 10 días con respecto al plazo general que recoge el artículo 52.1 de la LJCA³³. Asimismo, el citado artículo 127 ter.3 de la ley de ritos dispone que se deberán adjuntar todos los documentos que se tengan por necesarios con el fin de formalizar la demanda.

De la misma manera, y de acuerdo con lo que estábamos exponiendo con anterioridad, si el expediente se remitiese con posterioridad al plazo de 5 días dados o se hiciese complemento de expedientes, el secretario del tribunal concederá un nuevo plazo adicional para que curse alegaciones a este que mejoren el escrito previo.

Una vez que se haya formalizado el escrito de demanda, el letrado judicial librará diligencia por la que se dará traslado de aquella, así como de la documental adjuntada y del expediente administrativo, para que en el plazo de diez días se curse la correspondiente contestación por virtud del artículo 127 ter.4 de la Ley procesal. La especialidad en plazos que se revela con respecto a la demanda también se sigue en la contestación. De momento, como hemos visto, tan solo en el plazo dado para el recurso se ha mantenido la referencia general, particularizándose en el resto de los supuestos, partiendo para ello de las necesidades de urgente tramitación que justificarían la interposición de este recurso, en vez de seguir otros cauces legales previstos.

Asimismo, y al igual que en el caso de la demanda, junto a la contestación se incluirán cuantos documentos se estimen oportunos para la defensa de la posición de la recurrente.

En esta línea, nos parece importante recordar la dicción del artículo 54.1 de la misma norma procesal, según la cual se dispone que, si el recurrente hubiese presentado la demanda sin que se hubiese remitido el expediente, se emplazará a la Administración para que lo realice en el plazo dado para cursar la contestación a la demanda, si bien podrá ser apercibido por el tribunal de que, en caso de que no remita el expediente de manera adjunta a la contestación, esta será inadmitida.

Si además se tuviese conocimiento por parte de la Audiencia Nacional de que se han interpuesto otros recursos contra la misma actuación de una Administración de la que derive una vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación al promovido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, fija el

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, y FERNÁNDEZ (2019: 728).

artículo 127 ter.8 de la LJCA que, en este supuesto, se procederá a la acumulación de todos los procedimientos planteados³⁴.

Para finalizar, debemos resaltar que prevé el legislador en el artículo 127 ter.5 de la ley que, evacuado traslado de la contestación a la demanda, al día siguiente el tribunal decidirá sobre el recibimiento del pleito a prueba. En caso positivo, no se fijará un plazo superior a veinte días para la práctica de la prueba que se hubiera propuesto en el momento procesal oportuno.

4 La sentencia como hito procesal final en la resolución del recurso

Hasta aquí hemos examinado la sustanciación del proceso, pero ciertamente, junto a la demanda y a la contestación, el momento principal de todo el proceso es cuando recae la sentencia por la que se da respuesta a las pretensiones y pedimentos de las partes. En este sentido, finalizadas las actuaciones del tribunal y decretada su conclusión, el artículo 127 ter.6 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa dispone que el tribunal juzgador deberá dictar sentencia por la que se ponga fin a la controversia, para lo cual tiene un plazo legal de 5 días. Con esto, vuelve de nuevo el legislador a redundar en la necesidad de una mayor rapidez en la tramitación y resolución del proceso. Si bien el plazo dado para la interposición del recurso es de 2 meses –como en las normas generales–, el concedido para dictar sentencia se acorta a la mitad en comparación con lo recogido en el artículo 67 de la LJCA.

La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, actuación, o falta de ella, incluyendo la desviación de poder, incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que afecte a la libertad de establecimiento o de circulación. En este supuesto en el que la resolución estima la pretensión de la parte recurrente –la Comisión Nacional, entre otras–, se dispondrá la necesidad de la corrección de la conducta infractora, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios, incluido el lucro cesante, que dicha conducta hubiera causado, en concordancia con el artículo 71.

En aquellos casos en los que se pudiera interponer recurso contra la resolución, el tribunal podrá dictar la sentencia de viva voz, pronunciando su fallo y haciendo expresión de si estima o desestima las pretensiones y, en consecuencia, el recurso. Por consiguiente, como apuntan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, el legislador no introduce grandes particularidades en relación con el régimen de la sentencia, salvo la posibilidad de dictarla *in voce*³⁵, algo que ya posibilita de por sí la LEC.

Si, por el contrario, el tribunal hubiese retrasado la declaración de la inadmisión del recurso contencioso administrativo al momento de la sentencia, también lo

³⁴ Cosculluela Montaner, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Cizur Menor: Civitas. 2019, p. 570.

³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, y FERNÁNDEZ (2019: 728).

podrá expresar *in voce*, sin que ello fuese un impedimento para la no comparecencia de todas o alguna de las partes³⁶.

En todo caso, como opera en la regla general, cuando la sentencia sea dictada a viva voz por parte del tribunal, se deberá documentar por medio del correspondiente certificado, que, en consecuencia, será librado por el secretario judicial. No debe olvidarse que el acto por el que se dicta sentencia quedará filmado en los archivos de la Audiencia³⁷ de acuerdo con las exigencias del artículo 78 de la LJCA y, finalmente la resolución deberá quedar registrada en el libro de sentencias del tribunal. De la misma manera, habida cuenta de que esta posibilidad se da cuando no existe ulterior recurso de la resolución, se hará constar en dicho certificado la firmeza de la resolución a los oportunos efectos³⁸.

Para ultimar, debemos decir que el artículo 110.1 LJCA incluye los procedimientos en materia de unidad de mercado dentro de los supuestos en los que resulta posible la extensión, por vía de ejecución, de los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas, siempre que concurren las circunstancias establecidas legalmente que lo permitan.

5 La suspensión del procedimiento para la garantía de la unidad de mercado

El artículo 127 quáter de la LJCA contiene normas específicas en cuanto a la suspensión del acto o disposición objeto del recurso. En el caso de que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su escrito de interposición del recurso, solicitara la suspensión de la disposición, acto o resolución impugnados, esta se producirá de forma automática una vez que sea admitido el recurso y sin que suponga la exigencia de prestar fianza que garantice los posibles perjuicios de cualquiera naturaleza que pudieran derivarse.

De la misma manera, la Administración recurrida podrá solicitar el alzamiento de la suspensión en dos supuestos:

- Cuando hubieran pasado tres meses desde su adopción, dada la preferencia y sumariedad con la que se diseñó el proceso³⁹.
- Y siempre y cuando se acredite que, de su mantenimiento, pudiera seguirse una perturbación grave de los intereses generales o de tercero⁴⁰.

³⁶ LOZANO CUTANDA (2014: 165).

³⁷ LOZANO CUTANDA (2014: 165).

³⁸ COSCULLUELA MONTANER (2019: 570).

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, y FERNÁNDEZ (2019: 729).

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, y FERNÁNDEZ (2019: 729).

Así pues, en el curso del procedimiento puede solicitarse la adopción de cualquier otra medida cautelar, cuya tramitación se realizará conforme a lo fijado en las normas establecidas de manera general en la LJCA.

En su momento, la Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017 puso en tela de juicio la suspensión de los actos o disposiciones de las comunidades autónomas solamente con la mera interposición del recurso por la CNMC. Matizó a este respecto que *“la suspensión automática de una disposición, acto o resolución de una comunidad autónoma como consecuencia de la decisión de la CNMC de interponer un recurso contencioso-administrativo implica una evidente afectación de la autonomía de aquella, por cuanto supone dejar sin efecto la ejecutividad de una actuación autonómica que se ha realizado, en principio, en ejercicio de sus competencias”*.

Sin embargo, debemos hacer notar nuevamente la incoherencia del texto, que no permite controlar la actuación de una comunidad autónoma por un órgano supervisor que ella misma habría creado y promover este recurso, pues tan solo está apoderada para ello la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia.

De la misma manera, entendemos que, si bien esta previsión que hace el Tribunal Constitucional por la que decide declarar inconstitucional la aplicación de la suspensión de la resolución o actuación impugnada puede ser correcta, tan cierto es que debería extenderse una previsión de inconstitucionalidad para supuestos similares de actuaciones de la Administración local, dado que no es compatible este tipo de controles sobre las corporaciones locales e iría en contra de la consagración que de la autonomía local hace el artículo 140 CE.

Por consiguiente, y partiendo de la STC 79/2017 ya mencionada, interpuesto el recurso contra la actuación o no actuación de una Administración que suponga una violación de la libertad de mercado o de libre circulación, se suspenderá dicha actuación en todos los casos menos en el supuesto de que la Administración autora fuese una comunidad autónoma.

6 Conclusiones

A lo largo de este estudio hemos ido analizando de manera pormenorizada el recurso especial para la garantía de la unidad de mercado, introducido en la Ley 29/1998 en el año 2013. De esta guisa, hemos puesto de relieve una serie de aspectos que debieran ser modificados para una mejora en la regulación. Por ello, concluimos lo siguiente:

Primero.- La elección del legislador de depositar en manos de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia la acción procesal como único posible recurrente, aunque justificada, la consideramos como una limitación que puede impedir una correcta tutela de aquellas situaciones que pudieran suponer una vulneración de la unidad de mercado.

En este sentido, entendemos que se debe ampliar el número de sujetos activos legitimados para la interposición de recursos a cualquier otro organismo autonómico análogo a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, la Fiscalía o incluso el Defensor del Pueblo, con lo que se mejoraría en la tutela judicial efectiva

de estas situaciones que pudieran derivar en cuantiosos daños económicos o incluso irreparables.

Segundo.- La previsión de la no suspensión del proceso pese a no consignarse el expediente por parte de la Administración recurrida es, desde nuestro punto de vista, a todas luces, un hecho que lo que hace es retrasar la fijación de las pretensiones y pedimentos de las partes y, con ello, alargar el proceso de manera innecesaria e incomprensible, habida cuenta de las urgencias que parece tener el legislador en finalizar el proceso con la mayor rapidez posible.

Tercero.- De la misma manera, mantener la necesidad de que se continúe el proceso sin haber clarificado las posiciones de los recurrentes y de los recurridos puede suponer que se continúe realizando el proceso en una dirección que puede cambiar el rumbo de este una vez que se formulan la demanda y la contestación. De esta guisa, nuevamente se alarga el proceso de manera estéril y sin que ello contribuya a una mejora clara de la tramitación y de la resolución del recurso.

Cuarto.- A la vista de estas y de otras ineficacias que hemos ido poniendo de relieve a lo largo de este trabajo, este recurso que tiene una vida realmente breve, pues tan solo hace 6 años desde su aprobación, ya adolece de aspectos que aconsejan vivamente su adaptación en favor de una mejora en la tramitación, pero también en la tutela de su objeto.

Quinto.- Todas estas ineficacias que hemos señalado en estas conclusiones y, sobre todo, a lo largo del texto nos hacen ver cómo un proceso sumario puede duplicar su duración, lo que va en contra de la intención del legislador y del fin con el que se concibió. Es por ello por lo que deben introducirse correcciones en el sentido que hemos señalado en de este trabajo.

7 Bibliografía

- ALONSO MAS, M. J., “Marco comunitario: las libertades de establecimiento y prestación de servicios”, en M. J. ALONSO MAS (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Madrid: La Ley, 2014.
- BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo Básico*, 1, Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2019.
- CASARES MARCOS, A. B., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación: procedimientos en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes (artículo 26)”, en M. J. ALONSO MAS (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Madrid: La Ley, 2014.
- COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Cizur Menor: Civitas. 2019.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *Mercado nacional único y Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Regap



ESTUDIOS

- ESTOA PÉREZ, A., “Relectura de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, desde la perspectiva del recurso para la garantía de la unidad de mercado”, *Revista de Administración Pública*, 209, 2019.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ R. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 2, Cizur Menor: Editorial Civitas, 2019.
- García Lozano, L. M., *La intervención de la administración pública en el sector de los mercados financieros: examen de las novedades normativas*, Murcia: Iuris Universal, 2018.
- Gifreu Font, J., “La impronta de la directiva de servicios y de la normativa de transposición interna estatal en las técnicas interventoras urbanísticas. Parada y fonda: la Ley de garantía de la unidad de mercado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 98, 2014.
- LOZANO CUTANDA, B., “Ley 20/2013, de garantía de la Unidad de Mercado: las diez reformas clave”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 9, 2014.
- MARTÍN VALERO, A. I., “El procedimiento para la garantía de la unidad de mercado”, *Actualidad Administrativa*, 2, Wolters Kluwer, 2020.
- Muñoz Machado, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la directiva de servicios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, N. 21, 2009.
- RASTROLLO SUÁREZ, J. J., «Ordenanza municipal y unidad de mercado», en M. J. Alonso Mas (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Madrid: La Ley, 2014.
- RODRÍGUEZ BEAS, M., “Los mecanismos de protección en garantía de la unidad de mercado como la nueva vía alternativa de recurso”, en F. LÓPEZ RAMÓN (dir.), *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016, Madrid: INAP, 2016.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “El contencioso de la Unidad de Mercado”, en M. J. ALONSO MAS (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Madrid: La Ley, 2014.
- Tornos Mas, J., “La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, 19, 2014.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 68_julio-diciembre 2024 | pp. 251-282
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v68i1.5225>
© **Alberto Vaquero García**
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 14/08/2024 | Aceptado: 27/03/2025

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

O papel das deputacións
provinciais desde a
perspectiva do gasto e os
ingresos: situación actual e
potenciais liñas de mellora

El papel de las diputaciones provinciales desde la perspectiva del gasto y los ingresos: situación actual y potenciales líneas de mejora

The role of provincial councils
from an expenditure and revenue
perspective: current situation and
potential lines of improvement

68 Regap

Regap



ESTUDIOS

ALBERTO VAQUERO GARCÍA
Profesor titular de Economía Aplicada. ECOBAS-GEN.
Universidade de Vigo

Resumo: Aínda que se realizaron numerosos estudos en materia orzamentaria e financeira dos concellos en España, prestouse escasa atención ás deputacións provinciais desde esta perspectiva. Esta carencia tamén se observa en Galicia, o que resalta a necesidade de avaliar os gastos, ingresos e a solvencia orzamentaria das catro deputacións provinciais. Este traballo permite identificar, a partir dos dereitos e obrigas recoñecidas netas publicados polo Ministerio de Facenda, distintos comportamentos respecto ás políticas de gasto de cada entidade, o cal é crucial dada a pequena escala dos municipios en Galicia. Finalmente, sinálanse unha serie de actuacións para mellorar o papel dos entes provinciais en Galicia no marco local desde a óptica orzamentaria e financeira.¹

¹ Agradezco la ayuda de Alejandro Domínguez Lamela, ayudante de investigación de GEN para la recopilación y tratamiento de la información empleada en esta investigación. Una versión preliminar de este trabajo circuló como nota del Observatorio Red Localis (www.redlocalis.com).

Palabras clave: Deputacións provinciais; políticas de gasto, ingresos públicos; situación orzamentaria e financeira; entidades locais

Resumen: Aunque se han realizado numerosos estudios en materia presupuestaria y financiera de los ayuntamientos en España, se ha prestado escasa atención a las diputaciones provinciales desde esta perspectiva. Esta carencia también se observa en Galicia, lo que resalta la necesidad de evaluar los gastos, ingresos y la solvencia presupuestaria de las cuatro diputaciones provinciales. Este trabajo permite identificar, a partir de los derechos y obligaciones reconocidas netas publicados por el Ministerio de Hacienda, distintos comportamientos respecto a las políticas de gasto de cada entidad, lo cual es crucial dada la pequeña escala de los municipios en Galicia. Finalmente, se señalan una serie de actuaciones para mejorar el papel de los entes provinciales en Galicia en el marco local desde la óptica presupuestaria y financiera.

Palabras clave: Diputacións provinciais; políticas de gasto, ingresos públicos; situación presupuestaria y financiera; entidades locais.

Abstract: Although numerous studies have been carried out on the budget and finances of municipalities in Spain, little attention has been paid to provincial councils from this perspective. This deficiency is also observed in Galicia, which highlights the need to evaluate the expenditure, revenue and budgetary solvency of the four provincial councils. This work makes it possible to identify, on the basis of the net recognised rights and obligations published by the Ministry of Finance, different behaviours with respect to the spending policies of each entity, which is crucial given the small scale of the municipalities in Galicia. Finally, a series of actions to improve the role of Galicia's provincial authorities in the local framework from a budgetary and financial perspective are outlined.

Key words: Provincial councils; expenditure policies, public revenue; budgetary and financial situation; local authorities.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 El papel de las diputaciones provinciales en España. 3 Un repaso a la literatura en el campo presupuestario y financiero de las diputaciones provinciales. 4 El comportamiento en términos de gasto e ingreso de las diputaciones en Galicia. 4.1 Los presupuestos de las diputaciones. 4.2 Las fuentes de ingresos de las diputaciones. 4.3 La solvencia financiera de las diputaciones. 5 El perfil de las diputaciones gallegas desde la perspectiva de los gastos y los ingresos. 6 Conclusiones. 7 Bibliografía.

1 Introducción

Las diputaciones provinciales se configuran como entidades que, si bien administrativamente se encuentran en el nivel local –junto a los ayuntamientos, mancomunidades de municipios y entidades locales menores–, en la práctica se sitúan y actúan en un espacio intermedio entre los ayuntamientos y las comunidades autónomas (CC. AA.). Debido al reducido tamaño de la planta local, en no pocas ocasiones las diputaciones desempeñan un papel muy destacado en la Administración local, ayudando a otros entes locales que acuden a ellas para poder prestar determinados servicios a la ciudadanía.

Sin embargo, y aunque las diputaciones provinciales desempeñan un importante papel en el mundo local, no abundan los estudios que analicen su comportamiento en materia presupuestaria y financiera. Galicia no es ajena a esta realidad. Por ese motivo, el objetivo de esta contribución es poner en valor el importante papel de las entidades provinciales desde esta perspectiva.

Para realizar este análisis, tras esta introducción, se describe el papel de las diputaciones provinciales en España. En el tercer apartado, se realiza un repaso a la literatura. A continuación, se aborda el análisis de las diputaciones desde una triple perspectiva: ingresos, gastos y endeudamiento. El quinto apartado posibilita un ejercicio comparativo para construir el perfil de cada entidad provincial basándose en los tipos de gastos e ingresos que gestiona. Finaliza el estudio con una serie de conclusiones.

2 El papel de las diputaciones provinciales en España

Las diputaciones provinciales juegan un papel muy destacado en el ámbito de la Administración local en España. En el artículo 31 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de bases de régimen local (LBRL), se establece que la provincia es una entidad local conformada por la agrupación de ayuntamientos con personalidad jurídica propia y plena capacidad para mantener sus fines.

Las competencias provinciales se amplían en el artículo 36 de la LBRL. Estas incluyen la coordinación de los servicios municipales para asegurar su prestación integral y adecuada, así como la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los ayuntamientos. Asimismo, se les asigna la responsabilidad de proveer servicios públicos de carácter supramunicipal y supracomarcal y fomentar y administrar los intereses provinciales.

Este amplio conjunto de competencias ha sido fortalecido tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL), que refuerza la posición y función de las diputaciones provinciales. Tras esta última reforma, los entes provinciales podrán coordinar una amplia cartera de servicios en los municipios de menos de 20.000 habitantes: recogida y tratamiento de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, evacuación y tratamiento de aguas residuales, acceso a los núcleos de población, pavimentación de vías urbanas y alumbrado público, a través de diversas formas de gestión².

Lo anterior presenta una especial relevancia si se considera el tamaño de la planta local municipal en Galicia. Atendiendo al número de ayuntamientos, se puede comprobar el elevado potencial de afectación de las diputaciones. En Galicia hay 119 municipios de hasta 2.000 habitantes, 83 tienen entre 2.001 y 5.000 habitantes, 56 entre 5.001 y 10.000 habitantes y 32 entre 10.001 y 20.000 habitantes. En consecuencia, hay 290 ayuntamientos (92,7% en toda Galicia) que son potencialmente beneficiarios de la actividad de las diputaciones (tabla 1).

Considerando únicamente el tramo de hasta 5.000 habitantes –que suelen ser los ayuntamientos que más precisan de la ayuda provincial–, el porcentaje sería del 64,5%. Esta labor es especialmente importante para las diputaciones de Ourense y

² Esta podrá ser prestada directamente por la diputación o bien en gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas.

Lugo, ya que en estas dos provincias el citado porcentaje sería del 89,1% y el 82,1%, respectivamente.

Tabla 1: Número de ayuntamientos por tramo poblacional del municipio y porcentaje respecto al total provincial (2023)

Tramo de población (habitantes)	A Coruña	Lugo	Ourense	Pontevedra	Galicia
Hasta 2.000	0 (0%)	9 (13,4%)	26 (28,3%)	1 (1,6%)	36 (11,5%)
De 2.001 a 5.000	16 (17,2%)	20 (29,9%)	43 (46,7%)	4 (6,6%)	83 (26,5%)
De 5.001 a 10.000	26 (28%)	26 (38,8%)	13 (14,1%)	18 (29,5%)	83 (26,5%)
De 10.001 a 20.000	31 (33,3%)	6 (9%)	5 (5,4%)	14 (23%)	56 (17,9%)
De 20.001 a 50.000	9 (9,7%)	5 (7,5%)	4 (4,3%)	14 (23%)	32 (10,2%)
Más de 50.000	11 (11,8%)	1 (1,5%)	1 (1,1%)	10 (16,4%)	23 (7,3%)
Total	93 (100%)	67 (100%)	92 (100%)	61 (100%)	313 (100%)

Fuente: Instituto Gallego de Estadística, IGE (2024) y Vaquero (2024)

La tabla 2 resume la distribución del número de habitantes por tramo poblacional del municipio, comprobándose cómo 25.500 personas residen en municipios de hasta 1.000 habitantes –especialmente en la provincia de Ourense (18.089) y Lugo (6.708)– y que 118.040 personas habitan en municipios de entre 1.001 y 2.000 habitantes –59.581 y 29.180 en Ourense y Lugo, respectivamente–. Además, en el estrato de 2.001 a 5.000 habitantes se contabilizan 266.125 residentes; en el de 5.001 a 10.000, 383.740; y en el de 10.001 a 20.000 habitantes, 455.552. Por lo tanto, el 46,3% de la población de Galicia podría beneficiarse de alguna actividad realizada por la diputación provincial correspondiente. De nuevo, este resultado es especialmente relevante en las provincias de Ourense y Lugo (65,8% y 69,7% de la población, respectivamente). Considerando el umbral de los 5.000 habitantes, el porcentaje de población sería del 15,2% de toda Galicia, sobre todo en las provincias de Ourense y Lugo (37,6% y 34,6%, respectivamente).

Tabla 2: Número de habitantes por tramo poblacional del municipio y porcentaje respecto al total provincial (2023)

Tramo de población (habitantes)	A Coruña	Lugo	Ourense	Pontevedra	Galicia
Hasta 1.000	0 (0%)	6.708 (2,1%)	18.089 (5,9%)	703 (0,1%)	25.500 (0,9%)
De 1.001 a 2.000	22.914 (2%)	29.180 (9%)	59.581 (19,6%)	6.365 (0,7%)	118.040 (4,4%)
De 2.001 a 5.000	92.452 (8,2%)	76.289 (23,5%)	36.695 (12%)	60.689 (6,4%)	266.125 (9,9%)
De 5.001 a 10.000	211.484 (18,8%)	42.856 (13,2%)	33.938 (11,1%)	95.462 (10,1%)	383.740 (14,2%)
De 10.001 a 20.000	129.716 (11,5%)	70.709 (21,8%)	51.997 (17,1%)	203.130 (21,5%)	455.552 (16,9%)
Más de 20.000	666.860 (59,4%)	98.214 (30,3%)	104.250 (34,2%)	577.896 (61,2%)	1.447.220 (53,7%)
Total	1.123.426 (100%)	323.956 (100%)	304.550 (100%)	944.245 (100%)	2.696.177 (100%)

Fuente: Instituto Gallego de Estadística, IGE (2024) y Vaquero (2024)

Regap



ESTUDIOS

3 Un repaso a la literatura en el campo presupuestario y financiero de las diputaciones provinciales

La mayoría de los estudios que analizan el papel de las diputaciones provinciales son de naturaleza jurídica –especialmente desde la óptica administrativista–, centrados en las competencias de los entes provinciales. Entre alguno de los más recientes –a nivel nacional–, se pueden citar los trabajos de Tajadura³, Cofrades⁴ y Carbonell⁵.

También abundan las investigaciones desde la perspectiva de la ciencia política, que analizan el papel de los entes provinciales en un marco tan descentralizado

³ Tajadura Tejada, J., “El futuro de las provincias y las diputaciones provinciales ante una reforma de la constitución territorial”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 2019, pp. 229-256.

⁴ Cofrades Aquilué, L., “El papel de las diputaciones provinciales en la reforma local pendiente: especial referencia a la Comunidad Autónoma de Aragón”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 57, 2021, pp. 72-118.

⁵ Carbonell Porras, E., “Las diputaciones provinciales, garantes de servicios e infraestructuras en los municipios rurales: su posición institucional contra la despoblación”, *Cuadernos de Derecho Laboral*, 56, 2021, pp. 84-116.

como el español, donde las CC.AA. han tenido un especial protagonismo. Incluso este debate ha superado la perspectiva académica y ha llegado al terreno político, donde, en función de la ideología, la valoración de la utilidad de las diputaciones es diametralmente opuesta. Sin embargo, la perspectiva presupuestaria y financiera ha tenido un tratamiento mucho menor, de ahí la necesidad de contar con este ejercicio.

Desde la perspectiva económica, las valoraciones de las diputaciones provinciales son también heterogéneas. Un primer planteamiento aboga por su supresión, basándose en el ahorro que podría suponer o en la escasa claridad de sus competencias propias, llegando incluso a apuntar la existencia de duplicidades con otras administraciones. Una alternativa opuesta sería la que defiende su papel para garantizar los servicios mínimos a los pequeños municipios y, con ello, mejorar la vertebración territorial, además de prestar un servicio de forma más eficiente.

La respuesta del legislador sobre el papel de las diputaciones ha sido muy clara. La última gran reforma del mundo local, a través de la LRSAL, no ha quitado importancia a las entidades provinciales, sino que incluso las ha hecho merecedoras de más competencias⁶. Con la LRSAL, estos entes han salido reforzados por las nuevas funciones de supervisión y coordinación de los municipios de menos de 20.000 habitantes. Por lo tanto, y mientras no haya más cambios relevantes a nivel local, las diputaciones seguirán contando (y mucho) en el mapa local.

La relación entre las diputaciones provinciales y los ayuntamientos en lo relativo a la prestación de servicios es una cuestión muy poco evaluada. Uno de los escasos estudios es el Informe del Centro de Innovación del Sector Público de PWC-IE Business School⁷. En este trabajo se señala cómo las diputaciones se han caracterizado por una actividad escasamente intervencionista, centrando su papel como agentes financiadores de servicios de coste elevado, sobre todo en ayuntamientos con problemas financieros. La única excepción son los servicios de alto componente medioambiental, como el servicio de abastecimiento de aguas, tratamiento y recogida de residuos; la realización de actividades deportivas y culturales; servicios de asistencia social; la Administración electrónica; apoyo y asesoramiento contable y asistencia técnica para la realización de obras y en materia urbanística; y, finalmente, la gestión recaudatoria y tributaria.

Un segundo estudio, centrado en el funcionamiento de las diputaciones provinciales a nivel territorial a partir de la clasificación funcional del presupuesto entre 2010-2014 es el de Romera⁸, donde se destaca el elevado nivel de saneamiento financiero y el bajo nivel de endeudamiento de los entes provinciales.

Los estudios que complementan la visión del gasto con la de ingreso suelen señalar la ausencia en materia de corresponsabilidad fiscal de las diputaciones provinciales.

⁶ Salvador Crespo, M., "Las competencias de las diputaciones provinciales en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local", *Cuadernos de Derecho Local*, 34, 2014, pp. 126-144.

⁷ PWC-IE Business School, *Encuesta-Reforma de la Administración Local. El papel de las Diputaciones, Cabildos y Consejos insulares en los servicios públicos municipales. Presente y futuro de la participación de los Gobiernos Locales Intermedios en la prestación, organización y financiación de los servicios de competencia municipal*, 2013.

⁸ Romera Jiménez, O., "El funcionamiento de las diputaciones provinciales en nuestro modelo territorial". *Cuadernos de Derecho Local*, 41, 2016, pp. 255-325.

Desde la óptica tributaria, las diputaciones provinciales solo llegan a establecer un recargo sobre la cuota mínima municipal, hasta un máximo del 40% sobre el impuesto sobre actividades económicas (IAE). Teniendo en cuenta que el IAE apenas supone el 3,2% del total de ingresos no financieros de los ayuntamientos, el grado de corresponsabilidad fiscal de los entes provinciales es muy pequeño. Además, no parece existir una conciencia clara por parte de la ciudadanía de para qué se aplica y para qué sirve este recargo sobre el IAE⁹.

El análisis que se presenta en este artículo pretende profundizar en el estudio de los gastos, ingresos y solvencia financiera de las diputaciones provinciales en Galicia. Para realizar este ejercicio, se ha utilizado la información del Ministerio de Hacienda, concretamente las liquidaciones de ingresos (derechos reconocidos netos) y gastos (obligaciones reconocidas netas). Estos registros están disponibles en la Central de Información Económico-Financiera de las Administraciones Públicas¹⁰.

Además, para la construcción de la información estadística, se ha considerado la clasificación funcional del presupuesto de gastos, que permite conocer la finalidad de los créditos presupuestarios y los objetivos perseguidos¹¹. La serie utilizada comprende una secuencia de años (2015, 2020, 2021 y 2022), lo que ha posibilitado un espacio temporal lo suficientemente amplio como para obtener resultados consistentes.

Regap



ESTUDIOS

4 El comportamiento en términos de gasto e ingreso de las diputaciones en Galicia¹²

4.1 Los presupuestos de las diputaciones

La evolución del gasto global y por capítulos para las cuatro diputaciones provinciales gallegas figura en la tabla 3. A partir de la información recogida, resulta evidente el ajuste presupuestario en 2015 –debido a las restricciones presupuestarias de la LRSAL–, situándose su importe en los 472,6 millones de euros. Con la mejora de la situación económica tras el fin de la Gran Recesión y la relajación de las exigencias presupuestarias como consecuencia de la pandemia, en 2020 se observa un notable incremento hasta alcanzar los 522,8 millones, una tendencia que se consolida en 2022, al alcanzar los 579,1 millones de euros.

Atendiendo a la clasificación económica del presupuesto, se comprueba que en 2022 es el capítulo de personal el que recoge una mayor importancia, con 154,6 millones de euros (26,2% del presupuesto total), experimentando un destacado aumento desde 2015. Le sigue, por orden de importancia, el capítulo de transferencias

⁹ Farfán Pérez, J.M., "El papel de las diputaciones y mancomunidades en la Administración local española", *Papeles de Economía Española*, 92, 2002, pp. 68-81.

¹⁰ <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/centraldeinformacion.aspx>

¹¹ Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las entidades locales.

¹² En Vaquero (2024) se abordan con detalle estas cuestiones.

corrientes, con 143,8 millones de euros (24,4%), con un ligero aumento desde 2015. Posteriormente, figuraría el gasto en bienes corrientes y de servicios, con 103,7 millones, que también muestra cierto aumento significativo desde 2015. En términos agregados, el volumen de las operaciones corrientes pasa de los 279,4 millones en 2015 a los 403,6 millones en 2022, con un ligero aumento en la proporción anual del gasto: del 65,7% al 68,5% entre 2015 y 2022.

Con relación a las operaciones de capital, las cifras presentadas señalan la importante reducción del gasto en inversiones reales, que pasan de los 99,4 millones en 2015 a los 65,6 en 2022, una caída desde el 19,1% al 11,1% en relación con el presupuesto global. La dotación en transferencias de capital pasa de los 93,9 millones en 2015 a los 110 millones en 2022, aunque sin aumentar su peso relativo. En los últimos años también resulta evidente una menor dependencia de las operaciones crediticias –debido a la mejor situación económica de las diputaciones, que evitan en gran medida acudir al crédito para financiarse–, al pasar de los 46,8 millones en 2015 a los 10,5 millones en 2022.

Para completar el análisis presupuestario, resulta conveniente estudiar en qué gastan las diputaciones provinciales (tabla 4). A partir de la información recogida, se constata que para 2022 son las actuaciones de carácter económico las que registran la mayor dotación, con algo más de 184 millones de euros (31,3% del total de presupuesto liquidado); dentro de este bloque, destacan las dotaciones para infraestructuras (147,5 millones de euros).

Una cantidad muy similar se destina a actuaciones de carácter general (180,4 millones) en 2022. Los mayores importes tienen como objetivo realizar transferencias a otras administraciones públicas (70,5 millones) y financiar los servicios de carácter general (57,8 millones). Como tercera gran política de gasto se sitúan las actuaciones de protección y promoción social (96,4 millones), especialmente el gasto en servicios y promoción sociales. Con una menor dotación estaría el gasto en producción de bienes públicos de carácter preferente (69,5 millones) y servicios públicos básicos (55,4 millones). Finalmente, el importe destinado a pagar la deuda se ha venido reduciendo en los últimos años (3,2 millones en 2022), una cantidad muy inferior a la destinada en 2015 (40,3 millones).

En consecuencia y considerando el porcentaje que representan las diferentes políticas, destacan por importancia, en 2022, las actuaciones económicas (31,3%), especialmente en infraestructuras (25%); actuaciones de protección y promoción social (16,3%), sobre todo en servicios y promoción sociales (9,1%); transferencias a otras administraciones públicas (11,9%); producción de bienes públicos preferentes (11,8%), especialmente en cultura (6,2%), deporte (2,7%) y educación (2,1%); servicios de carácter general (9,8%) y servicios públicos básicos (9,4%).

Ahora bien, el patrón de comportamiento de las preferencias de gasto no es el mismo a nivel provincial. Esto puede deberse no solo a las propias características del municipalismo –por ejemplo, la mayor o menor dependencia de los ayuntamientos de las diputaciones debido al tamaño de la planta local– en cada provincia, sino también a que las dotaciones económicas no son las mismas. Las diputaciones de Ourense y

Lugo gestionan, en 2022, 92 y 97 millones de euros, respectivamente, frente a los 229 millones de A Coruña y los 171 millones de Pontevedra. O, dicho de otra forma, las dos primeras provincias gestionan el 40% del presupuesto de la Diputación de A Coruña y el 54% del presupuesto de la Diputación de Pontevedra. Sin duda, estas importantes diferencias se deben a que la población residente en las provincias de Ourense y Lugo es mucho menor que en las de A Coruña y Pontevedra. Esto implica menos ingresos, puesto que los habitantes determinan la mayor parte de las transferencias recibidas desde el Estado, algo parecido a lo que sucede con los ingresos que obtienen los ayuntamientos por esta misma vía. Algo similar se puede señalar para las contribuciones que reciben desde la Xunta de Galicia.

La Diputación de Ourense es la que mayor porcentaje dedica de su presupuesto al capítulo de personal, el 35,2%, frente al 26,2% de media. El gasto corriente en bienes y servicios en la Diputación de Lugo (22,8%) y Ourense (20,8%) prácticamente duplica el porcentaje que destina la Diputación de A Coruña (12,6%). Precisamente en esta última se observa una clara apuesta por las transferencias corrientes (35%), frente a la Diputación de Ourense (16,8%). En inversiones reales, la que menor proporción destina es la Diputación de Lugo (9,1%), frente a la de Ourense (13,4%). En transferencias de capital, la horquilla oscila entre el 11,2% de la Diputación de Ourense y el 24,7% de la Diputación de Pontevedra (tabla 5).

Tabla 3. Gasto de las diputaciones en Galicia (clasificación económica), en millones de euros y porcentaje respecto al total (2015, 2020, 2021 y 2022)

	2015	2020	2021	2022
Gastos de personal	122,5 (23,6%)	148,6 (27,5%)	150 (26,9%)	154,6 (26,2%)
Gastos en bienes corrientes y servicios	72,8 (14%)	79,3 (14,7%)	90,6 (16,3%)	103,7 (17,6%)
Gastos financieros	0,5 (0,1%)	0,7 (0,1%)	1,1 (0,2%)	1,6 (0,3%)
Transferencias corrientes	83,6 (16,1%)	126,4 (23,4%)	135,8 (24,4%)	143,8 (24,4%)
<i>Operaciones corrientes</i>	<i>279,4 (53,8%)</i>	<i>355 (65,7%)</i>	<i>377,6 (67,7%)</i>	<i>403,6 (68,5%)</i>
Inversiones reales	99,4 (19,1%)	60 (11,1%)	53,1 (9,5%)	65,6 (11,1%)
Transferencias de capital	93,9 (18,1%)	107,8 (20%)	112,7 (20,2%)	110 (18,7%)
<i>Operaciones de capital</i>	<i>193,2 (37,2%)</i>	<i>167,8 (31,1%)</i>	<i>165,7 (29,7%)</i>	<i>175,6 (29,8%)</i>

Regap



ESTUDIOS

	2015	2020	2021	2022
Operaciones no financieras	472,6 (91%)	522,8 (96,8%)	543,3 (97,4%)	579,1 (98,2%)
Activos financieros	15 (2,9%)	9,4 (1,7%)	11 (2%)	7,4 (1,3%)
Pasivos financieros	31,8 (6,1%)	8,1 (1,5%)	3,2 (0,6%)	3 (0,5%)
Operaciones financieras	46,8 (9%)	17,5 (3,2%)	14,2 (2,6%)	10,5 (1,8%)
Total	519,5 (100%)	540,3 (100%)	557,5 (100%)	589,6 (100%)

Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda y Función Pública (2024)

Tabla 4. Principales políticas de gasto (clasificación funcional) de las diputaciones en Galicia, millones de euros y porcentaje respecto al total (2015, 2020, 2021 y 2022)

	2015	2020	2021	2022
Deuda pública	40,3 (7,7%)	8,2 (1,5%)	3,4 (0,6%)	3,2 (0,5%)
Servicios públicos básicos	47,9 (9,2%)	60,2 (11,1%)	68,1 (12,2%)	55,4 (9,4%)
Seguridad y movilidad ciudadana	6,4 (1,2%)	8,6 (1,6%)	8,9 (1,6%)	9,1 (1,5%)
Vivienda y urbanismo	13,7 (2,6%)	18,2 (3,4%)	21,8 (3,9%)	16 (2,7%)
Bienestar comunitario	19,1 (3,7%)	26,1 (4,8%)	29,8 (5,3%)	23,2 (3,9%)
Medio ambiente	8,7 (1,7%)	7,3 (1,4%)	7,6 (1,4%)	7,1 (1,2%)
Actuaciones de protección y promoción social	66,1 (12,7%)	88,5 (16,4%)	106,3 (19,1%)	96,4 (16,3%)
Pensiones	7,5 (1,4%)	10,1 (1,9%)	10,2 (1,8%)	11,4 (1,9%)
Otras prestaciones económicas a favor de empleados	2,9 (0,6%)	2,6 (0,5%)	3,2 (0,6%)	3 (0,5%)
Servicios sociales y promoción social	34,2 (6,6%)	55,1 (10,2%)	56 (10%)	53,4 (9,1%)
Fomento del empleo	21,5 (4,1%)	20,8 (3,9%)	36,9 (6,6%)	28,5 (4,8%)

	2015	2020	2021	2022
Producción de bienes públicos de carácter preferente	66,3 (12,8%)	65,1 (12%)	66,1 (11,9%)	69,5 (11,8%)
Sanidad	1,4 (0,3%)	1,3 (0,2%)	1,7 (0,3%)	1,2 (0,2%)
Educación	10 (1,9%)	11,7 (2,2%)	13,8 (2,5%)	12,2 (2,1%)
Cultura	32 (6,2%)	34,3 (6,3%)	35,1 (6,3%)	40 (6,8%)
Deporte	22,9 (4,4%)	17,7 (3,3%)	15,6 (2,8%)	16,1 (2,7%)

Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda y Función Pública (2024)

Tabla 4. Principales políticas de gasto (clasificación funcional) de las diputaciones en Galicia, millones de euros y porcentaje respecto al total (2015, 2020, 2021 y 2022), continuación

	2015	2020	2021	2022
Actuaciones de carácter económico	156,1 (30%)	151,3 (28%)	142,3 (25,5%)	184,8 (31,3%)
Agricultura, ganadería y pesca	12 (2,3%)	10,1 (1,9%)	10,8 (1,9%)	14,4 (2,4%)
Industria y energía	2,3 (0,4%)	2,2 (0,4%)	3 (0,5%)	3,1 (0,5%)
Comercio, turismo y pequeñas y medianas empresas	10,9 (2,1%)	9,7 (1,8%)	12,7 (2,3%)	13,2 (2,2%)
Transporte público	0 (0%)	0 (0%)	0,1 (0%)	2 (0,3%)
Infraestructuras	111,5 (21,5%)	126,3 (23,4%)	110,4 (19,8%)	147,5 (25%)
Investigación, desarrollo e innovación	6,6 (1,3%)	0,2 (0%)	0,1 (0%)	0,1 (0%)
Otras actuaciones de carácter económico	12,8 (2,5%)	2,8 (0,5%)	5,3 (1%)	4,6 (0,8%)
Actuaciones de carácter general	142,8 (27,5%)	167,1 (30,9%)	171,3 (30,7%)	180,4 (30,6%)
Órganos de gobierno	10 (1,9%)	13,8 (2,5%)	13,8 (2,5%)	14,3 (2,4%)

Regap



ESTUDIOS

	2015	2020	2021	2022
Servicios de carácter general	45,2 (8,7%)	53,2 (9,9%)	54,5 (9,8%)	57,8 (9,8%)
Administración financiera y tributaria	30 (5,8%)	35,9 (6,6%)	36,9 (6,6%)	37,8 (6,4%)
Transferencias a otras administraciones públicas	57,7 (11,1%)	64,2 (11,9%)	66,1 (11,9%)	70,5 (11,9%)
Total	519,5 (100%)	540,3 (100%)	557,5 (100%)	589,6 (100%)

Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda y Función Pública (2024)

Tabla 5. Distribución del gasto (clasificación económica) de las diputaciones en Galicia, millones de euros y porcentaje respecto al total, total y por provincias (2022)

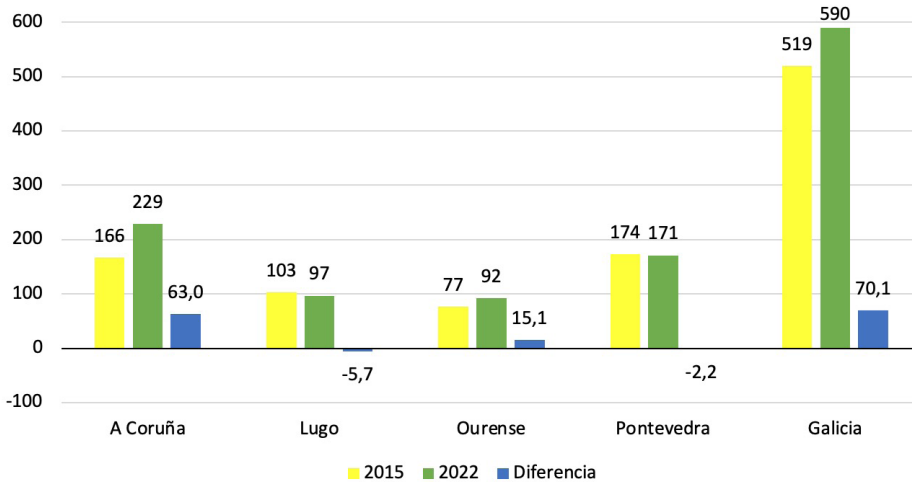
	A Coruña	Lugo	Ourense	Pontevedra	Galicia
Gastos de personal	50,7 (22,1%)	26,9 (27,8%)	32,4 (35,2%)	44,5 (26%)	154,6 (26,2%)
Gastos en bienes corrientes y servicios	29 (12,6%)	22,1 (22,8%)	19,1 (20,8%)	33,5 (19,5%)	103,7 (17,6%)
Gastos financieros	0,9 (0,4%)	0,3 (0,3%)	0,1 (0,1%)	0,3 (0,1%)	1,6 (0,3%)
Transferencias corrientes	80,3 (35%)	17,8 (18,3%)	15,4 (16,8%)	30,2 (17,6%)	143,8 (24,4%)
<i>Operaciones corrientes</i>	<i>160,9 (70,2%)</i>	<i>67,1 (69,2%)</i>	<i>67,1 (72,9%)</i>	<i>108,5 (63,3%)</i>	<i>403,6 (68,5%)</i>
Inversiones reales	24,8 (10,8%)	8,8 (9,1%)	12,3 (13,4%)	19,6 (11,5%)	65,6 (11,1%)
Transferencias de capital	38,6 (16,8%)	18,7 (19,3%)	10,3 (11,2%)	42,4 (24,7%)	110 (18,7%)
<i>Operaciones de capital</i>	<i>63,4 (27,6%)</i>	<i>27,5 (28,4%)</i>	<i>22,6 (24,6%)</i>	<i>62 (36,2%)</i>	<i>175,6 (29,8%)</i>
Operaciones no financieras	224,3 (97,8%)	94,7 (97,7%)	89,7 (97,5%)	170,4 (99,5%)	579,1 (98,2%)
Activos financieros	5 (2,2%)	0,6 (0,7%)	1,6 (1,7%)	0,2 (0,1%)	7,4 (1,3%)
Pasivos financieros	0 (0%)	1,6 (1,7%)	0,7 (0,8%)	0,7 (0,4%)	3 (0,5%)

	A Coruña	Lugo	Ourense	Pontevedra	Galicia
Operaciones financieras	5 (2,2%)	2,3 (2,3%)	2,3 (2,5%)	0,9 (0,5%)	10,5 (1,8%)
Total	229,3 (100%)	96,9 (100%)	92 (100%)	171,3 (100%)	589,6 (100%)

Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda y Función Pública (2024)

Además de partir de cuantías diferentes, también se observan dinámicas presupuestarias distintas entre las diputaciones (gráfico 1). Así, en la Diputación de A Coruña se ha producido un importante aumento del presupuesto desde el año 2015 (63 millones) y algo menos en la de Ourense (15,1 millones), mientras que en las diputaciones de Lugo y Pontevedra se recoge un descenso (5,7 y 2,2 millones, respectivamente).

Gráfico 1: Comparativa del presupuesto de gasto de las diputaciones en Galicia, en millones de euros, total y por provincias (2015 y 2022)



Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda (2024)

Para realizar una comparativa adecuada, resulta conveniente analizar el gasto por habitante (tabla 6). Las diputaciones de Ourense (302 euros) y de Lugo (299 euros) reflejan el indicador más elevado. Este resultado puede deberse, como ya se indicó, a la casuística municipal de ambas provincias, debido al menor tamaño poblacional de sus municipios, que exige a las diputaciones provinciales un esfuerzo relativo mayor. Esta conclusión resulta aplicable cuando se desagrega por capítulos de gasto, como sucede con el capítulo de personal (107 euros en Ourense y 83 euros en Lugo), frente a los 45 de la Diputación de A Coruña o a los 47 de la Diputación de Pontevedra. Lo mismo se puede señalar para el capítulo de gastos en bienes corrientes y servicios (63

y 68 euros por habitante para Ourense y Lugo, respectivamente, frente a los 25,9 de A Coruña). Sucede algo parecido para las transferencias corrientes e inversiones reales.

Tabla 6. Distribución del gasto por capítulos en las diputaciones en Galicia, en euros por habitante, total y por provincias (2022)

	A Coruña	Lugo	Ourense	Pontevedra	Galicia
Gastos de personal	45,3	83,1	106,5	47,2	57,5
Gastos en bienes corrientes y servicios	25,9	68,3	62,9	35,5	38,5
Gastos financieros	0,8	0,9	0,3	0,3	0,6
Transferencias corrientes	71,8	54,9	50,7	32,0	53,4
<i>Operaciones corrientes</i>	<i>143,8</i>	<i>207,1</i>	<i>220,4</i>	<i>115,0</i>	<i>150,0</i>
Inversiones reales	22,2	27,2	40,6	20,8	24,4
Transferencias de capital	34,5	57,8	33,8	44,9	40,9
<i>Operaciones de capital</i>	<i>56,6</i>	<i>85,0</i>	<i>74,4</i>	<i>65,7</i>	<i>65,3</i>
<i>Operaciones no financieras</i>	<i>200,4</i>	<i>292,2</i>	<i>294,8</i>	<i>180,7</i>	<i>215,3</i>
Activos financieros	4,5	2,0	5,2	0,2	2,8
Pasivos financieros	0,0	5,0	2,3	0,8	1,1
<i>Operaciones financieras</i>	<i>4,5</i>	<i>7,0</i>	<i>7,5</i>	<i>0,9</i>	<i>3,9</i>
Total gastos	204,9	299,1	302,3	181,7	219,1

Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda (2024)

4.2 Las fuentes de ingresos de las diputaciones

Las diputaciones provinciales pueden establecer diversas figuras tributarias y no tributarias: tasas, contribuciones especiales y precios públicos, pero carecen de capacidad para crear impuestos. Debido a esta limitación, los entes provinciales dependen económicamente –incluso más que los ayuntamientos– de las transferencias

del resto de administraciones públicas. Además, y al igual que ocurre con aquellos, las diputaciones participan en los tributos del Estado (artículo 39 del Real decreto legislativo 2/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de haciendas locales).

El capítulo primero del presupuesto de ingresos de las diputaciones provinciales –que recoge la cesión del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) y el recargo sobre el impuesto sobre actividades económicas (IAE)¹³– supone el 7,1% del total de presupuesto total, un porcentaje que no ha variado desde hace más de una década. En cuanto a los impuestos indirectos –cesión del rendimiento del impuesto sobre actividades económicas, IVA y de los impuestos especiales sobre el alcohol y bebidas alcohólicas, sobre productos intermedios, sobre la cerveza, sobre las labores del tabaco y sobre hidrocarburos–, su relevancia económica se sitúa en el 5,5%, registrando una ligera reducción porcentual respecto a 2015, con el 6,6%.

En el capítulo de tasas, precios públicos y otros ingresos, si bien se registra un ligero incremento en los importes desde 2015 a 2022, su importancia relativa se ha reducido del 6,5% al 5,9%. Dentro de esta categoría, se incluyen las tasas por prestación de servicios públicos de carácter social y preferente, por la realización de actividades de competencia provincial y por la utilización privativa o aprovechamiento especial de dominio público. Si bien es una potencial vía para incrementar de manera autónoma su presupuesto, en la práctica no ha sido muy utilizada. Idéntico resultado se puede señalar para los precios públicos, al comprobarse la congelación de los importes a satisfacer por estos conceptos.

Las transferencias corrientes y subvenciones del Estado y de las CC. AA., que forman parte del capítulo 4 de los presupuestos, conforman la principal fuente de recursos de los entes provinciales. Por esta vía se recoge el 79% del total de los ingresos en 2022, sobre todo del fondo complementario de financiación (FCF) y las aportaciones financieras de las administraciones que delegan competencias sobre la diputación provincial, especialmente del Estado y la comunidad autónoma.

La relevancia económica de los ingresos patrimoniales del capítulo 5 –que engloba los intereses, rentas, concesiones de servicios– resulta muy reducida por la escasa –o incluso nula rentabilidad– de los ahorros depositados en las entidades financieras en los últimos años por los pagos por intereses. En cuanto al capítulo 6, enajenación de inversiones reales –obtención de ingresos por la venta de terrenos y otros activos–, en 2022 el importe consignado es de 1,7 millones de euros, una cantidad marginal; lo mismo sucede con el capítulo 7, las transferencias de capital, que recogen las subvenciones destinadas a la creación de infraestructuras. La cifra para 2022 de activos financieros es de cerca de 600.000 euros, procedente de la devolución de depósitos y fianzas constituidos por la entidad provincial e ingresos por la enajenación de activos financieros. Finalmente, los pasivos financieros –préstamos percibidos por la entidad provincial– desde hace varios años su dotación es nula (tabla 7).

¹³ A través de la aplicación de un recargo en este impuesto.

Tabla 7. Distribución de los ingresos por capítulos de las diputaciones en Galicia, millones de euros y porcentaje respecto del total (2015, 2020, 2021 y 2022)

	2015	2020	2021	2022
Impuestos directos	37 (7,1%)	43,8 (8%)	45,5 (8%)	46,9 (7,1%)
Impuestos indirectos	34,8 (6,6%)	36 (6,5%)	36,5 (6,4%)	36,2 (5,5%)
Tasas, precios públicos y otros ingresos	33,8 (6,5%)	32,9 (6%)	34,6 (6,1%)	39 (5,9%)
Transferencias corrientes	388,8 (74,2%)	427,9 (77,9%)	445,2 (78,2%)	517,2 (78,7%)
Ingresos patrimoniales	3,4 (0,6%)	0,4 (0,1%)	0,6 (0,1%)	0,5 (0,1%)
<i>Operaciones corrientes</i>	<i>497,8 (95%)</i>	<i>541 (98,4%)</i>	<i>562,4 (98,8%)</i>	<i>639,8 (97,4%)</i>
Enajenación de inversiones reales	0,7 (0,1%)	3 (0,5%)	0,8 (0,1%)	1,7 (0,3%)
Transferencias de capital	21,6 (4,1%)	2,8 (0,5%)	4,3 (0,8%)	14 (2,1%)
<i>Operaciones de capital</i>	<i>22,4 (4,3%)</i>	<i>5,7 (1%)</i>	<i>5,1 (0,9%)</i>	<i>15,7 (2,4%)</i>
<i>Operaciones no financieras</i>	<i>520,2 (99,3%)</i>	<i>546,8 (99,5%)</i>	<i>567,5 (99,7%)</i>	<i>655,5 (99,8%)</i>
Activos financieros	3,7 (0,7%)	2,9 (0,5%)	1,7 (0,3%)	1,6 (0,2%)
Pasivos financieros	0 (0%)	0 (0%)	0 (0%)	0 (0%)
<i>Operaciones financieras</i>	<i>3,7 (0,7%)</i>	<i>2,9 (0,5%)</i>	<i>1,7 (0,3%)</i>	<i>1,6 (0,2%)</i>
Total	523,9 (100%)	549,6 (100%)	569,2 (100%)	657,1 (100%)

Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda (2024)

La distribución de ingresos desglosada para las cuatro diputaciones provinciales gallegas, en términos absolutos y porcentaje para 2022, figura en la tabla 8. Al igual que sucedía con los gastos, para los ingresos también se constata una alta heterogeneidad entre los cuatro entes provinciales. Las diputaciones que más ingresan son las de A Coruña (244,1 millones) y Pontevedra (201,6 millones), mientras que los importes para las de Ourense y Lugo suponen mucho menos (110,2 y 101,2 millones). Respecto a los datos de 2015, el incremento del presupuesto de ingresos es notable en casi todas las diputaciones (gráfico 2).

Tabla 8. Distribución de los ingresos por capítulos de las diputaciones en Galicia, millones de euros y porcentaje, total y por provincias (2022)

	A Coruña	Lugo	Ourense	Pontevedra	Galicia
Impuestos directos	23,1 (9,5%)	5,4 (5,3%)	4,3 (3,9%)	14,1 (7%)	46,9 (7,1%)
Impuestos indirectos	13,3 (5,5%)	4 (4%)	5,8 (5,3%)	13 (6,5%)	36,2 (5,5%)
Tasas, precios públicos y otros ingresos	15,5 (6,4%)	4,2 (4,2%)	5,3 (4,8%)	14 (6,9%)	39 (5,9%)
Transferencias corrientes	191,5 (78,4%)	85,9 (84,9%)	90 (81,7%)	149,8 (74,3%)	517,2 (78,7%)
Ingresos patrimoniales	0 (0%)	0,1 (0,1%)	0,2 (0,1%)	0,2 (0,1%)	0,5 (0,1%)
<i>Operaciones corrientes</i>	<i>243,4 (99,7%)</i>	<i>99,7 (98,5%)</i>	<i>105,6 (95,8%)</i>	<i>191,1 (94,8%)</i>	<i>639,8 (97,4%)</i>
Enajenación de inversiones reales	0,1 (0%)	0,5 (0,5%)	0,1 (0,1%)	1 (0,5%)	1,7 (0,3%)
Transferencias de capital	0 (0%)	0,9 (0,9%)	4,3 (3,9%)	8,7 (4,3%)	14 (2,1%)
<i>Operaciones de capital</i>	<i>0,1 (0,1%)</i>	<i>1,4 (1,4%)</i>	<i>4,4 (4%)</i>	<i>9,8 (4,9%)</i>	<i>15,7 (2,4%)</i>
<i>Operaciones no financieras</i>	<i>243,6 (99,8%)</i>	<i>101,1 (99,9%)</i>	<i>110 (99,8%)</i>	<i>200,9 (99,6%)</i>	<i>655,5 (99,8%)</i>
Activos financieros	0,5 (0,2%)	0,1 (0,1%)	0,3 (0,2%)	0,7 (0,4%)	1,6 (0,2%)
Pasivos financieros	0 (0%)	0 (0%)	0 (0%)	0 (0%)	0 (0%)
<i>Operaciones financieras</i>	<i>0,5 (0,2%)</i>	<i>0,1 (0,1%)</i>	<i>0,3 (0,2%)</i>	<i>0,7 (0,4%)</i>	<i>1,6 (0,2%)</i>
Total	244,1 (100%)	101,2 (100%)	110,2 (100%)	201,6 (100%)	657,1 (100%)

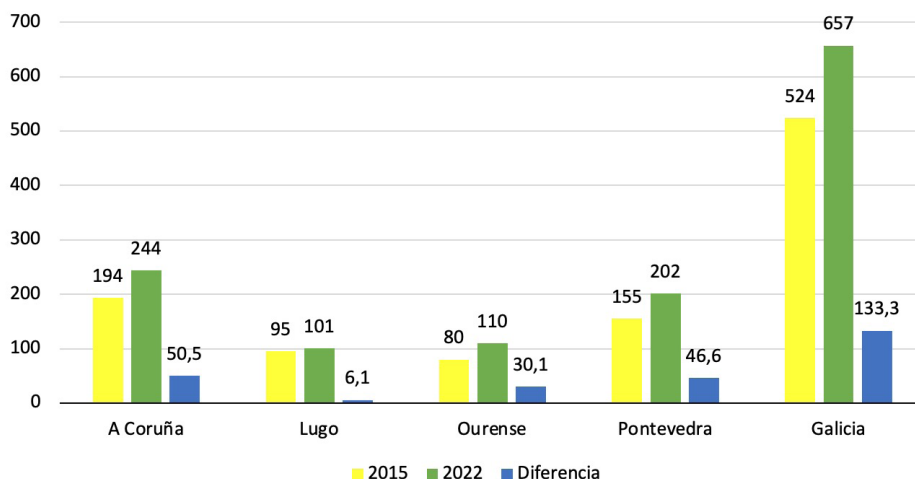
Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda (2024)

Regap



ESTUDIOS

Gráfico 2: Comparativa del presupuesto de ingresos de las diputaciones en Galicia, en millones de euros, total y por provincias (2015 y 2020)

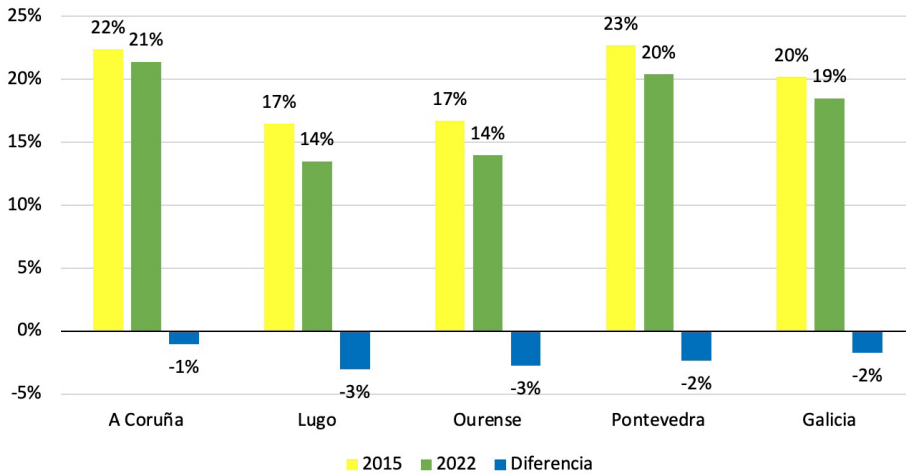


Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda (2024)

En cuanto a la composición de los recursos, cabe señalar algunos resultados. Así, las diputaciones que presentan un menor peso de la fiscalidad “propia” (capítulos 1 al 3) son las de Lugo y Ourense, con un 13,5% y 14% de todos los ingresos, respectivamente. Lo contrario se observa en las diputaciones de A Coruña y Pontevedra, con un 21,4% y 20%, respectivamente. Comparando estos resultados con los obtenidos en 2015, se comprueba una pérdida de peso de la capacidad fiscal “propia” en las diputaciones de Ourense y Lugo (16,7% y 16,5%, respectivamente); lo contrario sucede en las de A Coruña y Pontevedra, con 22,4% y 22,7%, respectivamente (gráfico 3). Este resultado es consecuencia de las diferencias de renta provincial –que reduce notablemente los ingresos percibidos por esta vía–, al tratarse de cantidades cedidas por la participación en impuestos de naturaleza estatal o municipal. Esto supone una mayor dependencia de las transferencias corrientes¹⁴; así, en la Diputación de Ourense ascienden en 2022 al 81,7% de todos sus ingresos (80,4% en 2015) y en la de Lugo al 84,9% en 2022 (71,5% en 2015), frente a la media gallega del 78,7% y 74,2% en 2020 y 2015, respectivamente.

¹⁴ En el Informe de fiscalización de la Cuenta General de las Entidades Locales de Galicia del Consello de Contas para el ejercicio 2021, se señala que, para las diputaciones provinciales, la participación en los ingresos del Estado (PIE) y de la comunidad autónoma (PICA), supone el 82,9% y el 1,9% del total de sus ingresos. Además, se constata un incremento anual del 3,5% para el período 2018-2021, considerando las aportaciones por la vía de cesión de impuestos y la PIE, mientras que la PICA recoge un descenso del 2,6% durante estos años.

Gráfico 3: Comparativa del presupuesto de ingresos, capítulos 1 al 3 de las diputaciones en Galicia, en porcentaje, total y por provincias (2015 y 2020)



Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda (2024)

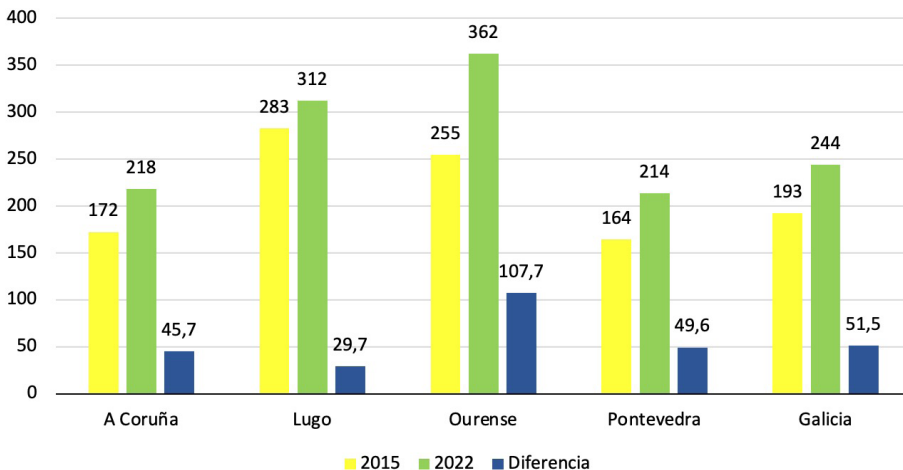
Regap

En términos globales, las diputaciones con más recursos por habitante son la de Ourense (362,2) y Lugo (312,4); las que menos, la de Pontevedra (213,8) y A Coruña (218,1). Con relación a 2015, los datos eran Lugo (283) y Ourense (255); las que menos, Pontevedra (164) y A Coruña (172), que eran las que más presupuesto gestionaban (gráfico 4).



ESTUDIOS

Gráfico 4: Comparativa del presupuesto de ingresos por habitante de las diputaciones en Galicia, en euros por habitante, total y por provincias (2015 y 2020)



Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda (2024)

La tabla 9 recoge los ingresos por habitante en los diferentes capítulos para las cuatro diputaciones gallegas. Se comprueba cómo, en materia de imposición directa, la que más recauda por habitante es la Diputación de A Coruña (20,6) y la que menos, la de Ourense (14,2), mientras que en imposición indirecta sucede lo contrario (19,1 en la Diputación de Ourense y 11,9 en la Diputación de A Coruña).

En el capítulo de tasas, precios públicos y otros ingresos, en la Diputación de Ourense se ingresan 17,4 euros por habitante, frente a los 14,5 de media. En transferencias corrientes, las diputaciones de Ourense y Lugo (295,8 y 265,2 euros por habitante) destacan sobre el resto. En enajenación de inversiones reales, apenas hay diferencias, pero sí en transferencias de capital, donde la Diputación de Ourense recoge 14,2 euros por habitante frente a ninguna cantidad en la Diputación de A Coruña. En operaciones financieras tampoco se observan diferencias entre los cuatro entes provinciales.

Tabla 9. Distribución de los ingresos (clasificación económica) de las diputaciones en Galicia, en euros por habitante, total y por provincias (2022)

	A Coruña	Lugo	Ourense	Pontevedra	Galicia
Impuestos directos	20,6	16,7	14,2	14,9	17,4
Impuestos indirectos	11,9	12,4	19,1	13,8	13,4
Tasas, precios públicos y otros ingresos	13,9	13,1	17,4	14,8	14,5
Transferencias corrientes	171,1	265,2	295,8	158,9	192,2
Ingresos patrimoniales	0,0	0,4	0,5	0,2	0,2
<i>Operaciones corrientes</i>	<i>217,5</i>	<i>307,7</i>	<i>347,0</i>	<i>202,6</i>	<i>237,8</i>
Enajenación de inversiones reales	0,1	1,6	0,2	1,1	0,6
Transferencias de capital	0,0	2,8	14,2	9,3	5,2
<i>Operaciones de capital</i>	<i>0,1</i>	<i>4,3</i>	<i>14,4</i>	<i>10,4</i>	<i>5,8</i>
<i>Operaciones no financieras</i>	<i>217,6</i>	<i>312,1</i>	<i>361,4</i>	<i>213,0</i>	<i>243,7</i>
Activos financieros	0,5	0,3	0,8	0,8	0,6

	A Coruña	Lugo	Ourense	Pontevedra	Galicia
Pasivos financieros	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Operaciones financieras	0,5	0,3	0,8	0,8	0,6
Total	218,1	312,4	362,2	213,8	244,2

Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda (2024)

4.3 La solvencia financiera de las diputaciones

Uno de los requisitos que debe tratar de cumplir cualquier Administración pública es que sea solvente. El grado de solvencia o capacidad financiera de las administraciones públicas se cuantifica a partir del resultado presupuestario, que es la diferencia entre los derechos y las obligaciones reconocidos en el ejercicio. Con este indicador se determina la salud financiera a corto plazo. Este resultado se ajustará según las obligaciones financiadas con el remanente de tesorería para gastos generales y las desviaciones de financiación del ejercicio. Si el saldo resulta negativo, se manifiesta la incapacidad de los derechos reconocidos del ejercicio para atender las obligaciones generadas. Por el contrario, si resulta positivo, la entidad goza de buena salud a corto plazo.

Esto es precisamente lo que se observa en las diputaciones gallegas (tabla 10) a partir del resultado presupuestario ajustado positivo, incluso a pesar de las restricciones económicas que sufrieron las diputaciones desde 2011. En 2015 se obtuvieron 141 millones de euros para las cuatro diputaciones provinciales. Esta tendencia se consolida en 2022 con 217,8 millones de euros.

El resultado presupuestario para cada una de las diputaciones provinciales figura en el gráfico 5. Para 2022 destaca el elevado resultado presupuestario en las diputaciones de Ourense y Pontevedra, con 18,2 y 30,2 millones de superávit, respectivamente.

Un segundo indicador que permite realizar una aproximación a la salud financiera de las diputaciones es la deuda viva. Esta se define como la totalidad de la deuda pendiente que tiene que pagar la diputación procedente de préstamos a largo plazo con entidades financieras y avales. El gráfico 6 permite señalar el ejercicio de corrección que en los últimos años se ha practicado desde los entes provinciales, especialmente en A Coruña y Pontevedra, que partían de valores muy elevados.

regap



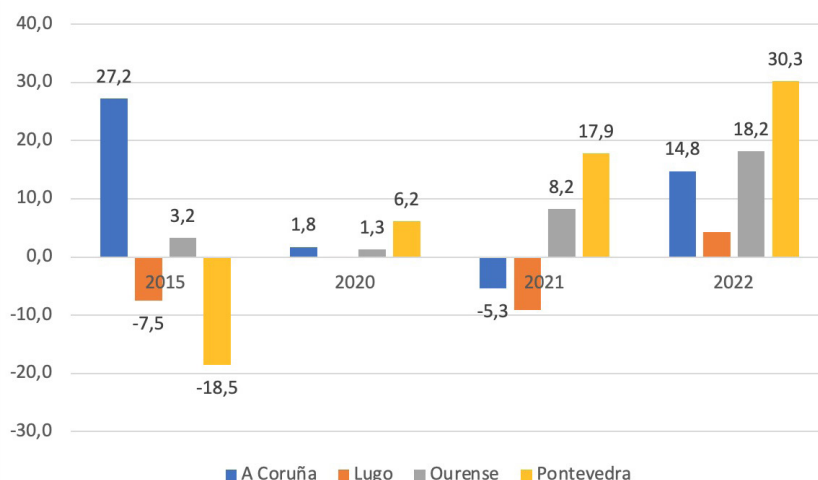
ESTUDIOS

Tabla 10. Resultado presupuestario del ejercicio y resultado presupuestario ajustado, en millones de euros de las diputaciones en Galicia (2015, 2020, 2021 y 2022)

	2015	2020	2021	2022
Resultado presupuestario del ejercicio	4,4	9,3	11,7	67,5
Créditos gastados financiados con remanente de tesorería para gastos generales	137,5	175,9	177,1	156,2
Desviaciones de financiación negativas del ejercicio	11,4	8,4	9,5	7,2
Desviaciones de financiación positivas del ejercicio	12,4	3,0	3,8	13,1
Resultado presupuestario ajustado	140,9	190,6	194,5	217,8

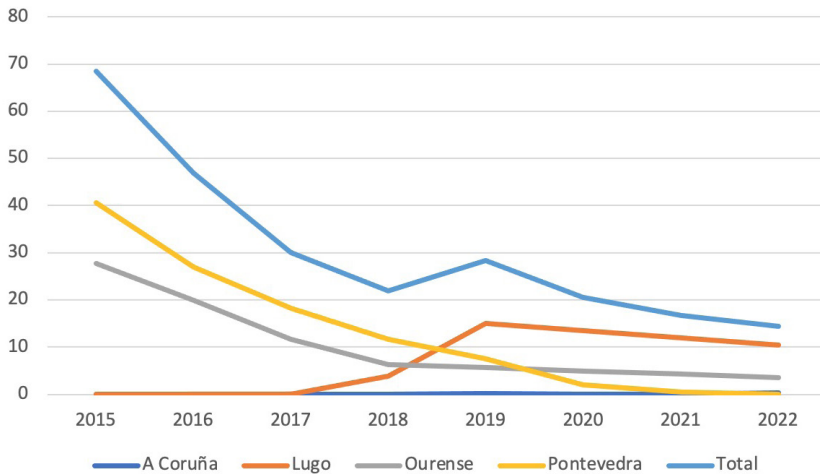
Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda (2024)

Gráfico 5. Superávit/Déficit (resultado presupuestario del ejercicio) en millones de euros de las diputaciones en Galicia, por provincias (2015, 2020, 2021 y 2022)



Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda (2024)

Gráfico 6. Deuda viva en millones de euros de las diputaciones en Galicia, total y por provincias (2015-2022)



Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda (2024)

A pesar de estos buenos resultados, es necesario seguir mejorando en algunos indicadores presupuestarios y financieros (Consello de Contas de Galicia, 2023)¹⁵. Como ejemplo, se puede citar el grado de ejecución del presupuesto de ingresos –que recoge una disminución desde 2018 hasta llegar al 49,7% en 2021– o la autonomía fiscal, que se reduce al 18,8%. Finalmente, sería necesario reducir el índice de deudores de dudoso cobro, que ascendió al 7% en 2021, cuando en 2018 era del 5,1%. Además, las diputaciones gallegas registran un ingreso por habitante que supone el 79,3% de la media española y un gasto por residente que es el 79,9% de dicha media¹⁶. En consecuencia, aún queda mucho por hacer para mejorar la gestión económica de los entes provinciales.

5 El perfil de las diputaciones gallegas desde la perspectiva de los gastos y los ingresos

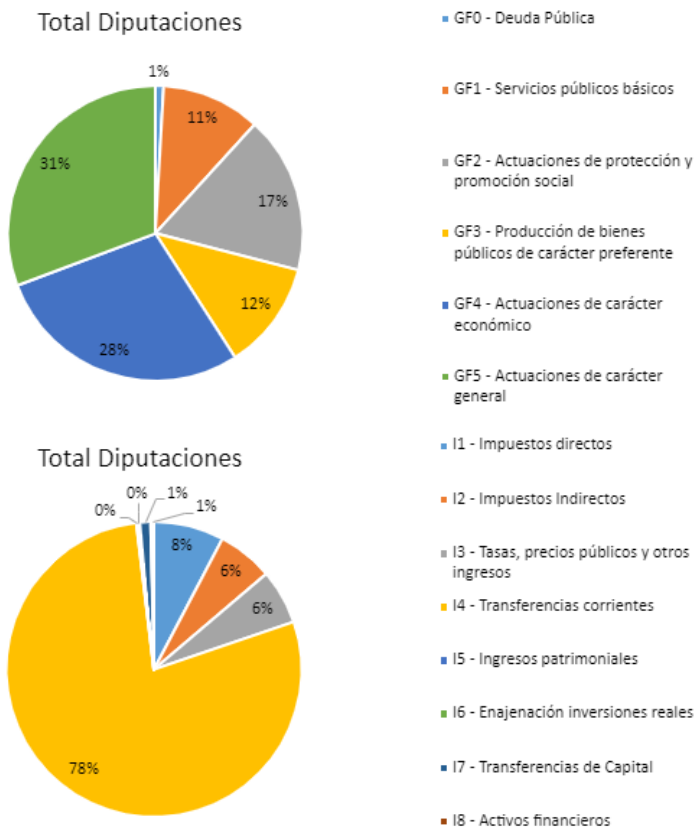
Resulta conveniente conocer el “perfil” de las diputaciones provinciales desde la perspectiva del gasto y de los ingresos para saber las preferencias en la utilización de los recursos y el tipo de financiación para cumplir con los gastos. Para ello, se considera la media de los tres últimos años (2020-2022) de los presupuestos de gastos

¹⁵ Informe de fiscalización de la Cuenta General de las Entidades Locales de Galicia, ejercicio 2021 del Consello de Contas de Galicia.

¹⁶ Con relación al ingreso por habitante, las diputaciones provinciales de la Comunidad de Extremadura recogen un índice del 150,7% respecto a la media nacional, siendo las diputaciones provinciales de Galicia las que cierran esta clasificación. En cuanto al gasto por habitante, son las diputaciones provinciales de Castilla y León (138,8%) las que encabezan este *ranking*, que nuevamente cierran las diputaciones de Galicia.

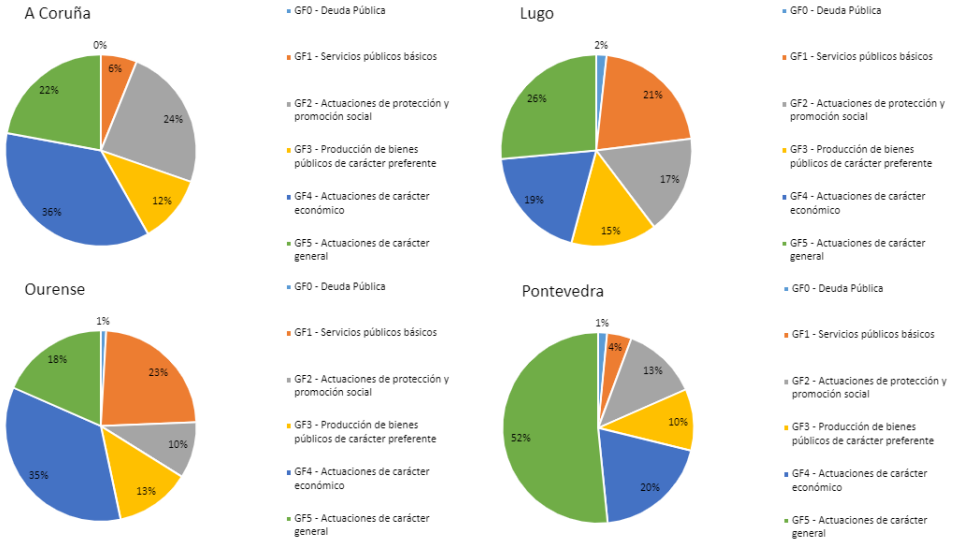
(clasificación funcional) y de los ingresos liquidados (clasificación económica). El gráfico 7 realiza el análisis agregado de las cuatro diputaciones provinciales para los gastos e ingresos. El gráfico 8 hace este ejercicio para el gasto de forma diferenciada para cada diputación provincial. El gráfico 9 reproduce el análisis para los ingresos.

Gráfico 7. Distribución porcentual de los gastos (clasificación funcional) y de los ingresos (clasificación económica) de las diputaciones en Galicia (2020-2022)



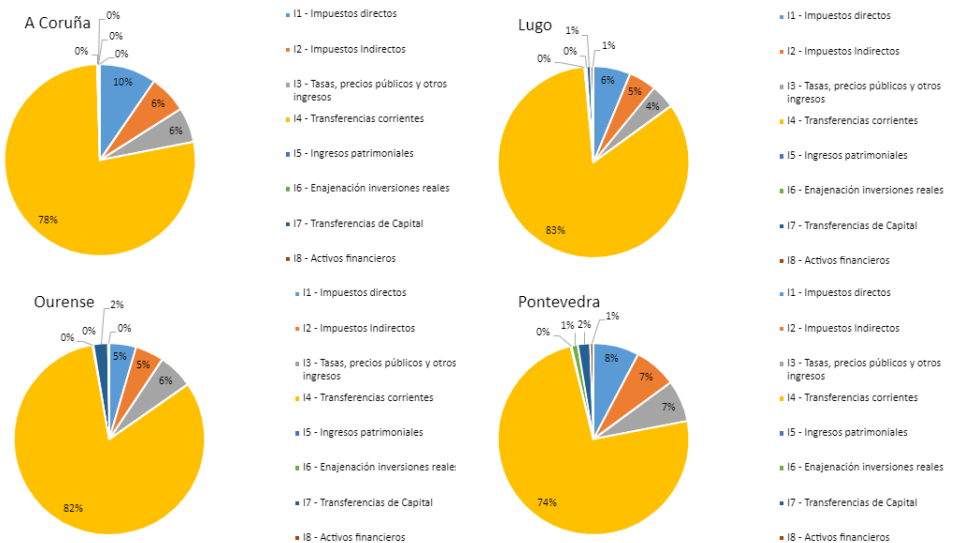
Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda (2024)

Gráfico 8. Distribución porcentual de los gastos (clasificación funcional) de las diputaciones en Galicia, por provincias (2020-2022)



Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda (2024)

Gráfico 9. Distribución porcentual de los ingresos (clasificación económica) de las diputaciones en Galicia, por provincias (2020-2022)



Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda (2024)

Atendiendo al ejercicio precedente, la tabla 11 resume el “perfil agregado” de las cuatro diputaciones provinciales y el “perfil individualizado” de cada una de ellas.

Regap



ESTUDIOS

En términos agregados, se constata el importante porcentaje de gasto destinado a actuaciones de carácter general –casi un tercio del total– para financiar gastos de funcionamiento; en segundo lugar, el también elevado peso del gasto en actuaciones de carácter económico, lo que permite señalar su papel como agente dinamizador; en tercer lugar, la importancia en actuaciones que buscan el bienestar complementario, destinado a financiar partidas orientadas a la protección y promoción social; y, finalmente, menores porcentajes para financiar servicios públicos básicos y producción de bienes públicos de carácter preferente, esto es, un reducido esfuerzo por garantizar el bienestar básico y su actividad como agente productor.

Por lo que respecta a las preferencias de gasto de la Diputación de A Coruña, esta se caracteriza por dedicar una parte muy relevante de su presupuesto a actuaciones de carácter económico (36% de su presupuesto), que posibilitan desarrollar el potencial de los distintos sectores de la actividad económica, gastos en infraestructuras básicas y de transportes; infraestructuras agrarias y comunicaciones; investigación, pudiendo caracterizarse con un perfil de “agente dinamizador”. También destaca la orientación de su gasto hacia actuaciones de protección y promoción social, lo que se conoce como “bienestar complementario”: atenciones de carácter benéfico-asistencial; atenciones a grupos con necesidades especiales, como jóvenes, mayores, personas con discapacidad y tercera edad, y medidas de fomento del empleo.

Con relación a la Diputación de Lugo, se observa una mayor preferencia del gasto hacia actuaciones de servicios públicos básicos (21% de su presupuesto), pudiendo categorizarse como “bienestar básico”, centrado en cuatro políticas: seguridad y movilidad ciudadana, vivienda y urbanismo, bienestar comunitario y medio ambiente.

La Diputación de Ourense también destina una parte importante de su presupuesto (23%) a servicios públicos básicos (“bienestar básico”) y realiza un esfuerzo relativamente mayor (35%) en actuaciones de carácter económico (“agente dinamizador”).

Finalmente, en la Diputación de Pontevedra destaca el porcentaje de gasto destinado a actuaciones de carácter general (53% del presupuesto), como el ejercicio de funciones de gobierno o de apoyo administrativo y de soporte lógico y técnico a toda la organización (“gastos de funcionamiento”). Además, se manifiesta una mayor intensidad del gasto destinado a actuaciones de carácter económico (“agente dinamizador”).

Tabla 11: Perfil del gasto de las diputaciones provinciales (2020-2022)

Diputación	Perfil
Total	<p>Significativo porcentaje para actuaciones de carácter general (31%), destinado a gastos de funcionamiento</p> <p>Muy reducido peso para financiar la deuda pública (1%)</p> <p>Elevado peso del gasto en actuaciones de carácter económico (28%), lo que confiere un importante papel como agente dinamizador</p> <p>Significativa importancia (17%) en actuaciones de protección y promoción social, garantizando su papel como entidades que buscan el bienestar complementario</p> <p>Menor intensidad en el gasto destinado a financiar servicios públicos básicos (11%) y producción de bienes públicos de carácter preferente (12%). En consecuencia, se detecta un menor esfuerzo para garantizar el bienestar básico y como agente productor</p>
A Coruña	<p>Menor peso respecto a la media de las actuaciones de carácter general (22%). En consecuencia, la proporción destinada a los gastos de funcionamiento del ente provincial resulta más reducida para los gastos de funcionamiento</p> <p>Gran importancia de las actuaciones de carácter económico (36%), lo que permite señalar su orientación como entidad que busca la dinamización económica</p> <p>Mayor intensidad respecto a la media en las actuaciones de protección y promoción social (24%), con una clara orientación a mejorar el bienestar complementario</p> <p>Menor peso del gasto para servicios públicos básicos (bienestar básico)</p> <p>Inexistencia de gasto para financiar la deuda</p>
Lugo	<p>Mayor importancia relativa respecto a la media del gasto para servicios públicos básicos (21%)</p> <p>Menor peso de las actuaciones de carácter económico respecto a la media (19%), lo que supone una menor intensidad de la función como agente dinamizador</p> <p>Menor intensidad relativa del gasto destinado al funcionamiento de la institución provincial (26%)</p>
Ourense	<p>Mayor importancia relativa para el área de gasto de servicios públicos básicos (23%)</p> <p>Menor peso relativo para el gasto centrado en bienestar complementario (10%)</p> <p>Mayor intensidad (35%) de gasto en actuaciones de carácter económico para incrementar la intensidad como agente dinamizador</p> <p>Menor intensidad del gasto para actuaciones de carácter general destinado al gasto en funcionamiento</p>

Regap



ESTUDIOS

Diputación	Perfil
Pontevedra	<p>Fuerte intensidad del gasto destinado a actuaciones de carácter general (gastos de funcionamiento) que representan el 52% del presupuesto</p> <p>Mayor peso relativo del gasto destinado a actuaciones de carácter económico (20%)</p> <p>Menor intensidad del gasto destinado a actuaciones de protección y promoción social, reduciendo su papel en programas de bienestar complementario</p> <p>Reducida importancia del gasto en servicios públicos básicos (4%)</p>

Fuente: Elaboración propia

La tabla 12 realiza el mismo ejercicio desde la perspectiva de los ingresos. Por lo que respecta al agregado de las cuatro diputaciones provinciales, resulta evidente la fuerte dependencia de las transferencias corrientes, puesto que el 78% de la financiación de los entes provinciales procede de esta vía. En segundo lugar, destacarían los ingresos procedentes de la imposición directa, aunque solo ascienden al 8% del total, muy seguidos de los recursos obtenidos por la vía indirecta, con el 6%, y los recursos procedentes de las tasas, precios públicos y otros ingresos, también con el 6%. Finalmente, se constata una presencia mínima de la financiación por la vía de los ingresos patrimoniales y enajenación de inversiones reales y de los ingresos por transferencias de capital y activos financieros.

Realizando un ejercicio comparativo entre los cuatro entes provinciales, es evidente que la Diputación de Pontevedra (74%) presenta una dependencia de las transferencias corrientes menor que la media, especialmente con la Diputación de A Coruña (78%), situación contraria a la que se observa en las diputaciones de Ourense y Lugo, con un peso mucho mayor que la media (82% y 83% respectivamente). En cuanto a los ingresos de procedencia “fiscal”, el peso de la imposición directa es mayor en la Diputaciones de A Coruña (10%) y menor en las diputaciones de Lugo (6%) y Ourense (5%). En las diputaciones de Ourense y Pontevedra, la vía de ingresos por transferencia del capital asciende a un 2% de su presupuesto, algo que no se obtiene ni en la Diputación de A Coruña ni en la de Lugo. En consecuencia, resulta evidente una clara heterogeneidad en materia de gasto de las diputaciones provinciales en Galicia. Un ejercicio interesante para futuros trabajos sería tratar de explicar los motivos de esta diferente tipología, tanto para los ingresos como para los gastos.

Tabla 12: Perfil de los ingresos de las diputaciones provinciales (2020-2022)

Diputación	Perfil
Total	<p>Fuerte dependencia de las transferencias corrientes. El 78% de los ingresos de los entes provinciales dependen de esta vía de financiación</p> <p>Los ingresos procedentes de los impuestos directos suponen el 8% del presupuesto</p> <p>Por la vía de los impuestos indirectos, las diputaciones provinciales obtienen el 6% de sus ingresos, el mismo porcentaje que el generado por tasas, precios públicos y otros ingresos</p> <p>Mínima presencia de la financiación por la vía de los ingresos patrimoniales y enajenación de inversiones reales</p> <p>Importancia muy reducida de los ingresos por transferencias de capital y activos financieros</p>
A Coruña	<p>Idéntica dependencia de las transferencias corrientes que con relación a la media</p> <p>Mayor importancia de la financiación por la vía de los impuestos directos (10% de los ingresos)</p> <p>Mínima presencia de la financiación por la vía de los ingresos patrimoniales y enajenación de inversiones reales, ingresos por transferencias de capital y activos financieros</p>
Lugo	<p>Mayor peso relativo respecto a la media de las transferencias corrientes (83% del presupuesto)</p> <p>Menor intensidad respecto a la media de la financiación por la vía de impuestos directos, indirectos y tasas, precios públicos y otros ingresos</p>
Ourense	<p>Mayor intensidad respecto a la media de las transferencias corrientes (82% del presupuesto)</p> <p>Menor peso relativo de la financiación por la vía de impuestos directos (5%) respecto a la media</p> <p>Similar importancia por la vía de impuestos indirectos (5%) y tasas, precios públicos y otros ingresos (5%) que la media</p> <p>Mayor intensidad por la vía de ingresos por transferencias de capital (2%) respecto a la media</p>
Pontevedra	<p>Menor dependencia respecto a la media de la financiación vía transferencias (74%)</p> <p>Igual relevancia de los impuestos directos (8%) respecto a la media</p> <p>Ligera mayor intensidad por la vía de impuestos indirectos (7%) y tasas, precios públicos y otros ingresos (7%) con relación a la media</p> <p>Mayor intensidad de la vía de ingresos por transferencias de capital (2%) con relación a la media</p>

Fuente: Elaboración propia

Regap



ESTUDIOS

6 Conclusiones

La estructura y, especialmente, el reducido tamaño de la planta local en Galicia implica un alto grado de complejidad, argumento que suele emplearse para justificar las diputaciones. Galicia cuenta con 314 ayuntamientos, un número elevado si tenemos en cuenta la dimensión territorial y la población residente; esto dificulta que las entidades locales de poca población, muchas de ellas en el medio rural con una alta dispersión poblacional y niveles reducidos de renta y riqueza, no puedan captar recursos, sino incluso su utilización de manera eficiente y equitativa.

Las diputaciones provinciales están llamadas a desempeñar una importante labor de coordinación intermunicipal, en especial para los ayuntamientos con escasa capacidad de gestión y poca población, que suelen estar situados en entornos rurales. Los gestores provinciales deben dotar a las diputaciones de mayor operatividad y centrarse en todas las actividades que justifican su existencia.

Este planteamiento es relativamente sencillo y se basa en seguir la normativa que regula las competencias de los entes provinciales. La principal función de las diputaciones provinciales es la coordinación e integración de los servicios. Los entes locales prestan una especial colaboración con los ayuntamientos en la gestión municipal, en especial en aquellos de menos de 20.000 habitantes. La LRSAL ha reforzado las diputaciones provinciales, puesto que son las responsables de vigilar el cumplimiento de algunos de los servicios públicos básicos para la ciudadanía. Esto puede llegar a afectar a 291 municipios en Galicia (92,7% del total), siendo especialmente relevante para los municipios de menos de 5.000 habitantes (64,5%), donde reside el 15,3% de la población.

Las diputaciones provinciales presentan una mayor capacidad para asegurar sus ingresos que el resto de las entidades locales. A diferencia de los ayuntamientos, el grueso de su financiación está asegurada, al ser transferencias de otra Administración superior. Sin embargo, esto se traduce en que su autonomía tributaria es muy limitada, dado que carecen de impuestos propios y tampoco tienen impuestos cedidos. Ello supone una importante dependencia económica de las transferencias corrientes, en especial a través de la participación en los ingresos del Estado. Al igual que sucede con los ayuntamientos, los criterios de reparto de estas dotaciones entre los entes provinciales priorizan el número de habitantes, por lo que, a medida que se reduce el número de habitantes, las dotaciones serán menores.

Las cuatro diputaciones provinciales gallegas tienen un endeudamiento muy bajo. En consecuencia, son entidades financieramente saneadas, gracias a su notable ajuste en sus niveles de endeudamiento, un resultado muy positivo y un claro indicador de su mejor disposición económica para ayudar en la gestión de servicios a la ciudadanía, sobre todo en los municipios con poca población, muy dispersa y en un entorno rural.

Se ha podido constatar que no existe un único patrón con relación a la tipología del gasto y al peso de la financiación. Sin duda, hay factores políticos, demográficos y económicos que están detrás de esta realidad y que se debieran tener presentes en el momento en que se aborden futuras líneas de reforma en el funcionamiento de

los entes provinciales. Resulta necesario realizar un estudio de estos condicionantes para entender la gestión económica, tanto desde la óptica de los gastos como de los ingresos, de los entes provinciales.

Finalmente, debemos volver a señalar que, a pesar de estos buenos resultados, y tal como recoge el Consello de Contas de Galicia, es necesario seguir mejorando en algunos indicadores presupuestarios y financieros de las diputaciones provinciales.

7 Bibliografía

- CARBONELL PORRAS, E., “Las diputaciones provinciales, garantes de servicios e infraestructuras en los municipios rurales: su posición institucional contra la despoblación”, *Cuadernos de Derecho Laboral*, 56, 2021, pp. 84-116. https://www.gobiernolocal.org/publicaciones/2021/QDL56/QDL56_03_Carbonell.pdf
- CONSELLO DE CONTAS DE GALICIA, *Informe de fiscalización de la Cuenta General de las Entidades Locales de Galicia, ejercicio 2021 del Consello de Contas de Galicia, 2023*. https://www.ccontasgalicia.es/sites/consello_de_contas/files/content/documents/2023/1702022-02_D_Informe_Conta_Xeral_Entidades_Locais_2021_C.pdf
- COFRADES AQUILUÉ, L., “El papel de las diputaciones provinciales en la reforma local pendiente: especial referencia a la Comunidad Autónoma de Aragón”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 57, 2021, pp. 72-118. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8147957>
- FARFÁN PÉREZ, J.M., “El papel de las diputaciones y mancomunidades en la administración local española”, *Papeles de Economía Española*, 92, 2002, pp. 68-81. https://www.funcas.es/wpcontent/uploads/Migracion/Articulos/FUNCAS_PEE/092art07.pdf
- INSTITUTO GALLEGO DE ESTADÍSTICA, IGE, *Banco de datos municipal. 2024*. https://www.ige.gal/igebdt/esq.jsp?paxina=002003003&ruta=index_bdtm.jsp&idioma=es
- REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales. *Boletín Oficial del Estado*, número 59, de 9 de marzo de 2004. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-4214>
- LEY 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL). *Boletín Oficial del Estado* número 312, de 30 de diciembre de 2013. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-13756>
- LEY 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL). *Boletín Oficial del Estado* número 80, de 23 de abril de 1985. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-5392>
- MINISTERIO DE HACIENDA, Central de Información Económico-Financiera de las Administraciones Públicas. 2024, <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/centraldeinformacion.aspx>

Regap



ESTUDIOS

- ORDEN EHA/3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las entidades locales. *Boletín Oficial del Estado* número 297, de 10 de diciembre de 2008. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-19916>
- PWC-IE BUSINESS SCHOOL, *Encuesta-Reforma de la Administración Local. El papel de las Diputaciones, Cabildos y Consejos insulares en los servicios públicos municipales. Presente y futuro de la participación de los Gobiernos Locales Intermedios en la prestación, organización y financiación de los servicios de competencia municipal*. 2013, <https://www.pwc.es/es/publicaciones/sector-publico/assets/encuesta-diputaciones-cabildos-consejos-insulares.pdf>
- ROMERA JIMÉNEZ, O., “El funcionamiento de las diputaciones provinciales en nuestro modelo territorial”. *Cuadernos de Derecho Local*, 41, 2016, pp. 255-325. https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1725/12_ROMERA_P255_324_QDL_41.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- SALVADOR CRESPO, M., “Las competencias de las diputaciones provinciales en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, *Cuadernos de Derecho Local*, 34, 2014, pp. 126-144. https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1531/10_CRESPO_P126_144_QDL_34.pdf
- TAJADURA TEJADA, J., “El futuro de las provincias y las diputaciones provinciales ante una reforma de la constitución territorial”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 2019, pp. 229-256. <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/24409/19226>
- Vaquero (2024).



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 68_ julio-diciembre 2024 | pp. 283-310
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v68i1.5237>
© **Álvaro Rosales Fernández**
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

Claridade na linguaxe da
Administración e colectivos
vulnerables na España
multilingüe. Especial atención
á lingua asturleonese

**Claridad en el lenguaje de la
Administración y colectivos
vulnerables en la España
multilingüe. Especial atención
a la lengua asturleonese**

Language clarity in public
administrations and vulnerable
groups in multilingual Spain,
with a particular focus on the
Asturleonese language

68 Regap

Regap



ESTUDIOS

ÁLVARO ROSALES FERNÁNDEZ

Contratado predoctoral en la Universidad de León (España)

aosf@unileon.es

<https://orcid.org/0009-0007-8204-3053>

Resumo: Os xuristas deben asumir que a claridade na linguaxe representa un paradigma do proceso de lexitimación das normas, xa que os cidadáns deben comprendelas de cara á súa validez e eficacia. Este feito cobra especial relevancia cando se poñen de manifesto situacións de vulnerabilidade, o cal obriga os poderes públicos a remover calquera causa de discriminación.¹

En suma, a realidade plurilingüe de España representa un reto comunicativo nas comunidades autónomas con linguas cooficiais, onde hai un dereito de opción lingüística. Ademais, a existencia de territorios que optaron por un recoñecemento estatutario distinto da cooficialidade obriga a valorar as consecuencias deste modelo en relación con posibles causas de discriminación.

¹ El presente trabajo es resultado del proyecto de investigación PID2020-115760RB-I00: "Vulnerabilidad, derechos sociales y buena e-administración RETOS 2020 (2020-N185)".

Palabras clave: Linguaxe clara, dereito doado, cooficialidade, multilingüismo, asturleonés.

Resumen: Los juristas deben asumir que la claridad en el lenguaje representa un paradigma del proceso de legitimación de las normas, toda vez que los ciudadanos deben comprenderlas en aras de su validez y eficacia. Este hecho cobra especial relevancia cuando se ponen de manifiesto situaciones de vulnerabilidad, lo cual obliga a los poderes públicos a remover cualquier causa de discriminación.

En suma, la realidad plurilingüe de España representa un reto comunicativo en las comunidades autónomas con lenguas cooficiales, donde hay un derecho de opción lingüística. Además, la existencia de territorios que han optado por un reconocimiento estatutario distinto de la cooficialidad obliga a valorar las consecuencias de este modelo en relación con posibles causas de discriminación.

Palabras clave: Lenguaje claro, derecho fácil, cooficialidad, multilingüismo, asturleonés.

Abstract: Jurists must assume that clarity in language is a paradigm of the process of legitimizing norms, since citizens must understand them for their validity and effectiveness. This fact is particularly relevant when situations of vulnerability are revealed, which forces the public authorities to remove any cause of discrimination.

In other words, the multilingual reality of Spain represents a communicative challenge, since in the autonomous communities with co-official languages there is a right to linguistic choice. However, the existence of territories which have opted for statutory recognition other than co-officialdom makes it necessary to assess the consequences of this model in relation to possible causes of discrimination.

Key words: Clear language, easy law, co-officiality, multilingualism, asturleones.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Aspectos jurídico-teóricos de la cuestión objeto de estudio. 2.1 La lucha por el derecho fácil. 2.1.1 Lengua y derecho. 2.1.2 El derecho a comprender el lenguaje jurídico. 2.2 Tutela jurídica de las lenguas regionales y/o minoritarias: el caso de la lengua asturleonés, estatutaria y no oficial. 2.2.1 Regulación lingüística constitucional. 2.2.2 Lenguas y comunidades autónomas. 2.2.3 El marco de referencia lingüístico internacional. 3 Aspectos sociolingüísticos del asturleonés en León y Asturias a través de los actores implicados. 3.1 La situación actual del leonés y la actuación de la Asociación Cultural Faceira. 3.1.1 Evolución del asturleonés. 3.1.2 La actividad de Faceira en torno a la lengua leonesa. 3.2 La situación sociolingüística del asturiano: estado y retos de futuro. 3.2.1 El asturiano en el franquismo 3.2.2 El asturiano en la actualidad. 3.2.3 El reto de la cooficialidad 3.3 La escolarización de la lengua asturiana: una cronología. 3.3.1 Situación educativa en la transición y los planes piloto. 3.3.2 Llegada de la Ley de uso y desarrollo educativo en la actualidad. 4 Conclusiones. 5 Bibliografía.

1 Introducción²

El contexto social y político de la transición fue especialmente vehemente respecto del anhelo de resolver la cuestión territorial y lingüística –ambas, estrechamente

² El pasado 19 de marzo de 2024, la Facultad de Derecho de la Universidad de León, a través de la organización realizada por parte del área de Derecho Constitucional, acogió el seminario "Claridad en el lenguaje de la administración y colectivos vulnerables en la España multilingüe", todo ello en el seno del proyecto de investigación "Vulnerabilidad, derechos sociales y buena e-administración - retos 2020 PID2020-115760RB-I00". EL propósito principal del seminario era la convergencia de los distintos objetivos del citado proyecto, teniendo como prismas orientadores la claridad en el lenguaje de la Administración, la situación de vulnerabilidad en distintos estratos de la sociedad y el reto multilingüe que plantea España. Para ello, el seminario tendría un carácter de sesión formativa-grupo de trabajo abierta a toda la comunidad universitaria, así como al resto de la ciudadanía potencialmente interesada, por medio de un formato híbrido presencial-síncrono en línea, alcanzando finalmente la cifra de 25 asistentes y 8 participantes.

Asimismo, para potenciar la transferencia a la sociedad, se articularía la sesión en torno a dos mesas: la primera con un enfoque estrictamente jurídico, mientras que la segunda reuniría a investigadores de otras ramas de conocimiento, con la finalidad de potenciar el enfoque multidisciplinar. Ahora bien, para dotar de significado práctico a la jornada, se plantearía una situación paradigmática dentro del crisol lingüístico del Estado que sirviera como hilo conductor a los citados prismas orientadores, el cual no es otro que la situación sociolingüística y jurídica que vive el asturleonés como lengua estatutaria no oficial, con las posibles afectaciones a derechos de la ciudadanía que ello implica.

ligadas– en los territorios periféricos del Estado. Por ello, la **Constitución española de 1978**, como marco de convivencia y norma suprema del ordenamiento jurídico español, supuso un punto de inflexión en el tratamiento jurídico de las lenguas españolas distintas del castellano y, por ende, del desarrollo de verdaderos derechos lingüísticos para sus hablantes.

La construcción del Estado democrático en torno a la cuestión lingüística permitió que cada comunidad autónoma decidiera el estatus jurídico y el tratamiento concreto de su lengua ligada a este último territorio. Sin embargo, el desarrollo paulatino de la normativa lingüística y su interpretación a través del Tribunal Constitucional a partir de la década de los años 80 hasta la actualidad no ha sido capaz de resolver todas las incógnitas que supuso la adopción de un modelo abierto por parte de la Constitución.

Lo cierto es que el análisis de la regulación lingüística que parte del artículo 3 CE obliga a realizar un enfoque multidisciplinar entre distintas disciplinas de las ciencias sociales que el derecho no puede obviar. Así, la búsqueda última de legitimidad de las normas requiere poner en el centro del debate a cada ciudadano del Estado con todas las circunstancias potencialmente susceptibles de discriminación, y, por tanto, obligando a las administraciones a remover estas causas últimas, entre las que pueden encontrarse el propio lenguaje administrativo o jurídico –registro lingüístico– como la lengua de uso oficial en la que lo realizan –código lingüístico–.

Regap



ESTUDIOS

2 Aspectos jurídico-teóricos de la cuestión objeto de estudio³

Este primer apartado guarda la finalidad de servir como aproximación al concepto de claridad en la comunicación, así como al mecanismo por el que se constitucionalizan y disponen legalmente los principios que deben regir la relación con el administrado, cobrando así especial trascendencia la obligación de erradicar la discriminación respecto de los colectivos más desfavorecidos⁴.

La Universidad de León no es ajena a dicha situación lingüística propia del entorno en el que se encuadra su ámbito de actuación, puesto que desde el año 2017 existe una Cátedra de Estudios Leoneses especializada, entre otras cuestiones, en el estudio de la lengua leonesa y la difusión a la sociedad de distintos recursos que potencien su conocimiento. Por todo ello, el citado seminario se encuadraba dentro de la voluntad de la comunidad universitaria leonesa por tratar de ofrecer espacios de estudio, trabajo y debate con un enfoque holístico alrededor del asturleonés que sirva como foro a toda la sociedad leonesa. No en vano, la segunda de las mesas, además de tratar específicamente dicha cuestión lingüística, se realizaría con la singularidad de que todos los participantes intervinieron en alguna variante asturleonés, representando, por tanto, no solo una notable novedad respecto a otros seminarios, cursos o jornadas desarrolladas anteriormente en la Universidad de León, sino un punto de inflexión en la normalización de una lengua minoritaria en serio peligro de extinción.

En definitiva, lo que va a poder leerse en las siguientes páginas es la síntesis del aprendizaje efectuado a través de las distintas ponencias del seminario y de los materiales y recursos bibliográficos puestos a disposición por parte de los investigadores a cargo.

³ La primera de las mesas del seminario fue moderada por la profesora en Derecho Constitucional de la Universidad de León Tamara Álvarez Robles, y contó con las ponencias de Elisa Moreu Carbonell, catedrática acreditada de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, y de José Manuel Pérez Fernández, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo.

⁴ 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.

De este modo, es fundamental realizar una síntesis del concepto de claridad comunicativa y del lenguaje utilizado normalmente por la Administración en sus diversas manifestaciones. En este sentido, adquieren un papel esencial, por un lado, la figura del administrado, en calidad de interlocutor, y, por otro, los principios rectores que deben guiar su relación con la Administración, focalizados aquí en los elementos comunicativos.

La existencia de colectivos vulnerables o, al menos, potencialmente vulnerables en el Estado obliga a profundizar en torno a los anteriores conceptos y su interrelación, puesto que puede darse en la práctica una merma en el ejercicio de derechos reconocidos para ciertos sustratos de la población a causa de fallas comunicativas. De otro modo, la posible existencia de discriminación supone un reto a superar, en aras del cumplimiento de los mandatos constitucionales de remoción de los obstáculos que impiden la igualdad, así como el de facilitación en la participación de la ciudadanía en la vida pública.

En otro orden de cosas, la lengua, como código comunicativo, cuenta con una serie de elementos que requieren de la atención del derecho, toda vez que el plurilingüismo existente en España y su constitucionalización a través de la institución de la cooficialidad estatutaria ha cristalizado en numerosos marcos normativos autonómicos que no siempre han permitido la efectiva comunicación activa o pasiva en la respectiva lengua del administrado. Más en concreto, y desde el prisma de los derechos lingüísticos, puede confrontarse la realidad jurídica del asturleonés –como paradigma de lengua no cooficial en ningún territorio– en relación con distintas afectaciones de derechos.

2.1 La lucha por el derecho fácil

Realizar una aproximación al lenguaje jurídico implica tomar consciencia de que se trata de un sistema generalmente farragoso, formalista, plagado de tecnicismos, arcaísmos, latinismos y extranjerismos. Y, sin embargo, el lenguaje jurídico impacta en la sociedad entera y alcanza a todos los ciudadanos, independientemente de su estrato social o registro lingüístico utilizado. Por ello, los juristas deben asumir que la claridad es un requisito de legitimidad del derecho.

De otro modo, es preciso actuar a nivel global, mejorando la calidad de la comunicación jurídica (derecho claro) y facilitando al mismo tiempo la accesibilidad del derecho para sus destinatarios más vulnerables (derecho accesible). De nada sirve reconocer un derecho a comprender si el mero reconocimiento formal no va acompañado de medidas para hacerlo efectivo. Y, por el momento, aunque comienzan a desplegarse mecanismos y ejemplos prácticos de todo lo anterior, no existen cauces para la exigencia efectiva de un lenguaje jurídico claro, comprensible y accesible.

2.1.1 Lengua y derecho

Lo cierto es que el derecho tiene un lenguaje propio, denominado lenguaje jurídico, que se caracteriza por reunir unos elementos propios desde un prisma lingüístico.

Quizás el punto en el que este hecho se hace patente es en el uso de un vocabulario y sintaxis propios, con una manifestación en unos concretos géneros⁵.

Dicho de otro modo, el derecho, al igual que otras ramas de conocimiento, posee un lenguaje de especialidad, que de manera habitual tiene un carácter prescriptivo, de modo que el emisor ocupa generalmente una posición de dominio por la intervención de los poderes públicos, aunque también se encuentran funciones reguladoras, performativas, informativas o interpretativas⁶.

En este sentido, cobra una especial importancia el enfoque del lenguaje jurídico a través de la aproximación a los distintos géneros jurídicos, que no son otra cosa que las manifestaciones sistemáticas de este complejo ámbito⁷:

La norma: Entendida en sentido amplio –ley y reglamento–, y emanada por el legislador –así como por el ejecutivo en determinadas situaciones–, tiene un lenguaje prescriptivo, que trata de pautar el comportamiento social, si bien es cierto que existen excepciones con las normas de *soft law* o de lenguaje indicativo. Cabe destacar que la configuración del derecho a una legislación de calidad y a la seguridad jurídica (art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas) presuponen el de la claridad en el lenguaje. De otro modo, existen directrices de técnica normativa y definiciones contempladas en las propias normas como ejemplos de la voluntad de mejorar técnicamente desde la lengua al derecho.

La sentencia: En este caso, la herramienta propia del poder judicial es la sentencia, que interpreta textos normativos para un caso concreto. Por el contrario, se trata de textos informativos, descriptivos y directivos, y con una fuerte repercusión social. Pese a las prescripciones estructurales de la sentencia (art. 248.3 LOPJ), el ámbito lingüístico se encuentra a discreción del juez, más allá de la existencia de un *prontuario de estilo para el Tribunal Supremo* acordado en el año 2016.

El acto administrativo: Quizás el género paradigmático al que puede hacerse mención, puesto que emana de toda la actividad de la Administración si lo entendemos *lato sensu*. Lo característico de dicho lenguaje administrativo es la posición de la Administración como emisor, y la multiplicidad de ámbitos funcionales en los que se desarrolla.

La demanda: Tanto la demanda como otros escritos procesales de parte representan el núcleo esencial de la tarea del abogado como interlocutor jurídico entre los ciudadanos y los textos judiciales. Pero también se manifiesta alternativamente en el ámbito verbal, dependiendo del momento procesal.

⁵ MOREU CARBONELL, E., "Nuestro lenguaje: el giro lingüístico del Derecho", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1. 2020, p. 316.

⁶ *Ibid.*, p. 317.

⁷ *Ibid.*, pp. 319-325.

Por otra parte, es recomendable reflexionar, como juristas, acerca del contexto en el que se sitúan los distintos escenarios comunicativos jurídicos. Esta disciplina, denominada pragmática, influye en la correcta interpretación de las palabras y de su significado, así como de las implicaciones que tiene el contexto en el lenguaje jurídico⁸.

Por este motivo, tomando como referencia los anteriores géneros, será receptor del derecho el ciudadano en el caso de los textos normativos y del lenguaje administrativo; los juristas y los ciudadanos al mismo tiempo en los textos procesales; o solamente los juristas en el caso de textos académicos.

De otro modo, el emisor del lenguaje jurídico también depende de dicha realidad, encontrándonos con que, como expresa MOREU⁹, “unos pocos deciden o crean derecho (el legislador, el gobierno), otros lo hacen cumplir (el juez, la Administración) y otros lo describen, lo interpretan, lo sistematizan incluso en un nivel de metalenguaje (los abogados, los juristas académicos)”.

Lo cierto es que las anteriores aproximaciones nos llevan hacia un diagnóstico preocupante, y es que el lenguaje jurídico fracasa desde el punto de vista comunicativo. Son varios los factores que influyen en esta situación: “el impacto de los medios de comunicación de masas, la falta de una política clara de defensa y promoción del español, la dependencia del lenguaje político, la invasión del inglés y la debilidad de los estudios de lengua española en la escuela; el foco del problema se sitúa en la ineptitud para hablar en público en la era de las comunicaciones, en la judicialización de la política y en una deficitaria enseñanza secundaria”¹⁰.

2.1.2 El derecho a comprender el lenguaje jurídico

Las consecuencias de la anterior problemática no son banales, toda vez que la incompreensión de los textos jurídicos por parte de la ciudadanía impacta directamente en el ámbito de los derechos y deberes. Así, el artículo 6.1 CC expone que “la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”, mientras que el artículo 9.1 CE somete a los poderes públicos y a la ciudadanía a las normas y al ordenamiento jurídico. Nos situamos de lleno ante un problema de legitimidad, de confianza y de eficacia del sistema jurídico¹¹ que debe resolverse desde un doble prisma: el lenguaje jurídico claro y el lenguaje jurídico accesible.

El lenguaje jurídico claro hace referencia a la sencillez, precisión y ausencia de ambigüedad. De otro modo, exige acercarse al lenguaje utilizado normalmente por la sociedad tanto en el ámbito semántico como en la claridad normativa (simplificación). Lo cierto es que observar desde el derecho la mejora de la calidad lingüística y el estilo facilita la comprensión por parte de la ciudadanía¹².

⁸ *Ibid.*, p. 341.

⁹ *Ibid.*, p. 344.

¹⁰ *Ibid.*, p. 344.

¹¹ *Ibid.*, pp. 345-346.

¹² *Ibid.*, pp. 348-349.

Por otra parte, el lenguaje jurídico accesible nos sitúa ante una problemática sensiblemente diferente, y es que depende esencialmente de la situación del receptor. En este sentido, hacemos referencia a la diversidad funcional, o a personas con discapacidad física, sensorial o psíquica¹³. La previsión constitucional del artículo 9.2 CE de remoción de cualesquiera causas de discriminación implica reforzar y aplicar una serie de garantías para aquellos colectivos susceptibles de discriminación¹⁴. En este concreto ámbito, ello se traduce en el objetivo de que los textos resulten de lectura fácil y amable, lo cual se está empezando a extender a distintos textos jurídicos, en los servicios públicos o en el acceso a la justicia, si bien por el momento no estamos ante un derecho exigible a los poderes públicos o a los tribunales (*vid.* STSJ Madrid 9043/2018, FJ 6)¹⁵.

Finalmente, y como nexo con los siguientes apartados, cabe mencionar la situación multilingüe tanto por la parte del estatuto de las lenguas cooficiales y de las políticas lingüísticas como una conexión entre lenguaje y derecho con especial atención desde la doctrina jurídica. De otro modo, MOREU¹⁶ entiende que “la reivindicación del lenguaje jurídico propio guarda relación evidente con el hecho diferencial de la lengua en un determinado contexto político [...]. En definitiva, la distribución territorial del poder y la coexistencia de lenguas cooficiales genera problemas terminológicos y de traducción [...]. Además, España es un país con más de cuatro millones de ciudadanos extranjeros, y el objetivo de comprensión del lenguaje jurídico debe hacer frente también a contextos multilingües”.

Todo lo anterior cobra una especial relevancia ante la situación en la que se encuentran varias lenguas españolas, dado que no han alcanzado el estatus de cooficialidad, por la ausencia efectiva del derecho de opción lingüística. Este hecho afecta a los anteriores colectivos que hablen estas lenguas, puesto que impide, *de facto*, la posibilidad de que exista un lenguaje accesible, al comunicarse la Administración en un código diferente de su lengua propia.

2.2 Tutela jurídica de las lenguas regionales y/o minoritarias: el caso de la lengua asturleonés, estatutaria y no oficial

El modelo constitucional español de pluralismo lingüístico, que tiene en el artículo 3 CE su clave, está siendo objeto, a la luz de las nuevas previsiones recogidas en los estatutos de autonomía y sus desarrollos legales, de un proceso de reflexión y, en algunos casos, de reinterpretación.

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 (pendiente 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.

Así, se centrará el análisis en el tratamiento que se dispensa estatutaria y legalmente a la lengua asturleonese, tanto en Asturias como en Castilla y León. Esta lengua, que no ha sido objeto de una declaración expresa y formal de oficialidad, goza, sin embargo, especialmente en Asturias, de un nivel de tutela superior de las cláusulas de salvaguarda que incluye el reconocimiento legal de derechos lingüísticos. A tales efectos, se observará el marco estatutario y legal de la lengua asturleonese y el tortuoso camino en el reconocimiento de los derechos lingüísticos. De otro modo, se abordará el cuestionamiento sistemático de los derechos lingüísticos reconocidos *ex lege* a la comunidad asturófona: el criterio de la gradación jerárquica *ex artículo 3 CE* y la negativa de la existencia de un *tertium genus*. Finalmente, será desgranado el estándar de tutela de la lengua asturleonese, así como su adecuación al marco constitucional y estatutario: artículo 3.3 CE y Carta europea de las lenguas regionales o minoritarias.

2.2.1 Regulación lingüística constitucional

El hecho multilingüe lo conocía el constituyente en el momento de redactar la Constitución, y se encontraba estrechamente relacionado con las reivindicaciones políticas de autogobierno regional. La complejidad política del momento derivó en un complejo marco jurídico que dependía del desarrollo de las comunidades autónomas, a causa del principio dispositivo¹⁷, además de la asunción de compromisos internacionales, tales como el proceso de integración europea.

De esta manera, el preámbulo constitucional proclamaría la voluntad de “Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones”. Este desiderátum dejaba clara la relación existente entre el autogobierno autonómico y la protección de todas las lenguas españolas. Es cierto que los preámbulos constitucionales no son considerados preceptos directamente aplicables, si bien tienen valor como parámetro interpretativo de primer nivel.

A lo largo de la carta magna, se encuentran salpicados varios preceptos relacionados con las lenguas: este es el caso del artículo 20.3 CE al hablar del respeto de las lenguas en los medios de comunicación; del artículo 148.1.17.^a CE al determinar cómo competencia exclusiva de las comunidades autónomas la enseñanza de sus lenguas propias; o la disposición final, donde se obliga la publicación del texto constitucional en las demás lenguas de España.

Sin embargo, el modelo lingüístico encuentra su concreción normativa en el artículo 3 CE, referido expresamente al marco lingüístico, donde, tras declarar la oficialidad del castellano en el apartado 1.º, establece la cláusula del bilingüismo a

¹⁷ Este principio, nombrado también como de voluntariedad y definible como un principio estructural básico de la Constitución española, tenía encomendada la determinación del mapa territorial y el grado competencial de cada comunidad, tal y 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.

través del mandato¹⁸ de cooficialidad del resto de lenguas españolas¹⁹ por parte de las comunidades autónomas²⁰ en sus respectivos territorios. Finalmente, cierra el artículo el apartado 3.º mediante la fórmula del respeto entre todas las modalidades lingüísticas –es decir, entre todas las lenguas españolas, y, a su vez, entre todas las variantes internas de cada una de ellas–, y su valoración y vinculación con el patrimonio cultural.

Lo cierto es que de la anterior regulación se desprenden una serie de conceptos que determinan nuestro modelo. Así, hay una verdadera jerarquía entre castellano y resto de lenguas españolas que ha venido condicionando los límites de la cooficialidad²¹. En otro orden de cosas, existe una atribución competencial de la regulación lingüística a las CC. AA.²² que ha venido generando, en la práctica, modelos singulares en cada comunidad. Asimismo, la vinculación regulatoria limitada al territorio²³ de cada autonomía supone, en la práctica, alejar nuestro modelo de aquellos en donde se regula por dominio lingüístico (Suiza).

Ahora bien, el apartado tercero ha generado dudas de interpretación del conjunto del artículo, surgiendo así numerosas posiciones doctrinales que se reparten desde valorar el modelo lingüístico como de triple jerarquía hasta considerar que solo hay un nivel ideal de protección para las lenguas²⁴.

Regap



ESTUDIOS

¹⁸ Entiende 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 verdadero mandato y no una mera posibilidad para el estatuyente. Refuerza esta idea el hecho de que, durante el transcurso de los debates constitucionales, se introdujeran dos enmiendas (n.º 235 y 736) que pretendían cambiar la palabra “serán”, por “podrán ser”. Siguiendo esta lógica, la no cooficialidad de varias lenguas españolas sería injustificable, situándolas ante una anomalía constitucional. Sobre el importante sector doctrinal que defendió el carácter imperativo, cita PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., El marco legal del asturiano. Vies pal reconocimiento efeutivu de los drechos llingüísticos, Fundación Caveda y Nava, Uviéu, 2005, p. 32, entre otros autores, a Tolivar Alas y 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 y 165).

²⁰ Aunque no hay que verla como exclusiva, pues entiende 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. 37 y 44, que se trata de una reserva que define la normación de los aspectos definitorios o constitutivos, representando una garantía institucional.

²¹ El Tribunal Constitucional fija en la STC 82/1986 que el único deber constitucional de conocimiento afecta a la lengua castellana, PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., El marco legal del asturiano. Vies pal reconocimiento efeutivu de los drechos llingüísticos, Fundación Caveda y Nava, Uviéu, 2005, p. 32. Aunque, con ciertos matices, la STC 74/1987 permite excepciones alrededor del desarrollo de las administraciones autonómicas y sus 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, la atribución se encuentra referida al fomento de la enseñanza de las lenguas como competencia autonómica (art. 148.1.17 CE). Aunque no debemos ver una competencia exclusiva todo lo referido al ámbito lingüístico, sino verla como una reserva estatutaria que defina “la normación de los aspectos definitorios o 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 La competencia lingüística autonómica es de base exclusivamente territorial, *Ibidem*, p. 49.

²⁴ Sin ser exhaustivos, encontramos posiciones accidentalistas como la 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, pese a entender que hay un mandato de cooficialidad, existen CC. AA. que no han regulado la protección de sus lenguas mediante esta figura, teniendo en este apartado una posible habilitación constitucional que supla en la práctica. Por otro 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 el máximo nivel de protección para todas las lenguas con la mayor de las igualdades posibles.

De este modelo lingüístico de jerarquía surgen problemáticas concretas, como la no oficialidad de varias lenguas españolas, entre las que se encuentran el diasistema asturleonés –asturiano, cántabro, leonés y extremeño– y el aragonés, de manera que varias comunidades han valorado la cooficialidad como posibilidad y no como mandato, regulando sus lenguas a través de la institución del reconocimiento estatutario y la declaración de derechos lingüísticos por vía legal.

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha realizado un control tácito y de *obiter dicta* de los estatutos que han optado por esta solución (STC 27/1996, FJ 1.º), de manera que no ha entrado a remarcar el posible carácter imperativo del artículo 3.2 CE, mientras que, de otro modo, ha validado que puedan desarrollarse derechos lingüísticos a través de este mecanismo alternativo (STC 56/2016, FJ 5.º, y STC 75/2021, FJ 2). Sin embargo, a nuestro juicio, no se ha realizado un esfuerzo argumentativo expreso que analice las causas y las consecuencias de un comportamiento influido por diversas opciones políticas en lo que puede calificarse como un ejercicio de mutación constitucional. Por ello, deben traerse a colación otros parámetros que permitan contribuir a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como ha venido ocurriendo en la interpretación de conceptos jurídicos esenciales como la igualdad.

2.2.2 Lenguas y comunidades autónomas

Nuestro modelo territorial se basa en la incorporación del principio dispositivo como elemento que permitía tanto resolver la cuestión de la determinación del mapa territorial como la concreción del rango competencial que podía ir alcanzando cada comunidad a través de las reformas que pudieran proponer de sus estatutos. La cooficialidad de la lengua propia puede interpretarse como una de las manifestaciones concretas de dicho principio²⁵.

Es cierto que la mera declaración de cooficialidad despliega unos efectos comunes²⁶, pero, a partir de ahí, cada comunidad decidirá el alcance y los medios de su modelo de normalización. Así, el principio dispositivo operará como modulador del grado de cooficialidad²⁷ y dando sentido a la literalidad del artículo 3.2 CE: “de acuerdo con sus estatutos”.

Hasta el momento, seis comunidades han declarado la cooficialidad de sus lenguas propias: Cataluña (art. 6 EAC, Ley 1/1998), Valencia (art. 6 EACV, Ley 4/1983) y Baleares (art. 4 EAIB, Ley 3/1986) declararon la cooficialidad del catalán/valenciano; Galicia (art. 5 EAG, Ley 3/1983) el gallego; Euskadi (art. 6 EAC, Ley 10/1982) y

²⁵ Aunque GÁLVEZ SALVADOR, M. J., “Artículo 3” en PÉREZ TREMP, 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 en el carácter imperativo de dicha cláusula, lo que lo alejaría de la plena virtualidad del principio dispositivo o de voluntariedad.

²⁶ Explica BARTOLOMÉ PÉREZ, N., Derechu Llingüísticu del Principáu d'Asturies. Normativa y xurisprudencia, Gobiernu del Principáu d'Asturies, Uviéu, 2022, p. 17, que la oficialidad exige la declaración estatutaria expresa, teniendo como consecuencia que la lengua oficial se encuentre allí en igualdad con el castellano.

²⁷ Es ahí donde operará el principio dispositivo, permitiendo que cada comunidad con lengua propia pueda definir tanto el alcance como el régimen de cooficialidad en su territorio. *Ibid.*, p. 17.

Navarra (art. 9 LO 13/1982, Ley 18/196) el euskera. De otro modo, solamente existe un ejemplo de una lengua que en un primer momento no gozaba de dicha protección y que adquirió dicho estatus con posterioridad, el aranés²⁸.

De este crisol estatutario surgen distintas regulaciones que, moldeadas por el principio dispositivo, permiten modular el grado de cooficialidad, extensión territorial, ámbito de aplicación o ritmo de aprendizaje²⁹, mientras que, a causa del principio de territorialidad, dichos efectos solamente se despliegan dentro de cada comunidad.

Sin embargo, ha surgido una problemática derivada del principio de territorialidad, y es que varias lenguas fuera de las fronteras donde son cooficiales no gozan de este nivel de protección. Este es el caso del gallego en Asturias (Ley 1/1998), Castilla y León (art. 5.3 EACyL) y Extremadura (declaración como BIC de la Fala de Xálima); del catalán en Aragón (art. 7 EAAr, Ley 3/2013); y del valenciano en el Jarche de Murcia, donde carece de protección estatutaria.

Esta cuestión, sumada a la de lenguas que no gozan del máximo nivel de tutela, ha sido resuelta por parte del estatuyente, al amparo del artículo 3.3 CE, creando en la práctica un tercer nivel regulatorio que despliega distintos efectos jurídicos que la cooficialidad. De este modo, amparados en el principio dispositivo, las comunidades de Asturias (art. 4 EAPA, Ley 1/1981) y Castilla y León (art. 5.2 EAC) respecto del asturleonés; y Aragón (art. 7 EAAr, Ley 3/2013) sobre la lengua aragonesa, han decidido optar por esta protección limitada, descartando la cooficialidad. Este denominado *tertium genus* por PÉREZ FERNÁNDEZ³⁰ merece una especial atención por la citada mutación constitucional que ha podido suceder, tratamiento que permite, en cualquier caso, desarrollar un régimen de derechos lingüísticos por vía de ley distintos de los automáticos que emanan de la declaración de oficialidad expresa³¹.

Es más, encontramos que, por debajo, Extremadura no protegió ni reconoció de manera explícita su diversidad lingüística –asturleonés de Extremadura o extremeño, fala do Xálima o gallego de Extremadura, y portugués raiano– sino a través de meras referencias indirectas en los artículos 7.2 y 9.1.47.º de su Estatuto al patrimonio lingüístico y cultural. Mientras que en Cantabria para la lengua cántabra –asturleonés de Cantabria– y en Murcia para el valenciano del Jarche ni siquiera existen preceptos en sus estatutos que las protejan, ni aun de manera indirecta. Por lo que vemos, no existe un mínimo estándar de protección similar para todas las lenguas de España³².

²⁸ La nueva redacción del artículo 6.5 EAC en 2006 elevó a cooficial al aranés (occitano) en el ámbito de la Val d'Arán, siendo la Ley 35/2010 la encargada de desarrollar su cooficialidad.

²⁹ 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.

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 regímenes jurídico-lingüísticos del asturleonés: estudio comparativo del tratamiento legal del mirandés, el lleonés y el asturiano", *Añada: revista d'estudios llioneses*, núm. 2, 2020, p. 98.

³² Para saber más sobre el complejo marco de jerarquía, se puede 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, donde se refiere a otras cuestiones como la situación de las modalidades lingüísticas de Andalucía, el tamazight, el caló y la haquetia.

Este escenario, descrito como sistema de jerarquía por TASA FUSTER³³, puede conducir a situaciones de discriminación que contravengan las distintas manifestaciones del principio de igualdad, de modo que alcanzar el grado de protección máximo para las anteriores lenguas supone un reto jurídico que implica superar la actual mutación constitucional que los distintos actores políticos han ido manteniendo a lo largo del periodo de construcción autonómica.

Por otra parte, analizando el ámbito asturleonés, encontramos que el mandato de cooficialidad del artículo 3.2 de la Constitución todavía no fue colmado en Castilla y León, apoyándose sus preceptos en el artículo 3.3 CE.

En la primera redacción estatutaria de 1983 no existía mención alguna a la diversidad lingüística, siendo en 1999 cuando fue introducido un artículo 4 celoso con el reconocimiento del castellano como parte del acervo cultural de la comunidad, mientras que, en el apartado segundo, se reconocería el plurilingüismo de este modo:

“2. Gozarán de respeto y protección la lengua gallega y las modalidades lingüísticas en los lugares en que habitualmente se utilicen”.

Llegada la reforma del Estatuto del año 2007, se incorporó por primera vez una mención explícita al leonés, pero sin nombrarlo expresamente como lengua en el artículo 5.2:

2. El leonés será objeto de protección específica por parte de las instituciones por su particular valor dentro del patrimonio lingüístico de la comunidad. Su protección, uso y promoción serán objeto de regulación.

El Principado de Asturias, por el contrario, es el territorio donde se concentra el mayor número de hablantes patrimoniales de asturleonés³⁴, motivo por el cual el glotónimo asturiano es el más conocido de todos los existentes para denominar a la lengua. También ha influido de manera notable el hecho de que el asturiano, en su variedad central, haya gozado de una tradición literaria importante en los últimos siglos³⁵, que ha contrastado con el uso tradicionalmente dado al resto de variantes del dominio lingüístico.

Estas circunstancias muestran un rasgo particular de la sociolingüística asturiana, que es de mayor normalización y prestigio social que en los demás territorios, lo cual ha influido notablemente a nivel político y social, siendo Asturias el paradigma de las reivindicaciones lingüísticas por la cooficialidad de su lengua propia. Sin embargo, el tratamiento ofrecido a nivel estatutario desde la promulgación de

³³ *Ibid.*, *passim*.

³⁴ En torno a 350.000 personas hablan asturiano, mientras que el resto de hablantes de las distintas variantes alcanzan cifras muy inferiores (mirandés 4.500, leonés entre 25.000 y 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; y 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 tierres 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 metâ del sieglu XVII con A. González Reguera y cola continuidá d’autores y obres”.

su Estatuto de autonomía ha sido el de protección y reconocimiento limitado sin declarar la cooficialidad:

“Artículo 4.

1. El bable gozará de protección. Se promoverá su uso, su difusión en los medios de comunicación y su enseñanza, respetando en todo caso las variantes locales y la voluntariedad en su aprendizaje.

2. Una ley del Principado regulará la protección, uso y promoción del bable”.

De esta manera, si bien la Ley 1/1998, de 23 de marzo, de uso y promoción del bable/asturiano emula en algunos aspectos a las citadas leyes de normalización lingüística de las comunidades con lenguas cooficiales, no puede producir los mismos efectos que estas. Por ello, en los últimos años las reivindicaciones acerca de la reforma estatutaria han tomado protagonismo, siendo en la XI legislatura cuando más cerca se ha estado de producir el mencionado cambio, aunque finalmente una enconada negociación política entre los partidos favorables a la cooficialidad impidió alcanzar un consenso, y el debate quedó pospuesto tras los resultados electorales de mayo de 2023 que dieron paso a la XII legislatura.

2.2.3 El marco de referencia lingüístico internacional

El estudio del marco regulatorio no se agota con las anteriores precisiones, sino que requiere de un enfoque amplio, teniendo en cuenta la normativa internacional existente en la materia. Todo ello dada la asunción de dichos compromisos a través de lo dispuesto en los artículos 10.2 y 96 CE. Pues, como expone APARICIO³⁶, los tratados internacionales válidamente celebrados y ratificados no solo forman parte del ordenamiento interno (*ex artículo 96 CE*), sino que a aquellos que sean de naturaleza relativa a materias de derechos fundamentales se les confiere una especial fuerza interpretativa y eficacia directa (*ex artículo 10.2 CE*).

En este sentido, encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de toda una extensa normativa derivada de este marco. Sin embargo, la ausencia de una carta de derechos lingüísticos internacional que declare los derechos lingüísticos como derechos humanos³⁷ no ha impedido cierta regulación. Así, el artículo 2 de la DUDH y los artículos 24, 26 y 27 del PIDCP confieren al ámbito lingüístico un espacio a la política que los Estados firmantes han de seguir en relación con los derechos humanos. Asimismo, encontramos distintas referencias lingüísticas en la Convención sobre los derechos del niño (arts. 29 c. y 30), en la Convención sobre la lucha contra la discriminación en la esfera de la educación (principio II, 1), en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (art. 2), en la Convención para la salvaguarda del

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

³⁷ MAY, S., “Derechos lingüísticos como derechos humanos”, *Revista de Antropología Social*, núm. 19, 2010, pp. 131-159, *passim*, muestra la necesidad de que el marco internacional avance por esta línea.

patrimonio cultural inmaterial (art. 2.2. a.), en la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales (art. 6) y en el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (arts. 5, 6 y 14), además de en su Protocolo n.º 12 (art. 1) y en la Convención-marco para la protección de las minorías nacionales (arts. 5, 10, 11, 12, 13 y 14)³⁸.

En otro orden de cosas, el Consejo de Europa elaboró la Carta europea de lenguas minoritarias en 1992, que establece una serie de medidas para cumplir en educación, administración o justicia, y que España firmó, y ratificó en el año 2001³⁹.

De él deriva la aplicación desigual respecto de las lenguas cooficiales y de las lenguas con reconocimiento estatutario limitado, todo ello a través de una serie de compromisos diferenciados de las partes dispositivas de la carta. Respecto de aquellas lenguas que no son cooficiales, como es el asturleonés, han sido numerosos los requerimientos del Consejo de Europa encaminados tanto a recabar información específica de su situación sociolingüística como a instar a la Administración autonómica de Castilla y León a permitir el acceso de la lengua leonesa al sistema educativo⁴⁰. También fue contundente la UNESCO, al incluirlo en el Atlas de las lenguas del mundo en peligro como lengua en peligro de extinción⁴¹.

3 Aspectos sociolingüísticos del asturleonés en León y Asturias a través de los actores implicados⁴²

El análisis de la concreta situación de los hablantes de asturleonés puede suponer un ejemplo práctico de fallas comunicativas entre la Administración y los administrados, por el distinto código lingüístico utilizado. Desde el prisma de los derechos lingüísticos, puede confrontarse la realidad cotidiana de los hablantes de asturleonés –como ejemplo de lengua no cooficial en ninguna comunidad autónoma–. Asimismo, resulta de interés aproximarse a los distintos escenarios en los que se manifiesta dicha relación⁴³.

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 El Convenio entró en vigor en 1998, ratificándolo España en 2001. Este instrumento impone a España el máximo nivel de protección respecto de las lenguas cooficiales, quedando reservado un nivel limitado de protección para las demás lenguas, según explica BARTOLOMÉ PÉREZ, N., "Los rexímenes xurídico-lingüísticos del asturllionés: estudiu comparativu del tratamientu legal del mirandés, el lliónés y l'asturianu", *Añada: revista d'estudios llioneses*, núm. 2, 2020, pp. 99-100.

⁴⁰ Este procedimiento de seguimiento trianural ha concluido con seis informes relativos a España (2005, 2008, 2012, 2016, 2019 y 2024), de los que, dentro del dominio lingüístico asturleonés, todos hacen referencia al asturiano, mientras que los cuatro últimos se refieren ya al leonés. *Ibidem*: 100.

⁴¹ UNESCO, *Atlas de las Lenguas del Mundo en Peligro*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, París, 2010, p. 39.

⁴² La segunda de las mesas en torno a las cuales se desarrolló el citado seminario fue moderada por el investigador predoctoral Álvaro Rosales Fernández, la cual abordaría el multilingüismo en España desde las consecuencias de la no cooficialidad del asturleonés en la comunicación de la Administración.

⁴³ Lo anterior fue puesto de manifiesto a través de las ponencias de Inaciu Galán y González, doctor en Periodismo por la Universidad de Oviedo y Académico de Número de la Academia de la Llingua Asturiana; Marcos Rodríguez Álvarez, profesor ayudante doctor de Teoría e Historia de la Educación de la Universidad de Oviedo; y Ricardo Chao Prieto, profesor de Geografía e Historia de instituto, doctorando sobre heráldica real leonesa y presidente de la Asociación Cultural Faceira.

Para llegar a esta problemática, es importante alertar de que en España más de 10 millones de personas tienen como lengua habitual una lengua española distinta del castellano, hasta el punto de que en torno a un 1% de la población, presumiblemente personas mayores, son monolingües en ellas y no conocen el castellano o tienen unos usos muy limitados en esta lengua. Como se ha profundizado anteriormente⁴⁴, el código que emplean las administraciones puede provocar una merma de derechos en los ciudadanos. La lengua, por tanto, además de un patrimonio cultural reconocido como tal en la Constitución española, forma parte de los elementos comunicativos, y en aquellas CC. AA. en las que no se han producido declaraciones de cooficialidad la lengua de muchos ciudadanos ocupa un papel secundario en la gran mayoría de los usos públicos.

De otro modo⁴⁵, uno de los objetivos de la Carta europea de las lenguas regionales es fomentar el empleo de las lenguas minoritarias, así como proveer de medios para el aprendizaje y la investigación en el ámbito universitario. Siguiendo esta senda, la Universidad de León trata de normalizar la lengua asturleonese en su ámbito⁴⁶.

3.1 La situación actual del leonés y la actuación de la Asociación Cultural Faceira

La sociolingüística puede ayudar a explicar el tratamiento normativo dispensado actualmente a la lengua asturleonese. Por ello, debe plantearse una síntesis de la evolución global de la lengua asturleonese desde su surgimiento hasta llegar a la situación de extrema precariedad en la que se encuentra, en concreto en las provincias de la Región Leonesa –León, Zamora y Salamanca– dentro de la Comunidad de Castilla y León.

Por otra parte, se contrastará la realidad práctica con el encaje estatutario que teóricamente protege al leonés en dicho territorio. Sin embargo, la ausencia de medidas normalizadoras y de una política lingüística a favor del leonés obliga a conocer la labor que desde el asociacionismo se lleva a cabo para la dignificación del idioma. Y, más en concreto, se expondrán las actividades que a lo largo del tiempo ha ido desarrollando la Asociación Cultural Faceira, presidida por Ricardo Chao Prieto, tanto respecto a la divulgación del leonés como a los trabajos realizados alrededor de las denuncias de la desprotección jurídica y prestacional en instancias autonómicas, estatales y europeas.

Estos autores darían una visión cercana y práctica de dos casos relativos al multilingüismo en España, como es la situación sociolingüística del asturleonés en Asturias y en Castilla y León.

⁴⁴ Precisamente en el apartado relativo a la ponencia de la profesora Moreu.

⁴⁵ Y como se ha puesto de manifiesto en el apartado elaborado a partir de la ponencia de José Manuel Pérez en la primera de las mesas.

⁴⁶ De esta manera, los apartados siguientes han sido elaborados a partir de las ponencias realizadas tanto en la variedad central del asturiano como en la variedad occidental del leonés, así como a partir de materiales redactados en esta lengua española.

3.1.1 Evolución del asturleonés

Lo cierto es que el origen del asturleonés es similar al del surgimiento del resto de lenguas romances. Esto es, como evolución del particular latín vulgar hablado en cada rincón de la Romania tras la ruptura geográfica que supuso la caída del Imperio romano. Y similar al del resto de romances peninsulares, en un momento de división política entre los reinos cristianos y el al-Ándalus bajo control islámico, donde la fragmentación política y social favoreció el surgimiento de distintos dialectos latinos que fueron evolucionando paralelamente hasta la final consolidación del romance como medio escrito, sustituyendo al latín⁴⁷. De otro modo, el proceso por el que fue sustituyéndose el latín como medio de escritura por las lenguas romances fue similar en León o Asturias al del resto de Europa. Paulatino, hasta el siglo XIII, donde aparece el romance escrito, precisamente como fuente de legitimidad de las normas⁴⁸.

El Reino de León, como heredero del Asturorum Regnum (Reino de los Ástures) o Reino de Asturias, estuvo caracterizado por la existencia de varios romances (gallego, leonés y castellano) que, pese a tener rasgos comunes, presentaban notables diferencias. Sin embargo, la lengua de prestigio, o la lengua de la corte, era la lengua asturleonesa, por encontrarse desde el año 910 en la ciudad de León el epicentro del poder político del Reino. Es más, en la obra de Claudio Sánchez Albornoz *Estampas de la vida en León hace mil años* pueden apreciarse numerosos rasgos y hechos tanto lingüísticos como sociolingüísticos en el prólogo titulado “Sobre el habla de la época” por MENÉNDEZ PIDAL⁴⁹. Así, al emular el hablar de la corte y del pueblo llano, recoge un protocolo notarial donde se apresura a traducir el discurso de un siervo a su dueño. De este modo, Pidal traduce literalmente del latín “dueño, prendieronme ellos míos enemigos, ie metieronme en fierros ie en cárcel, sen culpa”, a lo cual añadiría: “así proseguiría expresándose en un lenguaje semejante al que hoy todavía se conserva en algunos rincones más occidentales de la provincia de León, hacia Ponferrada en los valles del río Sil”, ciertamente describiendo el asturleonés occidental hablado en la actualidad. Sobre la situación de la corte, llega incluso a simular un escenario de conflicto lingüístico al contrastar los nobles de León su lengua con el habla castellana, la cual criticarían por su rudeza y vileza, al cambiar y retorcer las palabras.

Fue a partir del siglo XIII cuando aparece el romance escrito, lo cual también ocurre en el espacio del Reino de León. Este hecho se justificaba en la necesidad de ofrecer una lengua cercana a un pueblo que demandaba conocer sus derechos. De esta guisa, pueden encontrarse numerosos textos oficiales, tales como fueros, cartas pueblas o protocolos notariales escritos en asturleonés. También es posible hallar ejemplares

⁴⁷ Esta cristalización de las lenguas romances fue modelada a través de la nivelación, hasta el punto de que, como expresa CARMONA GARCÍA, I., “El extremeño”, *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.

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.

del código procesal vigente en León –*Fuero Juzgo*⁵⁰– en romance asturleonés desde el siglo XIII hasta incluso el siglo XV en tierras leonesas por encontrarse en la Catedral de León el *Locus apellationis*. La existencia de estos textos atestigua la importancia social y política de la que gozaba dicho romance en aquel momento histórico⁵¹.

Sin embargo, la incorporación de la Corona Leonesa a la Corona Castellana a partir del año 1230 supuso un punto de inflexión en relación con la situación de prestigio social del asturleonés. Por ello, se fue abandonado progresivamente el uso de los rasgos leoneses, por ser percibidos como antiguos y pertenecientes a estratos sociales bajos. Esta situación se debía a que el centro del poder político se fue desplazando hacia el área de influjo castellana, y la nobleza leonesa abandonó rápidamente el uso de la lengua propia para no verse perjudicada dentro de las dinámicas políticas del nuevo estado medieval.

La pérdida paulatina de espacios y de influencia en favor de la lengua oficial supuso, asimismo, el retroceso geográfico del dominio lingüístico⁵² por encontrarse en situación de contacto fronterizo⁵³, aunque el surgimiento de géneros literarios como el sayagués⁵⁴ en la edad moderna atestiguan el mantenimiento de la lengua en los sustratos sociales bajos y rurales en la sociedad zamorana y salmantina, la cual llegó a mantenerse hasta finales del siglo XIX y principios del XX⁵⁵ en la mayor parte de ambas provincias.

La construcción de los Estados nación a lo largo del siglo XIX y la consolidación de los mismos a través de la generalización de una lengua común han venido provocando un forzado proceso de homogeneización cuyos efectos aún pueden notarse a día de hoy. El hecho de que no se haya prestado una atención especial a lenguas como el asturleonés en la actualidad forma parte de este proceso de sustitución cultural y lingüístico, y debe analizarse y responderse de manera adecuada y con conocimiento exhaustivo de su realidad social.

⁵⁰ Lo cierto es que hay más textos jurídicos conservados en asturleonés que literarios; los fueros llegaron hasta la zona hoy portuguesa de Riba-Coa, siendo, desde el punto de vista lingüístico, más interesantes los protocolos notariales, GARCÍA ARIAS, X. L., "La escritura medieval asturiana" en *Informe sobre la llingua asturiana* (3.ª ed.), Academia de la Llingua Asturiana, Uviéu, 2002, p. 65. Además, 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 La vinculación del prestigio de la lengua al poder político es tal que, una vez perdida la condición de lengua cortesana y establecida la hegemonía castellana, la pérdida de espacios para el leonés es irreparable. De esta manera, solamente sería reservada con el paso del tiempo para el jaronismo, en el teatro, paso previo para la desaparición de una lengua, 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 históricamente el dominio lingüístico tuvo mayor extensión, quedando atestiguado a través de la pervivencia de rasgos y elementos léxicos fuera del área de influencia actual.

⁵³ Sobre las características del complejo proceso de sustitución lingüística –nombrado como castellanización–, se puede 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 y 66.

⁵⁴ Éste género, según FERNÁNDEZ CHAPMAN, C., "Estigma e ideología lingüística alrededor del leonés", *Lletres Asturianas*, núm. 121, 2019b, pp. 137-138, buscaba la hilaridad del público, exageraba rasgos fonéticos del dialecto de los protagonistas de la obra, terminando así por representar a las hablas meridionales (al sur del río Duero) del Reino de León.

⁵⁵ LLORENTE (1947: 30) expone que, pese al avance de la lengua oficial (el proceso de castellanización era claro), los dialectos leoneses de Salamanca aún se conservaban en "las generaciones rústicas y viejas". Es más, según su relato, puede considerarse la generación de los años 40 como la del comienzo de la sustitución lingüística en comarcas occidentales de la provincia de Salamanca (La Ribera), al considerar a los jóvenes instruidos como bilingües.

3.1.2 La actividad de Faceira en torno a la lengua leonesa

A causa de la ausencia absoluta de política lingüística y de desarrollo legal del artículo 5.2 del Estatuto de Castilla y León regulando el uso y promoción de la lengua leonesa, el Procurador del Común solicitó en el año 2009 formalmente que cumpliera dicho mandato. Sin embargo, un año después, se presentaría en el Pleno de las Cortes una proposición no de ley que fue aprobada por unanimidad, instando a la Junta a que impulsara el leonés con medidas para su protección específica, y cumplir con el estatuto.

Cerca de dos décadas después, la patente falta de cumplimiento ha llevado a diversas asociaciones de la sociedad civil a suplir dicha falta de protección para con la lengua leonesa. Entre ellas⁵⁶ se encuentra la Asociación Cultural Faceira, nacida en el año 2011, continuando con la labor de una de las primeras asociaciones lingüísticas de León, Facendera pola Llingua.

Las denuncias efectuadas por dicha asociación derivaron en tres resoluciones adicionales en los años 2016 y 2023, mientras que en sede parlamentaria se desarrollarían numerosas preguntas e interpelaciones, así como otras dos PNL en 2016 y 2023 en la Comisión de Educación, denunciando de nuevo la falta de desarrollo legal y la ausencia de medidas educativas. Es más, solamente se permitiría una vez hablar en leonés en sede parlamentaria, con motivo de una sesión extraordinaria realizada en San Isidoro de León.

La carestía de política lingüística autonómica contrasta con la situación de otras comunidades con un estatus jurídico similar. Pero lo cierto es que se está impidiendo la escolarización, se está vedando cualquier uso en la Administración o impidiendo la recuperación de la toponimia tradicional⁵⁷. Sobre todo lo anterior influye la marcada ruralización de la lengua en este territorio. Esto es, la realidad sociolingüística es compleja y existen una serie de factores que han impedido *de facto* la normalización lingüística. Sin embargo, conocer esta realidad es imprescindible como paso previo a configurar una política lingüística efectiva.

Lo cierto es que el trabajo en este sentido ha dependido del voluntarismo de las asociaciones por los derechos lingüísticos como Faceira, así como de instituciones de territorios vecinos como la Academia de la Llingua Asturiana, la cual vino a realizar en los años 2006, 2008 y 2010 tres investigaciones sociolingüísticas que situaron el número de hablantes entre 20.000 y 50.000⁵⁸ repartidos en varias comarcas, que a la par fueron azotadas por la despoblación en las últimas décadas.

Sin embargo, de un modo lento, el trabajo realizado desde la transición por la sociedad civil comienza a ser recogido por la Administración local, así como por la Universidad de León. Los cursos de lengua leonesa ofrecidos por Faceira, los calechos,

⁵⁶ Dentro del ámbito de las provincias de León, Zamora y Salamanca (así como en el resto del dominio lingüístico), son numerosas las asociaciones que tienen entre sus fines la defensa del patrimonio cultural y lingüístico, como Furmientu, Colectivo Ciudadanos de la Región Leonesa, La Parva, L'Alderique, El Fueyu, El Teixu, Alcuentru, Órgano de Seguimiento y Coordinación del Extremeño y su Cultura, Iniciativa pol Asturianu o Xunta pola Defensa de la Llingua Asturiana, entre muchas otras.

⁵⁷ Sobre esto último, cabe mencionar que el artículo 24 de la Ley 1/1998, de 4 de junio, de régimen local de Castilla y León, exige que la denominación de los municipios sea en castellano, limitando cualquier expresión plurilingüe en este 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.

jornadas o debates por el aumento de demanda social, cuentan recurrentemente con el apoyo de ayuntamientos como Villablino, Astorga, Carrizo de la Ribera, León o Truchas. Fruto de dicha colaboración, los dos últimos municipios comenzaron a rotular sus calles en leonés, del mismo modo que recientemente varios pueblos del municipio de Castrocalbón.

El Instituto Leonés de Cultura de la Diputación de León, por su parte, ofrece documentación en leonés, organiza el certamen literario Caitano Bardón en lengua leonesa (va por su segunda edición) y también rotuló su sede y museo etnográfico en leonés.

Paralelamente, en el ámbito universitario, existe desde el año 2017 una Cátedra de Estudios Leoneses que colabora con el ILC y con Faceira, dando lugar a congresos, cursos e incluso una revista –*Añada*– que ofrece un lugar de investigación sobre el leonés y en leonés. Además, este entramado colaborativo está permitiendo el desarrollo de proyectos de recogida oral, creación de materiales didácticos y la promoción de investigaciones. Este apoyo, sumado a la creciente demanda, hace posible que haya más producción científica y cultural, tanto literaria como musical.

Finalmente, en el ámbito privado, cabe destacar la creciente presencia en RRSS y en los medios de comunicación, donde cíclicamente centran su atención en la lengua y elaboran documentales y programas monográficos. Del mismo modo, existen algunos negocios que rotulan en leonés u ofrecen productos en esta lengua, sirviendo como ejemplos varias campañas realizadas por Faceira con carteles de entrada a locales en leonés o la elaboración en este idioma de la carta de una conocida pizzería leonesa.

regap



ESTUDIOS

3.2 La situación sociolingüística del asturiano: estado y retos de futuro

Este apartado conecta directamente con el planteamiento jurídico que se acaba de plasmar, a través de un repaso somero a la historia reciente del asturiano y de sus avances en los últimos 50 años. En este sentido, resulta fundamental confrontar los datos de las últimas encuestas sociolingüísticas efectuadas en suelo del Principado de Asturias, de modo que podrá conocerse así de primera mano la percepción que tiene la sociedad asturiana de su propia lengua y de las perspectivas de desarrollo que se pueden plantear en el futuro.

Resulta también de interés resaltar el papel desempeñado por el asociacionismo civil que ha venido reclamando un estatus de lengua cooficial para la lengua asturiana. En este sentido, en la actualidad es de destacar la asociación Iniciativa pol Asturianu, de la que fue fundador y presidente hasta el año 2019 Inaciu Galán y González.

3.2.1 El asturiano en el franquismo

Cabe citar, asimismo, que el reconocimiento en la Ley de memoria democrática a los supuestos históricos de persecución y represión por motivo de lengua durante el franquismo –incluyéndose al asturleonés bajo el glotónimo de lengua asturiana, *ex artículo 4*– ha abierto la puerta a valorar en la práctica como categoría sospechosa de

discriminación a la lengua en un concreto periodo histórico. Dicha discriminación, si bien se acentuó durante el régimen franquista, lo cierto es que no comenzó con él, y lamentablemente algunos de los episodios de discriminación más graves no han sido ni reconocidos ni resarcidos respecto a esta lengua milenaria hasta el momento.

Como ejemplos discriminatorios alrededor de la lengua asturleonesa, puede citarse un bando redactado en 1960 –recuperado por Emilio Gancedo para el *Diario de León* en 2003⁵⁹– por los maestros de la localidad leonesa de Valdefuentes del Páramo, por el que se “recompensaba” a los niños que cambiasen su léxico “pueblerino” por uno más acorde con un “recto” idioma castellano. Este hecho, que si bien parece puntual, volvió a ocurrir de manera análoga 40 años más tarde en Asturias, donde las Carmelitas de Villaviciosa hacían pagar 25 pesetas por cada palabra en bable. Lo cierto es que determinadas instituciones públicas como las educativas han desempeñado un papel esencial en la sustitución lingüística. Así, GALÁN⁶⁰ explica que los castigos durante la escuela franquista se hacían de distintas formas, pero siempre implicaban generar vergüenza en los hablantes, atribuyéndole al uso del asturiano valores negativos, y, de mano del testimonio directo de personas educadas en todas las etapas de la escuela franquista, nos refiere numerosos ejemplos incluso más graves, relativos a la violencia, estigmatización, burla o reprimenda contra los menores en Asturias por hablar asturiano, que fueron generalizados y afectaban por sus efectos a todos los hablantes de manera transversal por su ruralidad y pobreza.

Los efectos de esta política lingüística lingüicida en relación con el asturleonés fueron especialmente efectivos, y se pueden corroborar a través de múltiples manifestaciones sociolingüísticas, hasta el punto de que los hablantes nacidos en torno a los años 40 del pasado siglo pueden ser considerados los últimos hablantes nativos en algunas comarcas como La Ribera de Salamanca⁶¹, donde, por estar instruidos ya en castellano, no valoraban positivamente su lengua tradicional al asociarla con la falta de educación. De este modo, surge la diglosia, que consiste en diferenciar los usos de dos lenguas según el prestigio, y está especialmente presente en el dominio asturleonés⁶²; de la misma forma, se manifiesta el autoodio y la falta de conciencia lingüística, relacionados con lo anterior, que inducen a pensar que realmente hablan un mal castellano⁶³. Todo ello se traduce en una falta de autoestima lingüística que, *de facto*, impide que muchos hablantes valoren de manera positiva tanto el uso como las medidas a favor de la lengua.

⁵⁹ GANCEDO, E. (09 de marzo de 2003, consultado el 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=16630132555370&referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com&share=https%3A%2F%2Fwww.diariodeleon.es%2Farticulo%2Fcultura%2Fpalabras-prohibidas-paramo%2F20030309010000649986.html

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

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 cantorin. Las aventuras de un extremeño por los caminos de la diversidad lingüística*, Pie de Página, España, 2023. p. 125, al hilo de la realidad lingüística extremeña, esta situación diglósica, si se mantiene en el tiempo, puede llevar al hablante a una situación de sustitución lingüística completa.

⁶³ CARMONA GARCÍA, I., “El extremeño”, *Hápax*, núm. 4, 2011, p. 78, considera esta idea el fruto de una mitología cancerígena que ha envenenado la percepción de los extremeño-hablantes.

Se trata de un proceso⁶⁴ con muchas aristas que conduce, en definitiva, a la desaparición paulatina del asturleonés.

Contextualizar toda esta situación ayuda a comprender las consecuencias que la sociolingüística puede tener en la adopción normativa de medidas lingüísticas. Más en concreto, la falta de un estatus jurídico adecuado puede explicarse precisamente en dichas causas. De este modo, el complejo proceso jurídico que puede revertirlo supone a día de hoy un auténtico reto jurídico en aras de garantizar la igualdad y la dignidad, así como a mantener la paz social.

3.2.2 El asturiano en la actualidad

La situación definida anteriormente del asturleonés como lengua estatutaria no oficial tiene una serie de consecuencias y manifestaciones en los distintos ámbitos de la vida pública en Asturias. Lo cierto es que las carencias jurídicas del sistema de reconocimiento de derechos por vía legal se hacen patentes al comprobar la cantidad de usos oficiales que les son vedados a los asturianos si optan por hablar en asturiano.

En este sentido, pese a que el artículo 4 de la citada Ley de uso reconoce el derecho de opción ante la Administración autonómica, esta se cumple solamente en la vertiente activa, pero no en la pasiva, mientras que la situación ante la Administración general del Estado ni siquiera alcanza al uso activo, puesto que la falta de cooficialidad ha venido siendo utilizada como pretexto para denegar el uso válido administrativo del asturiano. Sirva como ejemplo el caso de numerosas asociaciones ciudadanas que no pudieron legalizarse por el hecho de presentar la documentación en dicha lengua a la Delegación del Gobierno en Asturias (en el año 1985 le ocurrió a la Xunta pola Defensa de la Llingua Asturiana, en 1987 al Conceyu d'Estudiantes Nationalistes, o en 1989 al Coletivu Llingua y Enseñanza) o el hecho de denegar recurrentemente la solicitud de la Víspera del Día de les Lletres Asturianas por el mismo motivo⁶⁵.

Esta situación cobra un cariz especialmente grave si nos referimos al ámbito electoral. En este sentido, el partido político Andecha Astur se encontró con la negativa de la Junta Electoral Provincial en el año 1991 a votar en asturiano en las elecciones autonómicas, mientras que en los años 1995 y 2000 no les dejaron presentar candidatura a las elecciones generales al Congreso y Senado por tener la documentación en asturiano, si bien es cierto que en esa última ocasión la STC 48/2000, de 24 de febrero de 2000, estimó el recurso de amparo promovido por el partido y anuló dicha decisión. Aunque en la actualidad se encuentra en vías de normalización el uso del asturiano ante la Junta General del Principado, la situación no fue siempre similar. Así, se dieron casos de discriminación en el año 1993, cuando la Mesa del Parlamento

⁶⁴ Acerca de este complejo proceso a través de las primeras manifestaciones desde el Siglo de Oro con la aparición del género sayagués, dedica un completo estudio FERNÁNDEZ CHAPMAN, C., «Estigma e ideología lingüística alrededor del leonés», *Lletres Asturianas*, núm. 121, 2019b, pp. 135-150.

⁶⁵ ACADEMIA DE LA LLINGUA ASTURIANA., *Informe sobre la represión y non reconocencia de los derechos llingüísticos n'Asturies*, Academia de la Llingua Asturiana, Uviéu, 2002, pp. 12-13.

rechazó una iniciativa del Partido Asturianista por tener párrafos en asturiano, o en 1996, cuando rechazó una interpelación de Izquierda Unida por el mismo motivo⁶⁶.

Por otra parte, el lento desarrollo del artículo 15 de la Ley de uso en relación con la toponimia ha permitido perpetuar la castellanización y la confusión de la toponimia tradicional. Este hecho resulta patente en la utilización solamente de los topónimos en castellano en las señales viarias de circulación por parte de algunos titulares de la vía, así como en otras señalizaciones, anuncios, publicaciones o boletines oficiales⁶⁷.

La situación en la Administración de justicia es un ejemplo de negación radical del uso del asturiano. Y no solamente en el ámbito del ejercicio del poder judicial (un ciudadano en un juzgado de instrucción de Gijón no pudo declarar en asturiano), sino incluso ante la prohibición del uso por parte de jueces en bodas civiles (un juzgado de primera instancia de Mieres prohibió que se utilizara el asturiano en una boda en la casa consistorial de Riosa)⁶⁸.

3.2.3 El reto de la cooficialidad

Los requisitos procesales contemplados en el artículo 56.2 del Estatuto de autonomía de Asturias para proceder a la reforma estatutaria e incluir al asturiano (y gallego-asturiano) como lengua oficial exigen una mayoría de 27 diputados (3/5 del Parlamento) para poder prosperar.

Como anteriormente se ha referido, durante la XI legislatura, el número de parlamentarios favorables a la cooficialidad estuvo muy cerca de dicha cifra, si bien la negociación política fracasó. En la actual legislatura, el proceso de negociación parece lejos de llegar a concluir en acuerdo, aunque por primera vez en democracia se ha iniciado el procedimiento establecido en el citado artículo, estando por el momento pendiente de señalarse la sesión para la votación de dicha reforma.

Lo cierto es que desde el ámbito social el respaldo parte de distintos estratos sociales, y ha encontrado respuesta en varias encuestas realizadas por parte de la Academia de la Llingua Asturiana. Este es el caso del II Estudio Sociolingüístico de Asturias, que arrojó un apoyo social del 60% a favor de la cooficialidad, así como de un 80% de ciudadanos que consideran al asturiano como lengua propia. De otro modo, el 70% consideraba que el asturiano se trataba de una lengua igual a las demás lenguas regionales cooficiales⁶⁹.

Desde el ámbito municipal, también han existido movilizaciones a favor de la cooficialidad ante los distintos procesos de reforma del estatuto, hasta el punto de lanzar el Ayuntamiento de Bimenes en el año 1997 una declaración de cooficialidad del asturiano a la que se sumaron Casu, Castrillón, Morcín, Llangréu, Teberga, Llaviana y Llanera, pero el TSJ terminaría por anularlos.

⁶⁶ *Ibid.* p. 13.

⁶⁷ *Ibid.* p. 19.

⁶⁸ *Ibid.* pp. 13-14.

⁶⁹ *Ibid.* p. 11.

3.3 La escolarización de la lengua asturiana: una cronología

Si hay un ámbito que requiere de mayor profundidad, es el educativo, por representar un área de comunicación de la Administración en la que se vuelcan numerosos derechos de la ciudadanía y en la que participan administrados que, por su edad, son susceptibles de sufrir discriminación.

Por este motivo, se va a plantear un recorrido histórico a través del proceso de escolarización de la lengua asturiana, desde los inicios de las reivindicaciones ciudadanas hasta la situación que hoy día presenta la enseñanza de este idioma. Así, el estudio atiende al surgimiento de la demanda escolarizadora de la mano de la aparición del movimiento lingüístico moderno de Asturias, con Conceyu Bable (1974, la cual recientemente acaba de cumplir el 50 aniversario), el reconocimiento de la enseñanza de la lengua en el Estatuto de autonomía de Asturias en el año 1981, los trabajos desarrollados por la Academia de la Llingua Asturiana para hacer efectivo el estatuto desde su creación en ese mismo año, la planificación y desarrollo del programa piloto con el que se inició la enseñanza formal en las escuelas e institutos entre 1984 y 1990, y, finalmente, la evolución de la presencia del asturiano en el sistema educativo del Principado desde ese momento hasta la actualidad.

3.3.1 Situación educativa en la transición y los planes piloto

El ámbito educativo representa un paradigma de la relación desigual entre la Administración y unos administrados potencialmente vulnerables por su edad. El reto del encaje de una lengua minoritaria y estigmatizada históricamente no ha sido fácil. Si algo ha podido inferirse a lo largo de los anteriores apartados, es la situación de bilingüismo desequilibrado en la que se encuentran los hablantes de asturleonés que producen serias afecciones sobre la propia percepción de los hablantes que conllevan a restringir su uso mediante fenómenos de interferencia lingüísticos, prejuicios, deterioros de las competencias lingüísticas y, finalmente, de desmantelamiento⁷⁰.

No en vano, la situación de partida desde el franquismo era, como normal general, la del estigma y la desconsideración oficial hacia la lengua propia de los estudiantes, puesto que la política lingüística franquista se basaba en la uniformidad idiomática⁷¹. Con todo, el celo represivo con las lenguas regionales paulatinamente iba a relajarse, sobre todo a partir de la década aperturista de los años 50, si bien reservando primeramente usos diglósicos y folclóricos a las lenguas distintas del castellano, mientras que, ante el reto de la nueva Ley general de educación del año 1970, los cambios sociales y el cumplimiento de exigencias internacionales (UNESCO) propiciarían la entrada paulatina en el sistema educativo de algunas de las lenguas regionales⁷².

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 y 287.

Sin embargo, ninguna de las variantes del asturleonés alcanzaría en aquel momento convulso reconocimiento en el sistema educativo. Pero en Asturias el nacimiento de Amigos del Bable supondría paulatinamente la aparición en el debate público de la situación de la lengua asturiana, lo cual cristalizaría en la I Asamblea Regional del Bable, celebrada en Uviéu en noviembre de 1973⁷³.

De aquel encuentro con cariz académico surgiría el contacto entre un grupo de jóvenes universitarios con inquietudes hacia el asturiano. Fruto de estos encuentros, nació el grupo Conceyu Bable en noviembre de 1974, como una sección de la revista *Asturias Semanal*, con la novedad de un uso normalizador y reivindicativo del asturiano. A los pocos meses, esta sección cristalizaría en un movimiento moderno de reivindicación y recuperación del asturiano, registrándose oficialmente en junio de 1976. Y, si hay un ámbito que consideraron fundamental, fue el educativo, que acabaría articulándose alrededor de su lema “bale nes escueles”, inicialmente planteada como una recogida de firmas⁷⁴.

Pese a las reivindicaciones sociales y políticas incipientes de la transición, la escolarización del asturiano no llegaría de la mano de la declaración de cooficialidad de la lengua, como se ha visto anteriormente. Por ello, se pospuso esta cuestión hasta después del año 1981, tras la aprobación del estatuto y la creación de la Academia de la Llingua Asturiana.

De hecho, sería esta institución, a través de los “cursos de llingua pa enseñantes”, la que configuraría la estructura para la habilitación del profesorado de asturiano entre los años 1983 y 1994. Este paso fue fundamental para poder implementar la escolarización del asturiano a través de un plan piloto entre los años 1984 y 1990⁷⁵.

3.3.2 Llegada de la Ley de uso y desarrollo educativo en la actualidad

La década de los 90 supuso el afianzamiento paulatino del asturiano en el sistema educativo, aunque precario en numerosas ocasiones y cuestionado por parte de distintos sectores políticos. Sirva como ejemplo el planteamiento del diputado conservador García Cañal acerca de que la enseñanza de la lengua asturiana fuera imperativa por parte del Estatuto⁷⁶. La capacidad de veto de los centros educativos, las limitaciones presupuestarias o el requisito mínimo de 10 alumnos son algunas de las características de este modelo hasta el año 1998.

El reconocimiento expreso de derechos lingüísticos por parte de la Ley de uso desarrollaba en el artículo 10 la escolarización de la lengua asturiana en todos los niveles, garantizando el aprendizaje voluntario, y suponía asimismo, *de facto*, el reconocimiento como materia curricularmente integrada. Aunque no sería hasta el año 2006, momento en el que se aprueba la LO 2/2006 de educación, cuando la Consejería de Educación pudiese desarrollar los decretos necesarios para regular el

⁷³ *Ibid.*, pp. 296 y 304.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 325-327 y 378.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 503 y 626.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 740.

currículo de asturiano, los cuales llegarían en el año 2007 a la educación primaria y secundaria, en 2008 a bachillerato y en 2018 a la educación infantil. Si bien las cifras de oferta de centros son generalizadas en el ámbito público, lo cierto es que en la red concertada y privada los datos son sensiblemente inferiores⁷⁷.

Cabe destacar que otra de las reivindicaciones históricas alrededor de esta cuestión tiene que ver con la vehicularidad del asturiano. Esta circunstancia fue planteada de manera efectiva alrededor de un programa piloto lanzado en el curso 2017-2018. Si bien el apoyo a dicha medida en la III encuesta sociolingüística de Asturias era del 52% y en términos generales el programa tuvo un notable éxito, por el momento no ha tenido continuidad⁷⁸.

Finalmente, como colofón a lo anterior, es importante referirnos a la situación de los docentes, puesto que en líneas generales se han caracterizado por la temporalidad y la parcialidad. Por otra parte, la situación formativa ha evolucionado desde la asunción de la formación por parte de la universidad, aunque no existe una especialidad docente en lengua asturiana, como se ha venido reivindicando desde los sindicatos educativos⁷⁹.

4 Conclusiones

El derecho fácil, el lenguaje claro y el lenguaje accesible son un recurso fundamental en la búsqueda de la legitimación del derecho, en la mejora de la eficacia de las normas y un paradigma en la remoción de causas de discriminación a los colectivos vulnerables.

España es un Estado multilingüe que ha creado regulaciones y políticas lingüísticas muy dispares, dependiendo del desarrollo del Estado autonómico y del autogobierno de las comunidades autónomas. Sin embargo, en las comunidades carentes de cooficialidad, el régimen de derechos reconocido por ley no alcanza ni satisface las necesidades de ciertos colectivos susceptibles de vulnerabilidad, dándose en la realidad social situaciones de discriminación.

En el ámbito internacional, existe normativa jurídicamente vinculante en materia lingüística, aunque el cumplimiento alrededor de la lengua asturleonés está lejos de ser efectivo.

La lengua asturleonés se encuentra en peligro de extinción por una situación de ruptura de la transmisión generacional y la generalización de estereotipos perjudiciales para la comunidad de hablantes. Esta situación sociolingüística ha venido condicionando las medidas normalizadoras y legales en los distintos ámbitos del dominio lingüístico.

En el ámbito de Castilla y León, el incumplimiento estatutario relativo al desarrollo de una ley de uso del leonés implica que el trabajo hecho dependa de manera absoluta

⁷⁷ *Ibid.*, p. 742.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 747.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 748-750.

de un grupo de activistas, académicos y ocasionalmente de algunos representantes sensibilizados con la lengua. Por el contrario, la situación en Asturias, pese a tener desarrollo legal de derechos lingüísticos, se ha encontrado con numerosos escollos que han impedido alcanzar un derecho de opción efectivo, resultando paradigmático el complejo proceso de escolarización de la lengua asturiana.

En definitiva, nos encontramos ante un reto que aún distintos enfoques jurídicos y multidisciplinares de diversas áreas de conocimiento, y que supone un verdadero cuestionamiento del marco lingüístico desarrollado en las comunidades con hablantes de lengua asturleonera canalizado actualmente en un proceso de reforma estatutaria que busca situar al asturiano como lengua cooficial en el Principado de Asturias, sirviendo como acicate al resto de reivindicaciones de otros 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 (pendiente 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 reconocimiento de los derechos lingüísticos 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.
- BARTOLOMÉ PÉREZ, N., “Los regímenes jurídico-lingüísticos del asturleonés: estudio comparativo del tratamiento legal del mirandés, el leonés y el asturiano”, *Añada: revista d’estudios lleoneses*, 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 Asturianes*, núm. 121, 2019b, pp. 135-150.
- 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, 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.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 68_julio-diciembre 2024 | pp. 311-336
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 predoctoral de Derecho Constitucional
Universidad de A 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 La importancia de la libre formación de la opinión pública. 3 La manipulación del electorado a través de propaganda cognitiva y *microtargeting*: el caso de Cambridge Analytica. 4 El uso de la inteligencia artificial para atacar a los candidatos: el caso de Eslovaquia. 5 Conclusiones. 6 Bibliografía.

1 Introducción

Vivimos en un momento complejo para la información. Hemos pasado de un escenario en el que tan solo unos pocos controlaban la elaboración de noticias y las ponían a disposición del público, primero a través de la prensa impresa y después a través de la radio y la televisión, a otro mucho más dinámico, extenso y con fácil acceso para cualquier persona¹.

Este fácil acceso se manifiesta tanto desde el punto de vista activo como pasivo. Así, desde el punto de vista activo, nos encontramos con que la universalización en el uso de internet y el desarrollo de las redes sociales ha cambiado el propio concepto de informador, al no resultar ya necesario pasar por el filtro de una dirección o una línea editorial para poder publicar, ni siquiera cursar una formación o especialización habilitante, sino que cualquier persona tiene la posibilidad de difundir cualquier

¹ En este sentido, señala el *Informe C: Desinformación en la era digital* de la Oficina de Ciencia y Tecnología del Congreso que, si bien internet y el desarrollo digital propician grandes avances y beneficios económicos y sociales, también han dado pie a “un nuevo contexto social e informativo que ha favorecido una amplificación sin precedentes de la desinformación y sus efectos, convirtiéndola en una destacada amenaza para los sistemas democráticos. Se trata de una cuestión de seguridad nacional que alcanza niveles críticos en situaciones de gran relevancia social, como crisis sanitarias, conflictos bélicos o los procesos electorales”. Oficina de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados (Oficina C). Informe C: Desinformación en la era digital. www.doi.org/10.57952/j3p6-9086 (2023) p. 1/26.

contenido y comentar o replicar la información publicada llegando a una audiencia antes impensable fuera de los medios tradicionales².

Esto supone una multiplicación y diversificación del informador debido a la socialización tecnológica de la producción de contenidos y, por tanto, a la democratización de la transmisión de la información³ que hace que cada vez sea más difícil distinguir entre el periodismo profesional y la información partidista, y entre medios de comunicación profesionales y medios alternativos⁴ o *pseudomedios*⁵.

Desde el punto de vista pasivo, nos encontramos con un consumidor de información voraz, que tiene un océano de contenidos al alcance de su mano⁶ al que con gran acierto se refiere Carlos Rodríguez como *catering* de fuentes de información⁷, y que muestra cada vez mayor tendencia al consumo compulsivo de información, otorgando en muchas ocasiones más importancia a la rapidez y a la accesibilidad que a la calidad y a la fiabilidad⁸.

Aquí entra en juego la ley de la oferta y la demanda, provocando que, en un ecosistema en el que el consumidor quiere consultar información sobre un hecho al instante de que este ocurra, algo claramente incompatible con la diligente labor periodística de búsqueda de información y contrastación de la noticia, muchos medios no hayan dudado en plegarse a la voluntad de sus lectores, llegando a arriesgar la veracidad y el rigor de sus publicaciones a cambio de conseguir la primicia, la exclusiva, a cambio de ser los primeros en ofrecer al público una información⁹.

De este modo, el deber de contrastación de la noticia, ese que tradicionalmente había evitado la publicación de informaciones falsas o incluso había salvado la responsabilidad de medios y periodistas por la publicación de información errónea, va

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., y 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., y 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: sobreexpuestos e ininformados 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 Se consideran como *pseudomedios* aquellos sitios web que imitan el estilo y diseño utilizado por los medios y periodistas *mainstream*, pero con fines antagónicos a la ética periodística, mezclando datos y opinión, todo ello con una gran carga ideológica. Se trata de webs que intentan mostrarse como una alternativa a los medios convencionales pero que muchas veces se limitan a absorber el contenido de estos y reformularlo de acuerdo con una ideología concreta: PALAU-SAMPÍO, 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 Según el Digital Report 2024, el número de usuarios de teléfonos móviles ascendía a principios de 2024 a 5,61 billones, un 69,4% de la población mundial, habiendo sufrido un incremento de 138 millones desde comienzos de 2023. Informe disponible en <https://datareportal.com/reports/digital-2024-global-overview-report> [consulta 17 de octubre 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. Disponible en <https://www.cuadernosdeperiodistas.com/el-algoritmo-sustituye-al-periodismo/>

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

quedando poco a poco relegado a un segundo o tercer plano, eclipsado por la búsqueda de likes, retuits y de páginas vistas¹⁰.

Y es que, si bien es cierto que nuestra Constitución en su artículo 20.1.d) impone el límite de la veracidad a la información al consagrar el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, no se trata de una exigencia absoluta, que supondría casi una forma de censura¹¹, sino que lo que se exige es un deber de diligencia en la comprobación de los hechos, evitando que el comunicador actúe con menosprecio a la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones, rumores o insinuaciones¹².

Sin embargo, en el contexto actual, nos encontramos con que no solo no se prima o se valora la veracidad, sino que incluso se está intentando anular el propio concepto de verdad, convirtiéndola en algo subjetivo. Es lo que se ha venido a llamar *posverdad*¹³, definida por la Real Academia Española como la “distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales”.

Todo puede ser verdad o no según el relato que cada uno quiera creer, quedando la verdad relativizada y subordinada a las emociones y a la realidad deseada y totalmente desvinculada de la realidad fáctica¹⁴. Y ello porque, si nada es verdad, difícilmente puede ser algo mentira, quedando el campo abonado para que pueda difundirse la información que más interese en cada momento para condicionar las decisiones de la población en general en la dirección deseada.

Nos adentramos, por tanto, en un contexto de *infocracia* o régimen de la información¹⁵ en el que priman la abundancia de contenidos sobre la veracidad de los mismos,

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 la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1988, de 21 enero, que «las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse “la verdad”, como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio».

¹² Sobre el requisito de la veracidad, sentencias del Tribunal Constitucional 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 5.º y 7.º, y 105/1990, de 6 de junio, FJ. 5.º.

¹³ El término *posverdad* fue popularizado por el expresidente estadounidense Donald Trump en 2016, llegando a ser acuñado como palabra de ese año por *Oxford Dictionaries*. No obstante, la primera aparición de la palabra *posverdad* se la debemos al guionista y dramaturgo Steve Tesich, que la utilizó en 1992 en un artículo para la revista *The Nation* sobre el escándalo Watergate y la guerra de Irak, afirmando «Lamento que nosotros, como pueblo libre, hayamos decidido libremente vivir en un mundo en donde reina la posverdad».

¹⁴ Afirma Jorge Astudillo que “lo que caracteriza a la posverdad es que los hechos objetivos tienen menos credibilidad o menos influencia que los sentimientos, deseos y creencias de las personas al momento de asumir una posición o emitir una opinión sobre un tema de interés público o dar su apoyo o rechazo a una 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. y YEZERS'KA, L., 2022, *op. cit.*, 153.

¹⁵ Sobre el término *infocracia*, señala Byung-Chul Han que la democracia está degenerando en *infocracia* debido a que estamos siendo arrollados por un tsunami de información de la esfera política que provoca distorsiones y trastornos masivos en el proceso democrático debido en gran parte a la digitalización del mundo en que vivimos, que avanza inexorable sometiendo nuestra percepción, nuestra relación con el mundo y nuestra convivencia a un cambio radical. Define este autor el régimen de la información como “la forma de dominio en la que la información y su procesamiento mediante algoritmos e inteligencia

un mal que se hizo especialmente patente durante la pandemia del Covid-19, en la que la propia Organización Mundial de la Salud afirmó que su lucha se libraba tanto contra la pandemia como contra la *infodemia*¹⁶ para referirse a la abundancia tal de información sobre un asunto concreto que resulta difícil discriminar la información verdadera de la mera desinformación¹⁷.

En este escenario, de por sí propicio para que campe la desinformación a sus anchas, irrumpen la inteligencia artificial¹⁸ para revolucionarlo todo, al introducir supuestos que hasta ahora eran impensables y que suponen un reto a la labor de contrastación de los profesionales del periodismo, pero, sobre todo y más importante, supone un gran riesgo para la ciudadanía de a pie, para quien distinguir contenidos veraces de contenidos artificiales se torna más difícil que nunca, por no decir imposible.

Esto cobra especial relevancia en el marco del proceso electoral, un proceso que debe contar con todas las garantías para que la participación de la ciudadanía tenga lugar de manera libre e informada y a través de sufragio libre, igual, directo y secreto y en el que los medios de comunicación jugaban un importante papel, poniendo a disposición del electorado información plural y veraz para una libre formación de la opinión pública.

La importancia de los efectos de la desinformación sobre los procesos electorales se deriva precisamente de la trascendencia que tiene el proceso electoral, mediante el cual la ciudadanía elige a las personas que la van a representar en las distintas instancias durante los próximos cuatro años, sin capacidad de volver atrás esa decisión ni de revocar el poder de representación otorgado, incluso en el caso de que en la formación de su decisión en favor de una u otra opción hubiera intervenido engaño o mentira en forma de desinformación.

Además, en el momento actual, en el que la fragmentación de las opciones electorales y la propia desafección de la ciudadanía hacia la política puede provocar un retraso en la decisión del voto¹⁹, la información o desinformación publicada en los

artificial determinan de modo decisivo los procesos sociales, económicos y políticos". HAN, B., *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia*, Ed. Taurus, 2022, p. 25. y p. 10.

¹⁶ Así lo señaló el director general de la OMS en la Conferencia de Seguridad de Múnich el 15 de febrero de 2020: "Pero no estamos luchando únicamente contra una epidemia; estamos luchando contra una infodemia. Las noticias falsas se propagan con más rapidez y facilidad que el propio virus, y son igual de peligrosas". Disponible en <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/munich-security-conference>

¹⁷ Señala David García-Marín que, si bien el término fue popularizado por la OMS, "ya en 2003 este término se utilizó para describir situaciones donde un conjunto de hechos, mezclados con miedo, especulación y rumores, son amplificados y distribuidos a una audiencia mundial gracias al uso de las tecnologías de la información, con posibilidades de impactar de forma desproporcionada en la seguridad, economía y política de los 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 El Reglamento europeo de inteligencia artificial define un sistema de IA como un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales.

¹⁹ WILLOCOQ, 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.

días previos a la votación resulta más relevante, inclinando definitivamente la balanza del electorado indeciso en favor de una u otra opción.

En un contexto en el que los desórdenes informativos son la norma, ¿realmente somos libres en nuestras decisiones? ¿Podemos seguir hablando de una libre formación de la opinión pública? ¿Podría una potencia extranjera influir en la elección de nuestros máximos representantes? ¿Qué papel puede jugar la inteligencia artificial en todo esto?

2 La importancia de la libre formación de la opinión pública

La libre formación de la opinión pública²⁰ se considera como un elemento intrínseco al sistema democrático, una institución indisolublemente ligada con el pluralismo político, consagrado por el artículo 1 de nuestra Constitución como valor fundamental y requisito del funcionamiento del Estado de derecho, ya que no hay opinión pública sin democracia, ni democracia sin opinión pública²¹.

Considera nuestro Tribunal Constitucional que las libertades del artículo 20 de la Constitución aparecen como una garantía de la opinión pública libre, sin la cual “*quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de libertad democrática que enuncia el art. 1 ap. 2º CE y que es la base de nuestra organización jurídico-política*”²².

Como garantía de esta opinión pública libre, el Tribunal señala las libertades del artículo 20 de la Constitución, de modo tal que garantizar las libertades de expresión e información, permitiendo a la población acceder libremente a información plural y veraz, supone también garantizar la libre formación de la opinión pública, pues en base a esta información podrán formarse de manera responsable su propia opinión sobre los distintos asuntos en atención a los hechos²³.

Hoy en día, 40 años después de que el TC escribiera esas palabras, la población tiene más acceso que nunca a la información; de hecho, nunca hemos tenido acceso a tal cantidad de información con tan poco esfuerzo y, sin embargo, no parece que se pueda afirmar que estamos mejor informados, y ello se debe en gran parte a la calidad de la información que tenemos a nuestra disposición, por distintos motivos.

El primero es que, frente al sistema anterior, en el que la información provenía con carácter principal de los medios de comunicación, sujetos a responsabilidad en el caso de que difundieran informaciones falsas sin haber desplegado una diligente

²⁰ Define Antonio Torres del Moral la opinión pública como el precipitado de ideas, creencias y sentimientos que se expresa en la vida pública, ya que, sin expresión externa, la opinión pierde su carácter de pública y deja de cumplir las importantes funciones que la caracterizan. TORRES DEL MORAL, A. (dir.), *Libertades informativas*, Colex, 2009, p. 140.

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

²² Sentencia del Tribunal Constitucional 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3.º.

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

labor de contrastación, a día de hoy cualquiera puede ser comunicador²⁴, cualquiera puede subir informaciones a la red en una suerte de “periodismo ciudadano”²⁵, sin más límites que los establecidos para la libertad de expresión, que necesariamente deben ser mínimos en un sistema democrático²⁶.

Esta proliferación de comunicadores no habría sido posible sin el desarrollo de las nuevas tecnologías y el ascenso de las redes sociales y de mensajería como principales formas de acceso a la información y a las noticias²⁷. Hoy en día, gran parte de la población no se informa a través de los medios tradicionales, ni siquiera de la prensa digital, sino que lo hacen a través de su *feed* de Facebook, X, o la red social que cada uno siga²⁸, y que los medios de comunicación utilizan como altavoz para sus publicaciones²⁹, a menudo haciendo uso de titulares sensacionalistas o *clickbait*³⁰, que podemos considerar desinformación en sí mismos ya que no aportan nada al periodismo, solo a la cuenta de resultados.

Es la red y su algoritmo la que decide qué contenido muestra a cada persona usuaria, controlando por tanto el flujo de la información, sin que la ciudadanía pueda conocer los sesgos ideológicos o intereses detrás de la red debido a la falta de transparencia de sus algoritmos³¹.

El ascenso de las redes sociales como propagadores de noticias se ha visto impulsado por distintos motivos, entre los que destacan la inmediatez en la difusión, el acceso simultáneo a una gran audiencia, la accesibilidad de las redes a cualquier persona (tanto para publicar como para recibir contenidos) y, aunque muchas veces las propias personas usuarias no sean conscientes, la facilidad para establecer filtros y segmentar con gran detalle usuarios para fines concretos³².

²⁴ Así lo señala el Tribunal Constitucional en la Sentencia 8/2022, de 27 de enero, FJ 2.º, cuando dice que “*el uso de las herramientas digitales convierte a sus usuarios en creadores de contenidos, emisores, difusores y reproductores de esos contenidos (...). Por tanto, los usuarios pueden llegar a desempeñar un papel muy cercano al que venían desarrollando hasta ahora los periodistas en los medios de comunicación tradicionales*”.

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

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*. EDESA Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 69.

²⁷ Oficina de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados (Oficina C) (2023). *Op. cit.*, p. 7/26.

²⁸ Sobre esto profundiza Emily Bell en su artículo “*Facebook se está comiendo el mundo*”. *Cuadernos de Periodistas*, 32, 2016, pp. 67-76. Disponible en <https://www.cuadernosdeperiodistas.com/facebook-se-esta-comiendo-mundo/>

²⁹ JIMÉNEZ PALOMARES, P. y 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 Siguiendo a Berta García y otros, podemos definir el *clickbait* como “el titular de una noticia que no responde a los criterios periodísticos tradicionales y cuyo objetivo final es mantener al receptor en la página el mayor tiempo posible, no informar. En concreto, el titular cebo tendría como objetivo principal la comercialización o difusión de la información, mientras que el titular periodístico mantendría el rol principal de informar a los usuarios”. GARCÍA OROSA, B., GALLUR SANTORUN, S. y 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 la microsegmentación, una práctica publicitaria que permite dirigir contenidos a grupos específicos en base a sus intereses, características, etc., personalizando los mensajes que reciben. Oficina de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados (Oficina C) (2023). *Op. cit.*, p. 14/26.

Esta segmentación hace que recibamos información “cocinada” algorítmicamente en vez de en atención a la relevancia de la noticia o incluso a una determinada línea editorial, lo que puede afectar a la calidad de la propia información³³ y, lo que es aún más importante, al proceso de formación de la opinión pública, ya que esta segmentación o microsegmentación puede ser maliciosamente utilizada con fines desinformativos.

En segundo lugar, porque en este entorno en el que cualquiera puede publicar contenidos y replicarlos sin contrastar lo más mínimo su veracidad, y en el que podemos estar conectados a cientos de personas a través de las redes sociales, se intensifican los efectos de los sesgos cognitivos³⁴, especialmente del sesgo de confirmación, definido como la tendencia de una persona a favorecer y priorizar la información que confirma sus creencias o hipótesis.

Es decir, de entre la cantidad ingente de información e informadores a los que podemos acceder, tenderemos a seleccionar o priorizar las opiniones de aquellos que confirmen las nuestras, creando una suerte de “burbujas de filtro”³⁵ o “cámaras de eco o resonancia”³⁶ en las que el propio grupo cada vez está más convencido de estar en lo cierto, pues prácticamente toda la información que recibe refuerza sus creencias y rechaza las contrarias³⁷.

Ocurre además que para nuestro cerebro resulta muy difícil convivir con incongruencias, por lo que tratamos de rellenar cuanto antes los huecos que quedan en nuestros razonamientos, incluso aunque sea con información falsa³⁸. Preferimos autoengañarnos y disfrutar de la armonía de la coherencia entre nuestros actos y creencias (o entre nuestras creencias entre sí) a tener que enfrentarnos a la ansiedad que supone convivir con dos creencias en conflicto o con el conflicto entre nuestros pensamientos y nuestro comportamiento, lo que Leon Festinger bautizó como *disonancia cognitiva*³⁹.

³³ Oficina de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados (Oficina C) (2023). *Op. cit.*, p. 8/26.

³⁴ Sobre los sesgos cognitivos, GARRIGUES WALKER, A. y GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M., *El Derecho a no ser engañado. Y cómo nos engañan y nos autoengañamos*, Aranzadi, 2020, pp. 85 y ss., siguiendo a Stuart Sutherland, definen el sesgo cognitivo como “un fenómeno psicológico de naturaleza involuntaria, ya que se produce de forma automática, y que describe una alteración en la mente humana que la conduce a una distorsión de la percepción, a una distorsión cognitiva y o a juicios imprecisos o a interpretaciones ilógicas o irracionales de los hechos”.

³⁵ Las burbujas de filtro son un fenómeno por el que una persona se encuentra expuesta principalmente a información y perspectivas que refuerzan sus creencias y puntos de vista preexistentes, debido a algoritmos de recomendación y personalización en plataformas digitales y redes sociales, todo ello sin que se requiera un papel activo por parte del usuario. Oficina de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados (Oficina C) (2023). *Op. cit.*, p. 13/26.

³⁶ Las cámaras de resonancia son un entorno o plataforma donde las ideas, mensajes o conceptos encuentran una audiencia receptiva y amplifican su impacto, requiriendo de un papel activo del usuario, que demanda activamente determinados contenidos por diferentes razones, incluidas las ideológicas, y donde puede circular más libremente la desinformación. Oficina de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados (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. y YEZERS'KA, L., 2022, *op. cit.*, p.155; Oficina de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados (Oficina C) (2023). *Op. cit.*, p. 13/26; BERROCAL-GONZALO, S., WAISBORD, S. y 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. y GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M., 2020, *op. cit.*, p. 64.

³⁹ Leon Festinger considera que la disonancia, la existencia de relaciones entre conocimientos, opiniones, creencias o conductas que no concuerdan, es un factor de motivación, ya que condiciona nuestra conducta en el sentido de dirigirla a reducir

En tercer lugar, y aquí reside probablemente la mayor amenaza, por la irrupción de las herramientas de inteligencia artificial que permiten, por un lado, un uso mucho más preciso, eficiente y masivo de los datos de los electores, como ocurrió en las elecciones presidenciales estadounidenses de 2016 con Cambridge Analytica. Por otro lado, nos permiten construir una realidad a medida, fabricando los datos, imágenes, vídeos o audios necesarios para sustentar esa creación y haciéndolo de tal forma que resulten indistinguibles de la propia realidad, lo que se conoce como *deepfakes*⁴⁰.

Uno de los problemas clave de las *deepfakes* es que atacan a los propios principios de la estructura social en la que la mayoría de la sociedad asume que hay alguna forma de verdad mutuamente aceptada, como eran hasta ahora los contenidos audiovisuales, por lo que la irrupción de una tecnología que rompe con ese acuerdo social o, al menos, lo pone en entredicho, supone una pérdida de confianza epistémica⁴¹ que deriva en el fin de la creencia en la verdad⁴². Y esto supone no solo que podamos tomar por cierto un contenido fabricado, sino también que podamos tener por falso un audio, vídeo o imagen real⁴³.

Por tanto, nos encontramos intentando sobrevivir en un océano de información, en su mayoría no contrastada, en el que convive información veraz con información tergiversada o sacada de contexto, parodias, información falsa, información atribuida a fuentes incorrectas, información fabricada... y es basándonos en aquello que seleccionemos de este inmenso océano cómo formaremos nuestra opinión sobre los distintos temas y, por tanto, cómo se configurará la opinión pública.

En este escenario, para cualquiera con los medios adecuados resultaría relativamente sencillo influir en la formación de la opinión pública, orientando a los electores en una dirección u otra alterando el sentido de su voto e influyendo, por tanto, de manera clara en el resultado de los procesos electorales, con las implicaciones que ello puede tener incluso a nivel de seguridad nacional, especialmente cuando quien maneja los hilos es una potencia extranjera⁴⁴.

Para intentar controlar este riesgo, la Unión Europea creó dos comisiones sucesivas de Injerencias Extranjeras, la primera en 2020 y la segunda en 2022. Fruto del

esa disonancia. Extractado por A OVEJERO a partir de la obra de L. Festinger: Teoría de la disonancia cognoscitiva. *La 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.

⁴⁰ Si bien los primeros usos de la tecnología *deepfake* se encuentran en el ámbito de la pornografía, la primera documentación de esta tecnología la encontramos en el año 2017, cuando tres investigadores de la Universidad de Washington demostraron cómo se podía manipular la tecnología de edición de imágenes dinámicas para crear nuevos contenidos, concretamente imitando la voz y expresiones faciales del presidente Obama. 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>.

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., y 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 Según los datos del Eurobarómetro Flash n.º 522 (2023) sobre "Democracia", el 43 % de los europeos mencionó como unas de las amenazas más graves para la democracia la propaganda o la información falsa o engañosa procedente de fuentes extranjeras no democráticas y la injerencia extranjera encubierta en la política y la economía de su país.

trabajo de estas comisiones, el 1 de junio de 2023 el Parlamento Europeo aprobó la Resolución P9_TA(2023)0219 sobre las injerencias extranjeras en todos los procesos democráticos de la Unión Europea, en particular la desinformación.

En esta resolución, que busca acordar una estrategia común para la Unión en la lucha contra las injerencias extranjeras, se señala que estas pueden adoptar diversas formas: desde fraude en las papeletas o bloqueo de los colegios electorales hasta la distribución de información distorsionada sobre los candidatos o el propio proceso electoral y campañas de desinformación⁴⁵, pasando por financiación a determinadas opciones políticas o apoyo a corrientes ideológicas extremas.

En opinión del Parlamento, el objetivo de estas injerencias es distorsionar la política nacional para socavar o destruir la confianza a largo plazo de la ciudadanía en la legitimidad de sus instituciones y procesos democráticos⁴⁶, constituyendo no solo una amenaza a la libre formación de la opinión pública, sino también a la seguridad nacional y transfronteriza⁴⁷.

3 La manipulación del electorado a través de propaganda cognitiva y *microtargeting*: el caso de Cambridge Analytica

La propaganda cognitiva o marketing cognitivo es un tipo de publicidad que se centra en aprovechar los sentimientos o la emoción para conseguir una reacción en la persona destinataria. Se estudia al usuario a fondo, sus gustos, los contenidos que publica, lo que comparte, buscando alinear la marca en cuestión con todo aquello que le gusta al consumidor o que este considera positivo o deseable, de tal forma que se sienta “naturalmente” atraído hacia ella. Lo novedoso es que no es una propaganda pasiva, sino que se aprovecha de los sesgos caracterológicos de las personas destinatarias para diseñar una campaña de gran precisión a la medida de cada persona y de sus preferencias emocionales y políticas⁴⁸.

Antes de la expansión de las redes sociales este tipo de publicidad resultaba casi impensable, ya que por grande que fuera el esfuerzo de conocer al usuario a través de encuestas o del estudio de sus compras, nunca ha habido tanta facilidad como ahora para acceder a toda esa información y procesarla.

⁴⁵ Resolución P9_TA(2023)0219 del Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2023, sobre las injerencias extranjeras en todos los procesos democráticos de la Unión Europea, en particular la desinformación (2022/2075(INI)), Considerando AZ.

⁴⁶ Resolución P9_TA(2023)0219 del Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2023, sobre las injerencias extranjeras en todos los procesos democráticos de la Unión Europea, en particular la desinformación (2022/2075(INI)), Considerando BA.

⁴⁷ La Agencia de la Unión Europea para la ciberseguridad (ENISA) y el Servicio Europeo de Acción Exterior (EEAS) hablan de injerencia y manipulación extranjera de la información (FIMI, por sus siglas en inglés) para referirse a un patrón de comportamientos, principalmente no ilegales que amenaza o tiene el potencial de impactar negativamente en los valores, procedimientos y procesos políticos. Se trata de una actividad manipulativa por naturaleza, llevada a cabo de manera intencionada y coordinada, cuyos actores pueden ser tanto actores estatales como no estatales, incluidos sus representantes dentro y fuera de su propio territorio. 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.

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

El mercado tecnológico nos ofrece multitud de aplicaciones y servicios supuestamente gratuitos que instalamos en nuestros dispositivos y comenzamos a usar facilitando todos los datos que el servicio en cuestión solicita para configurar nuestro perfil y así mejorar la experiencia de usuario mediante la personalización de los contenidos. Todo ello sin ser conscientes o menospreciando el hecho de que, como ocurre en otros ámbitos, si no nos cobran por el producto, es que el producto somos nosotros⁴⁹.

En la red queda registro de nuestro perfil, edad, sexo, ubicación, intereses declarados... pero también de cada una de nuestras acciones e interacciones dentro de la propia red: qué es lo que publicamos, qué cuentas o páginas seguimos, qué contenidos nos gustan o replicamos, incluso cual es nuestra reacción ante determinadas publicaciones, anuncios, noticias... Queda constancia de cuales son nuestros medios de comunicación o tendencias políticas afines a través de las noticias que publicamos, comentamos o replicamos, pero también a través de los políticos que seguimos o criticamos... en resumen, toda nuestra actividad a través de las redes sociales queda registrada y perfectamente segmentada por sexo, ideología, ubicación, franja de edad, etc., para ser usada de la forma que más convenga al mejor postor.

Precisamente esto es lo que ocurrió en 2016 durante las elecciones presidenciales estadounidenses, en las que la empresa Cambridge Analytica, una rama del Grupo SCL⁵⁰, contratada por el candidato Donald Trump, utilizó indebidamente datos personales de millones de usuarios de Facebook para crear perfiles psicológicos concretos de los usuarios y así diseñar anuncios políticos con el tono y contenido adecuados para cada perfil con el objetivo de dirigir su sentido del voto, a la vez que se creaban y difundían noticias falsas que aumentaban el efecto buscado. Donald Trump ganó las elecciones y no podemos saber cuál habría sido el resultado de no haber recurrido a este tipo de prácticas.

No estamos hablando de propaganda electoral al uso, sino de publicidad hecha a la medida de cada usuario utilizando perfiles psicométricos, que busca remover sus emociones para conseguir una actuación por su parte⁵¹. El objetivo ya no es convencer al usuario para que vote a un candidato determinado, sino generar en él la emoción que provoca que se convenza solo. Por tanto, la propaganda cognitiva no apela a la razón, sino a las emociones, a la alegría, a la rabia, a la ilusión y la venganza... de tal modo que el propio destinatario no llega a ser consciente de que está siendo influenciado, de que verdaderamente no está decidiendo libremente.

⁴⁹ Sobre este tema: MARTÍN-HERRERA, I. y 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) es una empresa británica fundada en 1990, dedicada a la investigación del comportamiento y comunicación estratégica.

⁵¹ Resulta muy didáctica la explicación de BYUNG-CHUL HAN sobre los efectos del *microtargeting* en su libro *Infocracia*: "En el *microtargeting*, los votantes no están informados del programa político de un partido, sino que se les manipula con publicidad electoral adaptada a su psicograma, y no pocas veces con *fake news*. (...) Los ciudadanos dejan de estar sensibilizados para las cuestiones importantes, de relevancia social. (...) De este modo, socavan un principio fundamental de la democracia: *la autoobservación de la sociedad*". HAN, B., 2022, *op. cit.*, p. 37.

Para conseguir los datos, recurrieron a un académico de la Universidad de Cambridge, Aleksandr Kogan, que ideó una aplicación *online* llamada *This is your digital life* que se presentaba como un test online y afirmaba ser una herramienta de investigación, que incluso remuneraba simbólicamente a las personas participantes. Para finalizar el test, los usuarios debían iniciar sesión en Facebook y otorgarle ciertos permisos a la aplicación, como ocurre en tantos otros casos⁵².

Aproximadamente 270 mil personas rellenaron la encuesta y concedieron los permisos que la aplicación solicitaba, creyendo que sus datos solo serían utilizados en el seno de la investigación y con fines académicos. Sin embargo, entre los permisos que la aplicación solicitaba estaba el acceso a los datos de los amigos en la red social, lo que permitió a la empresa acceder a los datos de unos 87 millones de personas⁵³.

Conseguidos los datos, Cambridge Analytica se sirvió de herramientas de *big data*⁵⁴ y *machine learning*⁵⁵ para tratarlos en masa, cruzando las respuestas de las encuestas con los *likes* y publicaciones compartidas en Facebook por los distintos usuarios. Esto les permitió segmentar a los 87 millones de usuarios en pequeños grupos de personas o perfiles psicográficos⁵⁶ preocupadas por asuntos concretos y que, por tanto, serían receptivas a publicaciones sobre esas materias concretas si se utilizaba el tono adecuado.

Esta minería de datos, que con medios tradicionales habría sido imposible, se convierte en algo sencillo y rápido gracias a la inteligencia artificial y, concretamente, al *machine learning*, que permite obtener en tiempo récord una segmentación extremadamente escrupulosa y detallada.

Una vez segmentados los votantes en las distintas categorías, se utilizó un sistema de inteligencia artificial capaz de analizar cientos o incluso miles de variaciones de un anuncio para comprobar cuál era la que mejor podría funcionar con cada uno de los perfiles psicográficos previamente identificados. Se trataba de personalizar hasta el más mínimo detalle de cada anuncio, desde el tipo y color de letra hasta el tono del mensaje, pasando por la iconografía o la música, en el caso del contenido audiovisual.

Por tanto, a cada pequeño grupo se mostraba solo la variación del anuncio que el sistema había detectado que mejor funcionaría, llegando a diseñarse entre 40 y 50

⁵² ISAAK, J. y 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.

⁵³ En un primer momento se pensó que Cambridge Analytica había accedido a los datos de aproximadamente 50 millones de usuarios, pero los datos a fecha 1 de mayo de 2018 proporcionados por Meta, propietaria de Facebook, apuntan a 87 millones de personas, la mayoría de ellas en Estados Unidos (81,6%). Datos disponibles en la web: <https://about.fb.com/news/2018/04/restricting-data-access/>

⁵⁴ El analista Dan Kusnetzky define *big data* como las herramientas, procesos y procedimientos que permiten a una organización crear, manipular y administrar grandes conjuntos de datos e instalaciones de almacenamiento. CAMARGO ORTEGA, J. F., CAMARGO VEGA, J. J., y JOYANES AGUILAR, L., "Conociendo Big Data", *Revista FI-UPTC*, 24(38), 2015, pp. 63-77, p. 63.

⁵⁵ El *machine learning* o aprendizaje automático es una rama de la inteligencia artificial que permite a las computadoras aprender de los datos sin ser programadas explícitamente para cada tarea. En lugar de seguir instrucciones fijas, los sistemas de *machine learning* analizan patrones en los datos, lo que les permite hacer predicciones o tomar decisiones basadas en la información que han procesado.

⁵⁶ Se define la psicografía como el estudio y clasificación de las personas según sus actitudes, aspiraciones y otros criterios psicológicos.

mil variantes de diferentes argumentos electorales⁵⁷, que se adaptaban a la perfección al perfil del usuario al que se mostraban, sin que además pudieran ser conocidos por otros usuarios, ya que se basan en publicaciones invisibles o *dark post*⁵⁸, lo que hace que también sean difícilmente rastreables por los organismos de control.

Es decir, un usuario no puede ver este tipo de publicaciones en el muro de otro usuario, sino que solo se muestran a su destinatario, aumentando así la personalización y evitando que el usuario se percate de que está siendo manipulado, al tiempo que se evita o retrasa un debate público y abierto sobre el contenido y la veracidad de esas publicaciones que permitiría contrastarlas⁵⁹.

Además de todo lo expuesto, debemos tener en cuenta que la propaganda cognitiva no opera de manera aislada. No se trata solo de que se muestren al usuario anuncios especialmente diseñados para él en función de sus intereses, previamente recabados a través de las cesiones de datos efectuadas, consciente de ello o no, por el propio usuario, sino que a menudo se combina esta herramienta con otras como el uso de cuentas falsas automatizadas⁶⁰ en redes sociales, también conocidas como *social bots*⁶¹.

En el caso de las elecciones presidenciales estadounidenses de 2016, el uso de cuentas automatizadas fue estratégico y deliberado, especialmente en el lado republicano, ajustando a la perfección el momento de producción de contenido durante los debates y llegando en el día de las elecciones a superar los *bots* pro-Trump a los de Clinton a razón de 5 a 1⁶².

Estas cuentas automatizadas se utilizan sobre todo para alterar el debate en la propia red, dando audiencia a publicaciones que podrían parecer inicialmente irrelevantes, llegando a viralizar contenidos que de otro modo habrían pasado desapercibidos, apropiándose de un debate creado inicialmente por humanos o incluso creando *ex novo* un debate que de otra forma no existiría⁶³. Todo ello con un volumen de publicaciones e interacciones muy superior al humanamente posible, lo que consigue con poco esfuerzo manipular el peso del apoyo a las distintas opciones,

Regap



ESTUDIOS

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

⁵⁸ Son publicaciones cuya visibilidad se condiciona a la pertenencia a determinados grupos seleccionados por el administrador de la página. Se trata de una funcionalidad especialmente pensada para el mundo publicitario, que permite no saturar al mercado mostrando información que pueda no resultar relevante para grupos determinados, por ejemplo por edad o ubicación, y dirigirse solamente a la audiencia a la que la publicación puede interesar.

⁵⁹ ANDERSON, B. y 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 Una cuenta automatizada o *bot* es un software o programa informático elaborado para llevar a cabo determinados tipos de actividades repetitivas como si de un ser humano se tratase; puede generar contenido, replicarlo, seguir o dejar de seguir cuentas, enviar mensajes directos... todo ello imitando el comportamiento 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* es una cuenta controlada por software que participa activamente en las redes sociales para influir en la opinión pública en la dirección deseada: 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. y 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.

inclinando de manera artificial la balanza hacia una de ellas que aparece claramente como ganadora⁶⁴.

Todo esto consigue reforzar la burbuja del usuario y con ella la polarización existente, una polarización en la que los extremos ya no son tan mal vistos⁶⁵, pues hay gran cantidad de cuentas que defienden sus posiciones al calor del anonimato de las redes y que, además, encuentran explicación a lo inexplicable, normalmente en base a alguna retorcida conspiración que casualmente lo explica todo⁶⁶.

Todo ello amplificado por el efecto de la disonancia cognitiva: necesitamos buscar explicaciones que refuercen nuestras creencias y esto hace casi imposible, a medida que se avanza en esta madriguera, dar marcha atrás, rectificar nuestros pensamientos, pues preferiremos creer cualquier cosa antes que rechazar todas las teorías que ya hemos defendido y que, al menos en el contexto de nuestra burbuja, encajan a la perfección. La credibilidad de la información es directamente proporcional a cuanto coincida con nuestros valores, creencias y prejuicios⁶⁷.

Resulta importante, no obstante, aclarar que el problema no es el uso de las redes sociales para llegar al electorado –de hecho, la campaña de otro candidato a la presidencia de Estados Unidos, Barack Obama, fue de las primeras en explotar las redes sociales, en concreto Facebook y MySpace⁶⁸ para hacer llegar su mensaje–, la clave es que lo que hacía era explotar las herramientas que la red social ponía a su servicio para llegar al electorado a través de esa vía⁶⁹.

Por el contrario, en el caso de la campaña de Donald Trump, lo que realmente hizo Cambridge Analytica fue engañar a los usuarios para que les confiaran sus datos, su información, e utilizarla con fines totalmente distintos a los declarados. Esto supone una clara violación de la debida protección de datos de las personas usuarias, que resulta aún de mayor gravedad porque se produce con fines electorales.

El objetivo es modificar el sentido del voto de los usuarios de la red escudriñando en su privacidad para utilizar los datos robados con el objetivo de hacer creer a ese usuario que es él quien está eligiendo, cuando realmente lo que ocurre es que se ha condicionado su voluntad a un nivel profundo, mostrando solo los contenidos que reafirmaban la postura que interesaba y creando propaganda a la medida del usuario aprovechando la información robada.

⁶⁴ Se calcula que en la campaña española de las elecciones generales de noviembre de 2019 había más de 40.000 *bots* tuiteando sobre eventos destacados de la 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 la polarización: BERROCAL-GONZALO, S., WAISBORD, S. y GÓMEZ-GARCÍA, S., 2023, *op. cit.*

⁶⁶ SÁDABA RODRÍGUEZ, I. y 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.

⁶⁷ BARRIENTOS-BÁEZ, A., CALDEVILLA-DOMÍNGUEZ, D. y YEZERS'KA, L., 2022, *op. cit.*, p. 158.

⁶⁸ Al celebrarse las elecciones, Obama reunió 3 millones de seguidores en Facebook, 700.000 en MySpace, 100.000 en Twitter y 144.615 suscriptores 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. y 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>, p. 109.

La propaganda computacional se sitúa, por tanto, como una poderosa herramienta contra la democracia⁷⁰, al afectar al sentido de voto a través de la manipulación de la formación de la opinión pública⁷¹.

Evidentemente, puede que el resultado de las elecciones estadounidenses de 2016 hubiese sido el mismo sin la actuación de Cambridge Analytica, pero es imposible saberlo. Lo que sí sabemos es que uno de los candidatos presidenciales llevó a cabo una campaña poco transparente, robando y tratando los datos de millones de personas y utilizando propaganda cognitiva para asegurarse su voto y que esta situación acabó suponiendo la quiebra de Cambridge Analytica y grandes pérdidas para la red social Facebook, mientras que el candidato que contrató los servicios de la consultora y ganó las elecciones siguió en su puesto hasta terminar su mandato.

4 El uso de la inteligencia artificial para atacar a los candidatos: el caso de Eslovaquia

Las herramientas que ofrece la inteligencia artificial, concretamente en el campo de la desinformación, suponen un reto nunca visto. En el apartado anterior se ha profundizado en alguno de los usos de las herramientas de *machine learning* en este campo, pero no podemos terminar sin tratar el papel de las herramientas *deep learning*⁷², que permiten crear contenidos audiovisuales indistinguibles de la realidad, hasta el punto de poder utilizar la imagen o la voz de una persona real para que haga o diga cosas que jamás ha hecho o dicho.

Podemos imaginarnos infinidad de formas en las que esta tecnología puede afectar al proceso de toma de decisiones en materia electoral, pero lo cierto es que ya tenemos ejemplos reales.

El 30 de septiembre de 2023 se celebraron elecciones parlamentarias anticipadas en Eslovaquia en las que el ex primer ministro prorruso Robert Fico, líder de Dirección-Socialdemocracia Eslovaca (SMER-SSD)⁷³, y Michal Šimečka, líder del partido liberal Eslovaquia Progresista (EP), se disputaban el puesto de primer ministro.

Apenas dos días antes de la celebración de los comicios, se publicó en Facebook un audio de unos dos minutos en el que supuestamente se escuchaba al candidato de EP discutiendo con la periodista Monika Tódová la forma de amañar el proceso electoral

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

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

⁷² Define Raúl López Briega el *deep learning* o aprendizaje profundo como un subcampo dentro del *machine learning* que utiliza distintas estructuras de redes neuronales para lograr el aprendizaje de sucesivas capas de representaciones cada vez más significativas de los datos. El aprendizaje profundo o *deep learning* hace referencia a la cantidad de capas de representaciones que se utilizan en el modelo; en general se suelen utilizar decenas o incluso cientos de capas de representación que aprenden automáticamente a medida que el modelo es entrenado con los datos. Citado en GUAÑA-MOYA, J., SALGADO-REYES, N., y 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. Disponible 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>.

comprando votos de la minoría romaní. Para no dejar lugar a dudas, el audio estaba subtítuloado e iba acompañado de la imagen estática del candidato liberal y de la periodista. Ambos salieron rápidamente a desmentir el audio, si bien con cierta tibieza, dado que el país se encontraba en el periodo de reflexión, que en el caso eslovaco se extiende durante las 48 horas previas al comienzo de la votación⁷⁴.

También el departamento de comprobación de información de la agencia de noticias AFP⁷⁵ salió rápidamente a poner de manifiesto que la grabación mostraba signos de haber sido manipulada con inteligencia artificial⁷⁶.

No obstante, sin poder ofrecer los supuestos participantes pruebas contundentes sobre su falsedad (sin duda una *probatio diabólica*⁷⁷), el audio siguió *online*. En la política de recursos manipulados de Meta se contemplaba la posibilidad de eliminar vídeos falsos en los que se mostrase a personas diciendo cosas que nunca han dicho, pero dichas directrices no incluían expresamente los audios, por lo que la grabación se encontraba en una suerte de laguna respecto a la política de la compañía.

Y no fue este el único uso de la inteligencia artificial durante este proceso electoral. Tres días antes de las elecciones, se había publicado otro audio, también del candidato liberal Michal Šimečka, en el que afirmaba que duplicaría el precio de la cerveza si ganaba las elecciones con el objetivo de luchar contra el alcoholismo. En ese caso la propia empresa Meta alertó de la existencia del audio, lo que puso a los verificadores a trabajar, consiguiendo probar en unas horas que el contenido efectivamente era falso, tal y como había declarado su protagonista⁷⁸.

Al margen de la influencia que hayan podido tener los audios sobre los resultados del proceso electoral, que perdió el candidato de Eslovaquia Progresista en contra de lo que las encuestas preveían⁷⁹, considero importante destacar tres hechos.

El primero de ellos se refiere al problema para la depuración de responsabilidades respecto de los daños creados con el uso de tecnologías *deep learning*. La tecnología utilizada hace muy difícil en primer lugar detectar que se trata de contenido falso o manipulado y, en segundo lugar, detectar el verdadero origen de los contenidos, lo que hace imposible la rendición de cuentas; de hecho, hoy en día no se conoce el

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

⁷⁵ La Agence France-Press (AFP) es una de las tres principales agencias mundiales de información, que cuenta además con un departamento de verificación de noticias falsas.

⁷⁶ *Údajná nahrávka telefonátu predsedu PS a novinárky Denníka N vykazuje podľa expertov početné známky manipulácie (La supuesta grabación de la llamada entre el presidente del PS y la periodista de Denník N muestra, según los expertos, múltiples signos de manipulación)*. AFP FACTY. 28 de septiembre de 2023 [consulta 15 de octubre de 2024]. Disponible en <https://fakty.afp.com/doc.afp.com.33WY9LF>.

⁷⁷ También llamada prueba inquisitorial, la prueba diabólica es aquella por la que se exige a la persona acusada que pruebe que algo no existe, es decir, que pruebe un hecho 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 octubre de 2023 [consultado el 15 de octubre de 2024]. Disponible en <https://www.wired.com/story/slovakias-election-deepfakes-show-ai-is-a-danger-to-democracy/>

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

origen del audio *deep fake* sobre el candidato de EP, con el problema que ello supone en cuanto a la depuración de responsabilidades.

Esto cobra especial relevancia, y conecto ya con el segundo de los hechos a destacar, en el caso de que quien quiera manipular el proceso electoral sea una potencia extranjera. Ya en verano de 2023 la Unión Europea puso de manifiesto su preocupación por la posibilidad de injerencias extranjeras en las elecciones en el territorio de la Unión afirmando que “*la desinformación reduce la capacidad de los ciudadanos para tomar decisiones informadas y participar libremente en los procesos democráticos*” y que “*algunos Estados miembros, que Rusia considera su esfera de influencia, están más expuestos a riesgos geopolíticos derivados de la injerencia del Kremlin en su espacio de información*”⁸⁰.

De manera casi premonitoria esta resolución señalaba como posible injerencia en los procesos electorales la distribución de información distorsionada sobre los candidatos y las campañas de desinformación en redes sociales. Es decir, se sabía que podía ocurrir y, sin embargo, no pudo evitarse ni la difusión de los bulos y *deepfakes* ni sus consecuencias.

El tercero de los aspectos que debemos resaltar es el hecho de que la interlocutora del audio *deepfake* fuera una periodista, lo cual resulta importante por varios motivos. El primero de ellos es que nos encontramos ante una persona que no es un personaje público y, a pesar de ello, se ve envuelta de manera involuntaria y forzada en un asunto de corrupción electoral, con el daño que ello puede suponer para su honor y su imagen a nivel tanto personal como profesional.

El segundo motivo es que, además, esta interlocutora es una persona que se dedica profesionalmente al periodismo, resultando muy difícil pensar que esta elección haya sido azarosa, sino que más bien parece una opción premeditada que busca no solo desacreditar al candidato, quien por su dedicación a la cosa pública debe soportar un volumen mayor de injerencias sobre su honor y propia imagen, y sembrar las dudas sobre la legitimidad del proceso electoral, sino también poner en entredicho a la periodista en particular y al periodismo en su conjunto⁸¹.

Debemos en este punto recordar el lugar clave que otorga el TEDH a la prensa en los sistemas democráticos, protegiendo su papel en la formación de la opinión pública mediante la publicación de información sobre asuntos de interés público veraz y contrastada, obligando a las autoridades públicas y otras esferas de poder a rendir cuentas y señalando la corrupción y el abuso de poder⁸². Al involucrar a una periodista en una conspiración para cometer fraude electoral, se está atacando también el papel

⁸⁰ Resolución P9_TA(2023)0219 del Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2023, sobre las injerencias extranjeras en todos los procesos democráticos de la Unión Europea, en particular la desinformación (2022/2075(INI)), Considerando T.

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

de la prensa como vigilante público⁸³, sembrando la duda sobre su imparcialidad y su imprescindible papel en la formación de la opinión pública.

5 Conclusiones

Las herramientas de inteligencia artificial suponen una revolución tecnológica sin precedentes. Estamos ante el mayor progreso tecnológico de nuestro tiempo, equiparable o incluso de mayor relevancia que lo que supuso en su día la máquina de vapor o la electricidad⁸⁴, una revolución con efectos transversales en todas las áreas del conocimiento y de la ciencia y que nos sitúa en un nuevo escenario tecnológico, productivo y social⁸⁵.

Sin embargo, resulta extremadamente importante evaluar y prever los riesgos a los que puede someternos la IA, pues estamos ante tecnologías disruptivas que, usadas maliciosamente, tienen la potencialidad de causar daños de consecuencias catastróficas, poniendo en jaque a la democracia y hasta a la propia humanidad.

A lo largo de este trabajo se han explorado algunos de los usos de la inteligencia artificial que ya se han manifestado como amenazas reales para la libre formación de la opinión pública y, por ende, para el sistema electoral y democrático, que se asienta en el presupuesto de que la población acude a votar tras haber formado su opinión de manera libre y en base a información veraz y de calidad⁸⁶.

En el caso de la microsegmentación, nos encontramos en primer lugar con un problema en materia de protección de datos personales, dado que a menudo este tipo de prácticas adolece de falta de permisos en la recogida o tratamiento de los datos. Interesa aclarar que en el seno de la Unión Europea es un aspecto que ya se está regulando, sin que por el momento podamos sacar conclusiones sobre la efectividad de dicha regulación.

Por un lado, el Reglamento general de protección de datos⁸⁷, si bien no regula específicamente la microsegmentación, sí la limita a través de las restricciones generales en la recogida y tratamiento de los datos y en el establecimiento de ciertos principios en el tratamiento de los datos⁸⁸.

⁸³ Entre otros, asunto Pedersen and Baadsgaard c. Denmark STEDH de 17 de diciembre 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.

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

⁸⁷ REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, en adelante, RGPD).

⁸⁸ El artículo 5 RGPD establece los principios en el tratamiento de los datos que pueden resumirse en: (a) los datos personales serán tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»); (b) los datos personales solo podrán ser recogidos para propósitos especificados de antemano y no podrán usarse para ningún otro propósito («limitación de la finalidad»); (c) no deben recogerse más datos que los necesarios para la finalidad del tratamiento («minimización de datos»); (d) debe asegurarse que los datos sean exactos («exactitud»); (e) los datos personales no serán almacenados más tiempo del necesario («limitación del plazo de conservación»); (f) los datos personales deben estar protegidos («integridad y confidencialidad»).

Sí regula de manera específica la segmentación en materia electoral el reciente Reglamento sobre transparencia y segmentación en publicidad política⁸⁹, cuyo considerando 6 advierte de que la microsegmentación y otras técnicas avanzadas de tratamiento de los datos “pueden plantear graves amenazas para intereses públicos legítimos como la equidad, la igualdad de oportunidades y la transparencia en los procesos electorales y los derechos fundamentales de libertad de expresión, privacidad y protección de los datos personales, así como de igualdad y no discriminación y el derecho fundamental a ser informado de manera objetiva, transparente y plural”.

Este reglamento permite la segmentación siempre que se cumplan tres requisitos: 1) que el interesado haya proporcionado los datos personales al responsable del tratamiento; 2) que el interesado haya dado, por separado, su consentimiento expreso al tratamiento de los datos personales a efectos de publicidad política, y 3) que dichas técnicas no impliquen la «elaboración de perfiles»⁹⁰.

Por último, el Reglamento de inteligencia artificial⁹¹ prohíbe expresamente en su artículo 5.1.a) bajo pena de sanción de hasta 35 millones de euros (a concretar por los Estados miembros) “la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de un sistema de IA que se sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona o de técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona o un colectivo de personas, mermando de manera apreciable su capacidad para tomar una decisión informada y haciendo que adopten una decisión que de otro modo no habrían tomado, de un modo que provoque, o sea razonablemente probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona, a otra persona o a un colectivo de personas”, lo que parece que deja fuera de la legalidad el marketing cognitivo.

Además, se califican como de “alto riesgo” los sistemas de IA que elaboren perfiles de personas físicas y los sistemas de IA destinados a ser utilizados para influir en el resultado de una elección o referéndum o en el comportamiento electoral de personas físicas que ejerzan su derecho de voto en elecciones o referendos.

Sin duda, toda esta reciente regulación está orientada a limitar los riesgos de los usos ilícitos de las herramientas de inteligencia artificial y es mucho más de lo que se ha hecho en otros entornos legislativos, pero habrá que ver si es suficiente o si los intereses en los resultados que pueden obtenerse infringiendo la normativa compensan el riesgo.

Por otro lado, los sistemas y herramientas de inteligencia artificial pueden ser utilizados para llevar a cabo campañas de desinformación masiva que, aunque no estén centradas de manera directa en el ámbito electoral, sí afectarán a la formación de la opinión pública. Ya sea partiendo de contenidos fabricados por humanos o

⁸⁹ REGLAMENTO (UE) 2024/900 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de marzo de 2024 sobre transparencia y segmentación en la publicidad política.

⁹⁰ Artículo 18 del Reglamento sobre transparencia y segmentación en la publicidad política.

⁹¹ REGLAMENTO (UE) 2024/1689 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los reglamentos (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de inteligencia artificial).

fabricados por máquinas, la inteligencia artificial facilita la difusión absolutamente viral del contenido apoyada por cuentas automatizadas que pueden incluso contestar comentarios de manera indistinguible a como lo haría un humano y adaptando el contenido del mensaje en la medida necesaria para causar efecto en la persona destinataria.

Esta facilidad en la difusión se ve favorecida por un escenario en el que los medios de comunicación han perdido su papel como intermediarios de la información, siendo sustituidos por las redes sociales, donde circula todo tipo de información publicada por infinidad de fuentes, también por los propios medios de comunicación, lo que dificulta al ciudadano de a pie separar la información de calidad de la mera desinformación.

A ello se suma el hecho de que no se trata solo de que el número de informadores haya crecido exponencialmente, mezclándose medios de comunicación con *pseudo-medios*, *influencers* y opinadores en general, ni siquiera de que la labor de contrastación sea mejor, peor o directamente inexistente, es que, además, las herramientas de *deep learning* permiten fabricar las pruebas audiovisuales que se necesitan para apoyar la información que se quiere difundir, como ocurrió en el caso eslovaco.

La solución que ofrece el Reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea para este asunto pasa por aumentar la transparencia, obligando a los proveedores que generen contenido sintético de audio, imagen, vídeo o texto a marcar la información de salida del sistema de IA en un formato legible por máquina para que sea posible detectar que ha sido generada o manipulada de manera artificial⁹².

Es decir, se trata de incorporar como metadatos o mediante datos cifrados en una capa invisible al ojo humano la información de que se trata de contenido generado por una IA. Pero ¿esto va a impedir que el contenido se replique como veraz por cientos o miles de personas? Ciertamente no, pero será posible probar que es falso, al menos hasta que alguien con los conocimientos necesarios elimine la marca de agua.

No obstante todo lo anterior, resulta importante tener en cuenta que, con todo lo disruptiva que es la inteligencia artificial en el momento actual, se encuentra en los albores de su existencia; lo que nos espera supera con creces lo que hemos visto hasta el momento. Así, desde la doctrina científica se han señalado tres grandes etapas o tipos de inteligencia artificial que representan distintos niveles de autonomía y habilidad en las máquinas⁹³:

Inteligencia artificial estrecha (ANI, por sus siglas en inglés): se refiere a sistemas de IA diseñados y entrenados para realizar tareas específicas y limitadas. Estas inteligencias no poseen conciencia, comprensión o verdaderas capacidades cognitivas humanas. Operan dentro de un conjunto restringido de

⁹² Artículo 50, apartado 2 del REGLAMENTO (UE) 2024/1689 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los reglamentos (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de inteligencia 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.

parámetros y no pueden generalizar su aprendizaje a dominios fuera de su programación original.

Inteligencia artificial general (AGI, por sus siglas en inglés): describe una IA capaz de entender, aprender y aplicar su inteligencia para resolver cualquier problema de forma similar a como lo haría un ser humano. Una AGI tendría habilidades cognitivas generales, permitiéndole transferir conocimientos y habilidades entre diferentes dominios y tareas. Hasta la fecha, la mayoría de la literatura científica coincide en que la AGI no ha sido lograda, aunque con cierto debate⁹⁴.

Inteligencia artificial superinteligente (ASI, por sus siglas en inglés): se refiere a una hipotética IA que supera la inteligencia humana en todos los aspectos: creatividad, sabiduría, resolución de problemas y habilidades sociales, entre otros. La ASI no solo podría realizar todas las tareas intelectuales que un ser humano puede hacer, sino que lo haría de manera más eficiente y efectiva. Este nivel de inteligencia artificial plantea importantes consideraciones éticas y de seguridad, ya que su comportamiento y decisiones podrían estar más allá de la comprensión humana.

Sin duda, las posibilidades son prácticamente infinitas y el desarrollo de esta tecnología tiene el potencial de resolver los grandes problemas de la humanidad, desde el cambio climático a la escasez de recursos. Cuando se desarrolle la superinteligencia artificial estaremos en condiciones de resolver cualquier problema que se nos plantee; la cuestión es que una tecnología así de potente puede resultar peligrosa incluso aunque se la utilice para un objetivo inocuo o incluso beneficioso *a priori* para la humanidad y el planeta.

Sobre ello teorizó el filósofo Nick Bostrom, empleando la hipótesis de una IA cuyo objetivo sea maximizar la producción de clips. En el desarrollo de su tarea, esta IA iría mejorando los procesos de producción, pero podría suceder que, buscando fabricar cada vez más y más clips, comenzase a transformar toda la materia de la Tierra y después porciones cada vez más grandes del espacio en plantas de producción de clips⁹⁵.

De igual manera, utilizar un sistema de IA para conseguir un objetivo en principio legítimo como, por ejemplo, diseñar o mejorar una campaña electoral o mejorar la opinión de un candidato/a en las encuestas, podría fácilmente derivar en una máquina que, en busca de cumplir su objetivo, no dudara en utilizar todos los medios a su disposición para lograrlo.

Esto podría implicar no solo la elaboración de perfiles y diseño de propaganda electoral ultrapersonalizada, sino también la fabricación de cualquier contenido que

⁹⁴ A este respecto, resulta interesante el análisis de Sébastien Bubeck y otros sobre la nueva versión de la aplicación Chat GPT, que les lleva a afirmar que GPT-4 muestra destellos de inteligencia artificial general en sus capacidades mentales fundamentales (como el razonamiento, la creatividad y la deducción), la variedad de temas en los que ha adquirido experiencia (como la literatura, la medicina y la programación) y la diversidad de tareas que es capaz de realizar (por ejemplo, jugar, usar herramientas, explicarse a sí mismo...). BUBECK, S. y otros, *Sparks of Artificial General Intelligence. Early experiments with GPT-4*. Arxiv, 2023, <https://doi.org/10.48550/arXiv.2303.12712>.

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

fuera necesario para apoyar el argumentario o destruir a los oponentes, la desinformación sobre el propio proceso electoral para lograr la abstención involuntaria de ciertos sectores de la población o, incluso, la modificación de antecedentes penales, expedientes académicos o historiales médicos, todo cuanto fuera necesario para lograr su objetivo⁹⁶.

El principal abordaje a este problema pasa actualmente por la alineación (*alignment*, en inglés), tratar de alinear los intereses y objetivos de la IA con los intereses y objetivos de sus diseñadores en particular y con los de los seres humanos en general⁹⁷ y establecer los guardarrailes necesarios para evitar que el sistema de IA tome decisiones peligrosas o indeseables.

El problema es que, a medida que los sistemas de IA se hacen más potentes y la tecnología va evolucionando hacia la inteligencia artificial general y la superinteligencia artificial, más difícil resultará establecer de manera efectiva ese alineamiento, puesto que la máquina estará en condiciones de prever e inventar muchos más escenarios de los que puedan prever los seres humanos que la programen.

Se hace evidente que las herramientas con las que contamos no son suficientes para enfrentarnos a los retos que vienen. En un escenario político convulso como el que vivimos, con conflictos armados abiertos en múltiples puntos del planeta y con intereses políticos radicalmente enfrentados, la desinformación y, más concretamente, la desinformación haciendo uso de herramientas de inteligencia artificial, se configura como una clara amenaza para la libre formación de la opinión pública y, con ello, para el ejercicio libre del derecho de sufragio⁹⁸ y el procedimiento electoral en su conjunto, pudiendo suponer un golpe en la línea de flotación de los sistemas democráticos tal y como los conocemos.

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. 119151.

<https://doi.org/10.5944/rdp.109.2020.29056>.

⁹⁶ Más sobre la vulnerabilidad del mundo ante los avances de la IA en BOSTROM, N., "The Vulnerable World Hypothesis" *Global Policy*, vol. 10:4, 2019, pp. 455-476.

⁹⁷ Este problema fue formulado en 1960 por Norbert Wiener del siguiente modo: "Si utilizamos, para alcanzar nuestros objetivos, un medio mecánico en cuyo funcionamiento no podemos interferir de manera efectiva una vez que lo hemos iniciado, porque la acción es tan rápida e irrevocable que no tenemos los datos para intervenir antes de que la acción esté completa, entonces es mejor que estemos completamente seguros de que el propósito que hemos introducido en la máquina es el propósito que realmente deseamos y no simplemente una imitación colorida del mismo". 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.

⁹⁸ PAUNER CHULVI, P., 2018, *op. cit.*, p. 299: "La desinformación afecta directamente a los fundamentos de las sociedades democráticas que se construyen sobre la presunción de que sus ciudadanos toman decisiones informadas en el momento de acudir a votar".

- ALONSO BETANZOS, A., “La inteligencia artificial y la prospectiva”, *Revista Atlántica de Economía*, vol. 6, n.º 1, 2023.
- ANDERSON, B. y 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. y 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. y 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 octubre de 2024).
- BOSTROM, N., “The Vulnerable World Hypothesis”, *Global Policy*, vol. 10:4, 2019, pp. 455-476.
- BUBECK, S. y otros, *Sparks of Artificial General Intelligence. Early experiments with GPT-4*. Arxiv, 2023, <https://doi.org/10.48550/arXiv.2303.12712>
- 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*, EDERSA Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.
- DE NADAL, L. y 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 octubre de 2023 [consulta 15 de octubre 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: sobreexposados 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 octubre 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>

Regap



ESTUDIOS

- 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. y LÓPEZ GARCÍA, X., “El uso del clicbait 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. y 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. y 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/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).
- ISAAK, J. y 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. y GOMES-FRANCO E SILVA, F., “Visibilidad de la información en redes sociales: los algoritmos de Facebook y su influencia en elclickbait”, *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, septiembre. <https://doi.org/10.4995/aniav.2022.17309>
- LEVI, S., *#FakeYou: Fake news y desinformación*, Rayo Verde Editorial, 2020.
- LINARES RODRÍGUEZ, V. y 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. y 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), 2024, 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. y 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 y Tecnología del Congreso de los Diputados (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. y 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 septiembre de 2023, actualizado 6 de marzo de 2024. [Consulta 15 de octubre 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 octubre de 2023 [consultado el 15 de octubre 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. y 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).
- 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 (La supuesta grabación de la llamada entre el presidente del PS y la periodista de Denník N muestra, según los expertos, múltiples signos de manipulación). AFP FACTY. 28 de septiembre de 2023 [consulta 15 de octubre 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](https://doi.org/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. y 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_julio-diciembre 2024 | pp. 337-356
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v68i1.5280>
©Daniele Marongiu
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 29/01/2024 | Aceptado: 27/03/2025

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

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

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

68 Regap

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.

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 situacio-

nes 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.

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.

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. Bibliografía.

1 "El derecho de emergencia" como parte del derecho administrativo

El derecho administrativo es una disciplina dinámica que, al igual que otros ámbitos jurídicos, evoluciona con el tiempo. Incluso dentro de un marco relativamente estable, puede dar lugar a la progresiva aparición de nuevas subdisciplinas, en respuesta a la evolución de la sociedad y sus transformaciones, marcadas por nuevas sensibilidades, necesidades, visiones del mundo y contrastes sociales¹.

Dentro del derecho administrativo, hay numerosos ejemplos significativos de estos cambios y evolución, como el surgimiento del derecho ambiental en la segunda mitad del siglo XX. Hace cien, o incluso solo cincuenta años, no se consideraba un ámbito jurídico, ya que no existía una sensibilidad social generalizada que justificase su estatus como área de derecho². El derecho de las telecomunicaciones ha exper-

¹ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR J.L., *Una introducción a la idea de modernización administrativa*, en *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*, en *Osgoode CLPE Research Paper*, 2011, 16, 3; STEWART R.B., *Administrative law in the twenty-first century*, en *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*, en *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*

imentado una evolución similar: también surgió en la segunda mitad del siglo XX tras el desarrollo general de los medios de comunicación de masas y las tecnologías de la información y comunicación (TIC)³.

Por otra parte, el siglo XXI se caracteriza por el desarrollo de nuevas ramas dentro del derecho administrativo, así como por la creciente relevancia de subdisciplinas que, si bien ya existían, ahora adquieren una notable relevancia⁴. Una de ellas, que desempeña hoy un papel destacado en el escenario internacional, podría denominarse “el derecho administrativo para las emergencias”⁵.

El derecho de emergencia es una subcategoría del derecho administrativo que abarca un conjunto de normas e instituciones jurídicas para la regulación y gestión de situaciones imprevistas, caracterizadas por la imprevisibilidad y la urgencia, que se apartan de acontecimientos que entran dentro de lo previsible⁶.

Dada su vinculación esencial con las funciones nucleares del gobierno, este ámbito representa un componente primario del derecho administrativo, y no meramente accesorio. Toda entidad gubernamental, ya sea estatal, autonómica o local, tiene como obligación primordial la gestión de las emergencias y la restauración de la normalidad ante hechos imprevistos y disruptivos⁷.

Un ejemplo es la administración medioambiental, cuya función principal podría considerarse la gestión de situaciones de emergencia, más que de las cotidianas⁸.

Por lo tanto, podría darse la paradoja según la cual el “derecho de emergencia”, pese a su carácter excepcional respecto de las normas ordinarias, se aplique con mayor frecuencia que estas últimas. Incluso cabría afirmar que, en la gestión administrativa, “la emergencia es la normalidad”⁹.

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.

- 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*, en *The American Journal of Comparative Law*, 2006, suppl_1, 733; CIVITARESE MATTEUCCI S., TORCHIA L., *La tecnificazione dell'amministrazione*, in ID., *La tecnificazione*, 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?* en *Federalismi.it*, 2019, 16, 2.; BOTTARI M., *Procedimento amministrativo: evoluzione digitale e suoi sviluppi nell'era dell'Intelligenza artificiale*, en *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”: Paradoxis del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, 4.
- ⁵ LÓPEZ OLVERA M.A., *Garantías en los estados de emergencia*, en *Foro*, 2010, 13, 77.; TIAN G., *Administrative Law Regulation of Social Risk-Focus on Improving the Emergency Response Law*, en *Science of Law Journal* 2022, 2, 67; FIORITTO A., *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2008; CAVALLO 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*, en *Nuove Autonomie*, 2022, 2, 552.
- ⁸ Ver el concepto de “Smart environment” in SANTIAGO IGLESIAS D., «Smart cities», *aproximación un fenómeno en auge*, EN 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.

Regap



ESTUDIOS

En todo caso, el derecho de emergencia se caracteriza por su capacidad para incidir en múltiples ámbitos de la actuación administrativa, estableciendo con frecuencia regímenes excepcionales y derogaciones respecto del orden normativo ordinario. Entre los sectores particularmente afectados por estas disposiciones excepcionales, se encuentran los relativos a la gestión financiera, la utilización de recursos públicos y la gestión del medio ambiente¹⁰.

Otro objetivo de nuestro análisis es explorar el derecho de emergencia desde una perspectiva específica: la gestión de la información. En particular, se examinará el impacto de situaciones de crisis sobre la regulación de la información en redes sociales y en internet, con especial atención a los marcos normativos más recientes adoptados dentro de la UE que delimitan el papel del Estado.

2 La desinformación en situaciones de emergencia: un problema de antes y de ahora

Al abordar la cuestión de cómo regular la información en situaciones de emergencia, partiremos de una primera consideración. El concepto de “emergencia” es intrínsecamente amplio. Los acontecimientos que pueden calificarse como emergencias son diversos, heterogéneos, con características muy distintas entre sí¹¹.

En primer lugar, los eventos clasificados como emergencias pueden diferenciarse entre sí en función de su voluntariedad. Las emergencias pueden categorizarse como desastres naturales, independientes de la intervención humana, o desastres directamente atribuibles a la acción humana. Además, existen emergencias “híbridas”, como las inundaciones, que están influenciadas por factores tanto naturales como antropogénicos.

Las emergencias también pueden diferir considerablemente en su relación con el tiempo: en ocasiones pueden ser acontecimientos inmediatos que transforman una situación en cuestión de minutos, como la erupción de un volcán; en otros casos, puede tratarse de procesos muy lentos que se desarrollan a lo largo de décadas, como el cambio climático.

El espacio es otro factor que puede variar significativamente en situaciones de emergencia. Algunas pueden tener un alcance global, como en el caso de una pandemia¹², que llega hasta las islas más remotas, pero en otros casos se limitan a un área

¹⁰ DUGATO M., *I golden powers tra espansione ed atipicità*, en *Munus*, 2023, 1, V; PASSAGLIA P., *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, en *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*, en *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.*, en *Amministrativamente*, 2010, 6.

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

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

reducida, sin afectar a los que se encuentran fuera de esta zona, como una guerra civil¹³.

No obstante, a pesar de esta heterogeneidad, siempre existe un elemento común que une a todas las situaciones de emergencia: la desinformación, que se propaga rápidamente a través de internet y las redes sociales¹⁴.

De hecho, en todos los tipos de emergencia descritos, la información sigue flujos incontrolables, en los que se pueden mezclar la verdad y la falsedad, dificultando (o imposibilitando) su distinción. En este marco, dominado por la incertidumbre, los debates se polarizan, y se genera un bucle de informaciones falsas y discursos de odio que escapan fácilmente a todo control¹⁵.

Dicho de otra manera, se puede afirmar que cada emergencia no solo presenta un fenómeno primario de crisis material, sino que también da lugar a una erupción paralela de una ‘cámara magmática conceptual’, compuesta por informaciones distorsionadas, opiniones disfrazadas de hechos, falsedades, exageraciones, noticias falsas y polarizaciones.

Es importante señalar que este fenómeno no es nuevo, ni pertenece necesariamente a la era de las redes sociales: también ha aparecido durante las grandes crisis y emergencias en épocas antes de internet.

Hay ejemplos que incluyen la desinformación y teorías de la conspiración que surgieron en torno a momentos claves de la historia, y que en su día se consideraban emergencias de un enorme impacto, como el asesinato de John F. Kennedy en 1963, que dio lugar a innumerables teorías conspirativas que han sido objeto de numerosos estudios. Otro ejemplo son las noticias falsas que surgieron en torno a los atentados terroristas del 11-S (2001), que demostraron cómo se propaga la desinformación debido a la incertidumbre y fragilidad de las fuentes informativas ante una tragedia inesperada¹⁶.

Esta tendencia de la humanidad a crear y propagar teorías conspirativas en relación con acontecimientos disruptivos, imprevistos e inesperados ha sido ampliamente estudiada por los expertos¹⁷.

Podrían citarse muchos otros ejemplos de fenómenos de emergencia que dan lugar a la desinformación o, al menos, a la incertidumbre informativa. De hecho, se podría decir que, históricamente, casi todo acontecimiento de emergencia ha dado lugar a noticias falsas.

Al menos tres acontecimientos recientes confirman esta afirmación y han mostrado el aumento del riesgo de “desinformación de emergencia”: la pandemia de

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*, en *Ius in itinere*, 2022.

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 sociosanitaria*, en *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.

2020¹⁸, la guerra en Ucrania¹⁹ y la crisis entre Israel y Gaza²⁰. Son casos muy distintos, sobre todo el primero, pero comparten el denominador común de la dificultad para gestionar correctamente la información.

La pandemia de 2020 reviste también especial relevancia, porque generó una “desinformación científica” específica, vinculada a cuestiones médicas y diferenciada de la desinformación más “política” que suele surgir en contextos de guerra y conflicto. Como es sabido, este acontecimiento significativo dio origen al neologismo “infodemia”. El término fue introducido por primera vez por la Organización Mundial de la Salud, que lo definió del siguiente modo: “Una infodemia es un exceso de información, incluida información falsa o engañosa, en entornos digitales y físicos durante un brote epidémico. Da lugar a confusión y comportamientos de riesgo que pueden perjudicar la salud. Además, genera desconfianza en las autoridades sanitarias y socava las acciones de la salud pública”²¹.

Los ejemplos citados, desde el asesinato de Kennedy a la pandemia de la COVID-19, y la guerra en Gaza, muestran que la conexión entre emergencia y desinformación es una constante en la historia. Dichos acontecimientos, de distinta naturaleza y pertenecientes a períodos diversos, ponen de relieve el carácter persistente de esta relación²².

Estos ejemplos abarcan desde los tiempos previos a internet y las redes sociales hasta la era actual de la información *online* y las redes sociales.

Desde esta perspectiva, se observan dos aspectos. Por un lado, la desinformación en tiempos de crisis no es un fenómeno nuevo, pues es anterior a internet. Por otro lado, resulta evidente que internet, y en particular las redes sociales, han agravado significativamente esta cuestión²³.

Numerosos estudios han abordado este asunto, centrándose en fenómenos que alimentan la desinformación en las redes sociales, como la cámara de eco, el filtro burbuja²⁴, y el efecto Dunning-Kruger, en el cual los individuos sobreestiman su nivel de conocimiento, y la desinformación procedente de fuentes inexpertas se mezcla con la de los expertos, especialmente en ámbitos científicos²⁵.

Por lo tanto, es evidente que, aunque las redes sociales son una herramienta beneficiosa (al permitir una mayor diversificación informativa en comparación con la televisión), conllevan el grave “efecto colateral” de convertirse, con la misma

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*, en *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*, en *Ispionline.it*, 2023; AA. VV., *La crisi in Israele riaccende l'industria delle fake news*, in *Wired*, 2023.

²¹ Ver <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*, en *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*, en *researchgate.net*, 2019; BIANCA M., *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, en *Media Laws*, 2019, 2, 5.

²⁵ DUGANN B., *Dunning-Kruger effect*, en *Britannica.com*, 2024.

facilidad con la que permiten una comunicación universal sin filtros, en un verdadero “detonante” de informaciones falsas durante una crisis. En consecuencia, el fenómeno preexistente de las noticias falsas se ve amplificado de manera considerable en las crisis de nuestra era.

3 El derecho administrativo y el control de la desinformación en situaciones de emergencia

El “terremoto de desinformación” que generan los eventos disruptivos no solo constituye un fenómeno social; también conlleva importantes implicaciones jurídicas.

De hecho, se podría argumentar que desde una perspectiva administrativa, la gestión de la información y la desinformación es parte integrante de la gestión de emergencias por los poderes públicos.

Las administraciones públicas tienen que estar preparadas para gestionar las emergencias desde un punto de vista material, pero además deben contener el flujo incontrolado de desinformación, garantizando así una salida lo más ordenada posible de las crisis²⁶.

En la era actual de la administración electrónica y una sociedad plenamente desarrollada de la comunicación y la información, es evidente que esta función está incluida en las obligaciones vinculadas al principio de buena administración, tal y como lo garantizan las constituciones estatales y las normas europeas²⁷.

No obstante, hay que aplicar el análisis al plano operativo y práctico, y así plantear la manera en que el poder público pueda cumplir con esta función material y jurídicamente. Es decir, es necesario comprender cuáles son las herramientas operativas e instituciones jurídicas para intervenir en los flujos de información relacionados con situaciones de emergencia²⁸.

Como veremos a continuación, si bien en el pasado existía un vacío normativo en este campo, hoy contamos con una estructura bien definida para estas cuestiones, y que constituye una innovación fundamental en el paradigma de la regulación administrativa tanto a nivel nacional como supranacional.

En concreto, el Reglamento (UE) 2022/2065 de Servicios Digitales ahora incluye una disposición que establece obligaciones especiales para las redes sociales durante las crisis.

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*, en *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*, en *Agenda Digitale*, 2022.

²⁸ OMAR S., VAN BELLE J.P., *Disaster Misinformation Management: Strategies for Mitigating the Effects of Fake News on Emergency Response*, en 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*, en *ForumPA*, 2020.

Para comprender plenamente dicha disposición específica, primero habría que entender el contexto más amplio del Reglamento de Servicios Digitales y el nuevo paradigma que esta introduce²⁹.

La noción de que las redes sociales constituyen un fenómeno que debe ser regulado, y que junto con sus beneficios presentan también excesos que han de ser contenidos y controlados, se ha hecho más evidente en la última década³⁰.

La comunicación social ha sido objeto de amplios estudios tanto desde una perspectiva social como jurídica, poniendo de manifiesto los efectos distorsionadores de fenómenos como el discurso de odio y la desinformación³¹.

Los resultados de estos estudios han demostrado que estos “factores contaminantes” de la información se alimentan de dinámicas degenerativas de la comunicación en línea³² que, aunque no eliminan los aspectos “sanos” de la vida social en la red, sí coexisten con ellos y comprometen su naturaleza pacífica. Ejemplos de este fenómeno incluyen alguno de los efectos negativos ya mencionados, tales como las cámaras de eco, el filtro burbuja³³, el “efecto cascada³⁴” y la presencia generalizada del efecto Dunning-Kruger³⁵.

Al abordar esta cuestión desde un punto de vista jurídico, resulta evidente que los Estados Unidos y la Unión Europea han adoptado enfoques muy distintos, representando dos paradigmas opuestos en la regulación de los medios de comunicación, internet y las redes sociales.

Como es bien sabido, el ordenamiento jurídico estadounidense aplica al problema de la desinformación una filosofía basada en “un mercado libre de ideas”, un principio consagrado en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos³⁶. Esta filosofía sostiene que el sistema de información debe autorregularse, sin necesidad de intervención gubernamental. Esta convicción tiene una profunda raigambre en los Estados Unidos, especialmente consolidada en la era de internet y de las redes sociales, y ha conducido a una política de no intervención³⁷.

Cuestionar este enfoque es un fenómeno relativamente reciente en los Estados Unidos. En concreto, la red social TikTok ha puesto a prueba este paradigma jurídico,

²⁹ TURILLIZZI A., TADDEO M., FLORIDI L., CASOLARI F., *The digital services act: an analysis of its ethical, legal, and social implications*, en *Law Innovation and Technology*, 2023, 1; CATALETA A., LASAVIO A., *Digital Services Act e riforma del panorama digitale: la stretta sulle big tech*, en *Cybersecurity360*, 2023.

³⁰ DUNN P. *Piattaforme digitali e moderazione dei contenuti d'odio: nodi giuridici e pratici*, in *Media Laws*, 2021; MANETTI M., *Regolare Internet*, en *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*, en *Physica A*, 2022, 15; AA. VV., *I social media migliorano la democrazia?*, en *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*, en *Medical Facts*, 2020.

³⁶ GRANDE E., *I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura*, en *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?*, en *Media Laws*, 2017, 1, 93.

al ser considerada por algunos sectores políticos estadounidenses una fuente de desinformación y una plataforma opaca, sin criterios de gestión claro³⁸. Sin embargo, este debate aún no ha derivado en una intervención gubernamental significativa en la regulación de las redes sociales, lo que sugiere que el principio del “mercado libre de ideas” sigue siendo predominante, privilegiando la diversidad de fuentes informativas frente al control estatal³⁹.

Este enfoque estadounidense es radicalmente opuesto al de la Unión Europea, caracterizado por una postura más intervencionista en cuanto a la regulación de las redes sociales⁴⁰.

El modelo europeo se caracteriza por la intervención activa del poder público, en la que los Estados europeos, los magistrados, las autoridades administrativas y la Comisión Europea pueden intervenir para frenar los efectos distorsionadores de las redes sociales⁴¹.

No obstante, este intervencionismo se contrarresta mediante garantías y cautelas, dada la naturaleza especialmente sensible de la gestión de la información. Concretamente, los gobiernos europeos y la Comisión Europea deben actuar para no menoscabar la libertad de expresión o incurrir en prácticas de censura, puesto que este equilibrio constituye un elemento central en el enfoque europeo del derecho de internet.

En aras de este difícil equilibrio, históricamente, la intervención europea en las dinámicas de comunicación en internet se ha desarrollado en dos fases, que representan dos paradigmas de enfoques de la autoridad pública respecto a la regulación de las redes sociales dentro de la Unión Europea.

La primera fase tuvo lugar en la segunda mitad de la década de 2010 y se caracterizó por un enfoque “horizontal”, basado principalmente en el *soft law*. En cambio, la segunda fase se está desarrollando en la década de 2020 y se distingue por una orientación más “vertical”, basada en la adopción de normas que imponen obligaciones jurídicas a las redes sociales⁴².

Esta primera fase “horizontal” se centraba en fomentar la autorregulación de las plataformas digitales, más que en la imposición de obligaciones legales⁴³. Una de las herramientas más usadas en este sentido consistía en convocar mesas de trabajo en condiciones de igualdad, donde los representantes de las plataformas web pudieran debatir, evaluar buenas prácticas y establecer códigos de autorregulación.

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*, en *Agenda Digitale*, 2023; BORGABELLO M., *Ue e Usa uniti contro TikTok: in ballo non solo la privacy ma la manipolazione sociale*, en *Agenda Digitale*, 2022.

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

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

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

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

⁴³ CANTERO MARTÍNEZ J., *La incidencia de la técnica y de las transformaciones sociales en el derecho administrativo; el recurso la denominada “autorregulación regulada”*, en 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?*, en *Irpa.eu*, 2021.

En esta fase, las autoridades de comunicación de cada Estado europeo (en el caso de Italia, la AGCOM) desempeñaron un papel fundamental, asumiendo la función de “árbitros imparciales” en esta gestión horizontal del problema⁴⁴.

En Italia, el ejemplo más significativo de este modelo de gestión tuvo lugar el 6 de noviembre de 2017, cuando la Autoridad Italiana para las Telecomunicaciones constituyó una “Mesa de Trabajo para la garantía del pluralismo y la veracidad de la información en las plataformas digitales”. Este foro facilitó el diálogo entre los representantes de las principales plataformas en línea, con el fin de compartir buenas prácticas y desarrollar medidas de autorregulación⁴⁵.

La mesa de trabajo, operando bajo un modelo de gestión “horizontal”, llevó a cabo una labor inicial de reconocimiento, publicando documentación sobre el estado actual de la desinformación social. Posteriormente, elaboró códigos autónomos, especialmente con ocasión de las elecciones políticas italianas de 2018 y las elecciones europeas de 2019⁴⁶.

Por tanto, durante la primera fase, el control de las noticias falsas estaba vinculado principalmente a la gestión de eventos políticos y electorales, más que a situaciones de emergencia. Sin embargo, se trató de un avance significativo, ya que constituyó el primer intento de atribuir responsabilidad a las redes sociales y a las plataformas digitales en la gestión de la desinformación difundida a través de sus espacios⁴⁷.

Paralelamente, a nivel europeo, la Comisión Europea instó a los gestores de las plataformas digitales a identificar mecanismos de autorregulación, favoreciendo así un enfoque de gobernanza “horizontal” en lugar de una intervención unilateral. Esto dio lugar a la creación del “Código de buenas prácticas de la UE en materia de desinformación”, en el que las redes sociales se comprometieron de manera voluntaria a implementar medidas de moderación y control de contenidos para combatir la difusión de noticias falsas⁴⁸.

En particular, dicho documento establece que: “Los signatarios pertinentes se comprometen a invertir en productos, tecnologías y programas [...] que ayuden a las personas a tomar decisiones informadas cuando se encuentren con noticias en línea que puedan ser falsas, incluyendo el apoyo a los esfuerzos para desarrollar e implementar indicadores eficaces de fiabilidad en colaboración con el ecosistema informativo”⁴⁹.

Estos documentos representan tan solo una pequeña parte de una extensa documentación que refleja un enfoque que carecía de instrumentos regulatorios estrictos para las redes sociales, optando en su lugar por la autorresponsabilidad.

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

⁴⁵ Ver la página web oficial de la AGCOM: <https://www.agcom.it/comunicazione/comunicati-stampa/comunicato-stampa-16-novembre-2017>

⁴⁶ Ver los documentos en la página web de la AGCOM: <https://www.agcom.it/tavolo-pluralismo-e-piattaforme-online>

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

⁴⁸ Ver la página web oficial: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/protecting-democracy/strengthened-eu-code-practice-disinformation_en

⁴⁹ Ver el documento en la página web: https://eaca.eu/wp-content/uploads/2022/02/final_eu_code_of_practice_on_disinformation_D338C8F1-A97F-2907-656993A02EFA92BA_54454-1.pdf

Aunque, de manera indiscutible, se trataba de un enfoque *soft*, la mesa de trabajo marcó el comienzo de una fase de concienciación, situando a las redes sociales ante la necesidad de reconocer su poder y, en consecuencia, de asumir cierta responsabilidad en su ejercicio.

No obstante, dicho enfoque horizontal también evidenció algunas limitaciones⁵⁰, y los resultados no siempre han sido buenos⁵¹, como han puesto de manifiesto dos acontecimientos en los últimos años en los que las redes sociales se vieron sometidas a una prueba crítica respecto de su capacidad para moderar los flujos de contenido, circunstancias caracterizadas por su carácter imprevisible, a diferencia de los eventos de índole política para los cuales se habían concebido inicialmente los códigos de autorregulación de las plataformas digitales. En concreto, surgieron situaciones de emergencia imprevistas que generaron crisis de una magnitud superior a las previstas en etapas anteriores. Se trata de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia de 2020⁵² y, posteriormente, la guerra en Ucrania que empezó con la invasión rusa en 2022⁵³.

En ambos casos, numerosos estudios y observadores detectaron un incremento significativo en los fenómenos de desinformación, que experimentaron una verdadera “detonación”. En el primer caso, como ya se ha indicado, la Organización Mundial de la Salud empleó el término “infodemia”⁵⁴ para describir la circulación descontrolada de información inexacta o engañosa.

Ante estas evidentes pruebas de resistencia, se constató que las redes sociales no eran capaces de contener, de manera autónoma, la propagación de la desinformación. Los mecanismos de gobernanza horizontal y de *soft law* se revelaron ineficaces o, en el mejor de los casos, extremadamente débiles en un contexto de propagación acelerada de contenidos falsos⁵⁵.

Como consecuencia de estas experiencias insatisfactorias, a comienzos de la década de 2020, se produjo una transición hacia una nueva fase regulatoria europea centrada en el control de las redes sociales, caracterizada por un enfoque más “vertical” o descendente, como muestra el Reglamento (UE) n.º 2065/2022 de Servicios Digitales⁵⁶.

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*, en *Federalismi.it*, 2020, 11, 280.

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

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

⁵⁴ *Cambridge Dictionary* define “infodemic” como “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*, en *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?*, en *Federalismi.it*, 2024, 2, 45; MURONE F.G., *Il Digital Service Act e il contrasto ai contenuti illeciti online*, en *Ius In Itinere*, 2021.

Este reglamento impone obligaciones jurídicas reales a las redes sociales, abordando de manera sistemática cuestiones relativas a la responsabilidad y la transparencia⁵⁷.

La mayoría de las obligaciones previstas en el Reglamento de Servicios Digitales afectan específicamente a las denominadas “plataformas en línea muy grandes”, definidas como aquellas redes sociales y servicios web que cuentan con al menos 45 millones de usuarios activos mensuales. En la actualidad, existen 17 plataformas en Europa que cumplen con esta condición y que por lo tanto están sujetas a este reglamento⁵⁸.

4 Una nueva norma para una cuestión específica: cómo gestionar la desinformación en las redes sociales durante una emergencia

De especial relevancia es el hecho de que, dentro del amplio objetivo de mejorar la transparencia y la responsabilidad de las redes sociales, el Reglamento de Servicios Digitales incluye una disposición muy innovadora. Su artículo 36 constituye una auténtica novedad dentro del marco regulador general en comparación con otras disposiciones, abordando de manera específica la gestión de las redes sociales en situaciones de crisis, como las emergencias⁵⁹.

“Cuando se produzca una crisis, la Comisión, previa recomendación de la Junta, podrá adoptar una decisión por la que se exija a uno o varios prestadores de plataformas en línea muy grandes o de motores de búsqueda en línea muy grandes que adopten una o varias de las siguientes medidas: a) evaluar si el funcionamiento y el uso de sus servicios contribuyen o es probable que contribuyan de forma significativa a una amenaza grave contemplada en el apartado 2 y, en caso afirmativo, en qué medida y de qué manera; b) determinar y aplicar medidas específicas, eficaces y proporcionadas, como cualquiera de las previstas en el artículo 35, apartado 1, o en el artículo 48, apartado 2, para prevenir, eliminar o limitar cualquier contribución de este tipo a la amenaza grave detectada con arreglo a la letra a) del presente apartado; c) informar a la Comisión, en una fecha determinada o a intervalos periódicos especificados en la decisión, de las evaluaciones a las que se refiere la letra a), el contenido exacto, la aplicación y el impacto cualitativo y cuantitativo de las medidas específicas adoptadas con arreglo a la letra b), así como de cualquier otra cuestión relacionada con dichas evaluaciones o medidas, tal como se especifique en la decisión”⁶⁰.

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

⁵⁸ Ver la página web oficial: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2413

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

⁶⁰ El texto oficial se puede consultar en https://www.eu-digital-services-act.com/Digital_Services_Act_Article_36.html

Es una norma que pasó por un largo proceso de desarrollo que duró unos dos años. Redactada en varias fases entre 2020 y 2022, refleja e incorpora las crisis más significativas en el escenario internacional durante ese período⁶¹.

En el primer borrador, esta disposición fue concebida principalmente en el contexto de la pandemia de 2020, con el objetivo de abordar la “infodemia”, es decir, la difusión generalizada de desinformación, particularmente en temas pseudocientíficos, que acompañó a la crisis sanitaria⁶².

No obstante, el texto definitivo refleja en gran medida el hecho de que, durante el desarrollo del acto legislativo, tuvieron lugar nuevos acontecimientos globales que también generaron crisis de desinformación. El más relevante es el conflicto entre Rusia y Ucrania, que estalló en marzo de 2022⁶³.

Por lo tanto, la norma ha consolidado su objetivo de contrarrestar la desinformación, trazando un paralelo con el mundo físico, donde construimos barreras para protegerlos de los riesgos naturales como las inundaciones y las erupciones volcánicas.

El análisis detallado del artículo 36 del Reglamento de Servicios Digitales revela dos preguntas pendientes: una definición precisa de “crisis”, y las medidas que deben adoptar las redes sociales para gestionar la situación⁶⁴.

Existen razones legales por las cuales estos aspectos permanecen indefinidos en el reglamento, especialmente en lo referente a las medidas que se deberían adoptar. Esto está relacionado con la necesidad del legislador de equilibrar la imposición de obligaciones a las redes sociales y evitar una interferencia excesiva con la libertad de la información⁶⁵.

Sin embargo, un análisis más detallado revela que en realidad no existe tal vacío legal, ya que las respuestas se encuentran en otra parte del reglamento, concretamente en la cláusula 91 de las consideraciones previas, que proporciona la información necesaria para la interpretación del artículo 36 del Reglamento de Servicios Digitales⁶⁶.

Esta cláusula proporciona las claves para identificar las crisis que requieren la aplicación del artículo 36. “En tiempos de crisis puede ser necesario que los prestadores de plataformas en línea muy grandes adopten con urgencia determinadas medidas específicas”. A continuación, explica lo siguiente:

“A este respecto, debe considerarse que se produce una crisis cuando se producen circunstancias extraordinarias que pueden dar lugar a una amenaza grave para la seguridad pública o la salud pública en la Unión o en partes significativas de la

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

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

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

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

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

⁶⁶ BIRRITTIERI 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.

Unión. Estas crisis podrían derivarse de conflictos armados o actos de terrorismo, incluidos los conflictos o actos de terrorismo emergentes, las catástrofes naturales como terremotos y huracanes, así como las pandemias y otras amenazas transfronterizas graves para la salud pública”.

Por lo tanto, las condiciones de crisis que determinan la posibilidad de solicitar medidas especiales a las redes sociales son diversas e incluyen emergencias tales como conflictos y terrorismo o desastres naturales como terremotos y pandemias⁶⁷.

Así, parece que el artículo 36 del Reglamento de Servicios Digitales requiere principalmente que los responsables de las redes sociales verifiquen cómo podrían contribuir activamente a la agravación de conflictos mediante discursos de odio descontrolados o a la propagación de noticias falsas durante una crisis o pandemia⁶⁸.

Incluso la segunda cuestión, aparentemente no resuelta por el artículo 36, es decir, las medidas que deberían adoptar las redes sociales, es aclarada en la cláusula 91 de las consideraciones previas.

“Las medidas que dichos prestadores pueden determinar y considerar aplicar pueden incluir, por ejemplo, la adaptación de los procesos de moderación de contenidos y el aumento de los recursos dedicados a la moderación de contenidos, la adaptación de las condiciones generales, los sistemas algorítmicos pertinentes y los sistemas publicitarios, la intensificación de la cooperación con los alertadores fiables, la adopción de medidas de concienciación y la promoción de información fiable y la adaptación del diseño de sus interfaces en línea”.

Por lo tanto, es posible observar que el reglamento incluye varios elementos claves: el enfoque en la moderación de contenidos, la asignación de mayores recursos para este fin y la orientación hacia fuentes fiables.

Una forma de lograr esto es que las redes sociales modifiquen sus algoritmos para priorizar las noticias provenientes de fuentes institucionales sobre las noticias de fuentes no controladas⁶⁹.

Sin embargo, hay que señalar que la Comisión Europea (en este caso la autoridad pública) no estipula medidas obligatorias que deben aplicar las plataformas digitales para conseguir el objetivo deseado. Por el contrario, deja plena libertad de acción sobre las estrategias para contener las condiciones de crisis a través del control de la desinformación⁷⁰.

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*, en SOCIETIES, 2024, 4; DALAYLI F., *Disinformation in Times of Disaster and Crisis*, en *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*, en *Cybersecurity360*, 2022.

⁶⁹ BUCCA R. SABATINI M., *Digital services act, la Ue a una svolta: cosa cambia per utenti, aziende e big tech*, en *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?*, en *Media Laws*, 2024.

La libertad otorgada a las redes sociales para decidir las medidas a adoptar se ve equilibrada por una obligación de transparencia, ya que se les exige informar *ex post* sobre las actividades realizadas y las medidas implementadas⁷¹.

En este sentido, la cláusula 91 del Reglamento de Servicios Digitales se limita a proporcionar ejemplos de posibles acciones, como se ha indicado anteriormente. Esencialmente, el reglamento urge a los gestores de las grandes plataformas digitales a evaluar su papel en el agravamiento de la crisis y, cuando sea necesario, a informar sobre sus acciones: “Verificar si han influido en el agravamiento de la crisis y, en caso afirmativo, adoptar medidas de manera independiente e informar al final cómo actuaron”⁷².

Es importante señalar que esto es probablemente el alcance máximo al que puede llegar una disposición legal. Cualquier intervención más directa o perentoria podría considerarse una interferencia legislativa excesiva y una violación de la libertad de información.

En este sentido, el reglamento europeo tuvo que encontrar un equilibrio, responsabilizando a las redes sociales pero, al mismo tiempo, otorgándoles libertad de acción y evitando interferencias indebidas en sus decisiones de gestión⁷³.

No obstante, a pesar del aparente equilibrio, esta disposición ha generado una considerable oposición y controversia.

Regap



ESTUDIOS

5 Las dudas y críticas dirigidas a la disposición

La disposición del Reglamento de Servicios Digitales objeto de nuestro análisis ha generado numerosas controversias y ha suscitado críticas, especialmente por parte de observadores externos que consideran que podría llevar a fenómenos de censura en las redes sociales.

Una de estas voces críticas es la Organización Europea de Derechos Digitales (EDRI, por sus siglas en inglés), una red de organizaciones no gubernamentales cuya misión es proteger los derechos humanos en internet. El 12 de abril de 2022, las organizaciones que forman esta red firmaron un documento que, si bien valora algunos aspectos del artículo 36 del Reglamento de Servicios Digitales, también expresa fuertes críticas, alegando que:

“El mecanismo propuesto otorga un poder excesivamente amplio a la Comisión Europea para declarar unilateralmente un estado de emergencia a nivel de toda la Unión Europea. Esto permitiría imponer amplias restricciones a la libertad de expresión y al libre acceso y difusión de información en la Unión”⁷⁴.

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*, en *Dirittifondamentali.it*, 2023, 3, 136.

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

⁷⁴ Se puede consultar el documento completo en <https://www.article19.org/resources/eu-digital-services-act-crisis-response-must-respect-human-rights/>

Asimismo, afirma que:

“Las decisiones que afectan a la libertad de expresión y al acceso a la información, en particular en tiempos de crisis, no pueden legítimamente ser adoptadas únicamente a través del poder ejecutivo (...) la definición de crisis (actualmente amplia, incluyendo pandemias, terrorismo o “conflictos emergentes”) debe respetar los principios de claridad y especificidad, y no debería facultar a la Comisión para mantener medidas de crisis durante años”.

Además, el documento recomienda que “El mecanismo propuesto debe limitar la duración de las medidas adoptadas para paliar las crisis”, y cuestiona “si la Comisión es el órgano adecuado para realizar tal evaluación de manera unilateral, especialmente en tiempos políticamente sensibles y bajo una fuerte presión política de los Estados miembros”.

Por el contrario, también es posible que se produzca el problema opuesto, en el que el poder público se vuelva excesivamente dependiente de las redes sociales para la moderación de contenidos, trasladando así el poder desde la esfera pública hacia entidades privadas⁷⁵.

Dicho de otra manera, el Reglamento de Servicios Digitales reconoce formalmente el papel significativo que desempeñan las plataformas sociales en la gestión de los flujos de información. En este sentido, no solo legitima dicho poder, sino que también impone a las plataformas la obligación de ejercerlo de manera responsable y transparente.

Sin embargo, esta situación podría considerarse una “solución forzada” dentro del marco de los principios y normas del derecho europeo. El poder público no podría actuar de otro modo que no fuera invistiendo a las redes sociales de la responsabilidad de gestionar la información, imponiéndoles además la obligación de rendir cuentas posteriormente. De hecho, una intervención más directa por parte del poder público sería más invasiva y potencialmente lesiva para la libertad de expresión, como ocurriría si las autoridades gubernamentales dictaran criterios directos a las plataformas para la moderación y el filtrado de contenidos.

En conclusión, la situación general se puede resumir de la siguiente manera: el problema de la desinformación durante las situaciones de emergencia se ve agravado por el incremento de las noticias falsas y los discursos de odio. Aunque las autoridades públicas no pueden intervenir directamente para controlar estos fenómenos sin vulnerar el marco legal, la acción legislativa a nivel de la Unión Europea ha desplazado la responsabilidad hacia las grandes plataformas digitales, que ahora están obligadas a gestionar la crisis de manera transparente y con rendición de cuentas.

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

6 Bibliografía

- 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.
- BIRRIERTIERI 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.
- BORGABELLO M., *Digital Service Act, obblighi di trasparenza e legal design: come adeguarsi*, in *Agenda Digitale*, 2024.
- BORGABELLO, 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.
- 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.

regap



ESTUDIOS

- 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

Comentarios y crónicas

2



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 68_julio-diciembre 2024 | pp. 359-368
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 Derecho Administrativo
Universidad 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.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el seno del proyecto "La europeización de las sanciones administrativas: la incidencia del derecho europeo en el concepto de sanción, en sus garantías y en su función (PID2020-115714GB-I00)", financiado por la Agencia Estatal de Investigación. El autor forma parte de los grupos de investigación UCM "931089 Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa" y "970825 Globalización y Derecho Administrativo Global".

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

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 Planteamiento. 2 Libertad religiosa y sufrimiento animal: los sacrificios de animales según los rituales halal y kosher. 3 Prohibición de los símbolos religiosos en las escuelas. 4 Prohibición del burkini en instalaciones municipales. 5 Reflexión final.

1 Planteamiento

En esta crónica doy noticia de una sentencia y una decisión de inadmisión en las que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora como buenas las restricciones a la libertad religiosa, dando preferencia a intereses generales como el bienestar animal (Sentencia *Executief van de Moslims van België y Otros c. Bélgica*, de 13 de febrero de 2024), en relación con los sacrificios rituales de animales y la neutralidad de la educación (*Mikyas y Otros c. Bélgica*, de 16 de mayo de 2024). Además, comento la Decisión de inadmisión *Missaoui y Akhandaf c. Bélgica*, de 24 de septiembre de 2024, relativa a la prohibición del burkini en las piscinas municipales de Amberes, en la que el TEDH la inadmite al no haberse agotado la vía interna, ya que las demandantes no la impugnaron en casación siguiendo la opinión de un letrado del tribunal competente.

2 Libertad religiosa y sufrimiento animal: los sacrificios de animales según los rituales halal y kosher

En la sentencia recaída en el caso *Executief van de Moslims van België y Otros c. Bélgica*, de 13 de febrero de 2024, los demandantes son ciudadanos belgas, algunos musulmanes, otros judíos; y organizaciones no gubernamentales que representan a comunidades musulmanas turcas y marroquíes presentes en Bélgica.

La Ley belga de protección y bienestar animal de 14 de agosto de 1986 dispone que, excepto en casos de fuerza mayor o necesidad, los animales vertebrados, antes de su sacrificio, deben ser anestesiados o aturdidos. Esta exigencia no es aplicable, sin embargo, a los sacrificios prescritos por un rito religioso.

En 2014, el bienestar animal, que hasta el momento había sido una competencia federal, se descentralizó en las Regiones. Las Regiones flamenca y valona aprobarían sendos reglamentos eliminando la excepción que permitía el sacrificio animal sin aturdimiento. Por el contrario, la Región de Bruselas-Capital la mantuvo.

Algunos de los demandantes solicitaron una revisión judicial de los decretos de Flandes y de Valonia ante el TC. El máximo intérprete de la Constitución en Bélgica planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) la cuestión prejudicial

de si el sacrificio sin aturdimiento era compatible con el derecho de la Unión Europea a la luz de la libertad de religión que consagra la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El TJUE respondió indicando que el derecho de la Unión no se opone a que la legislación de un Estado miembro exija en el contexto de un sacrificio ritual un procedimiento de aturdimiento reversible que no conduzca a la muerte del animal. En consecuencia, el TC rechazó la revisión de los decretos.

Los demandantes acuden ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, también “el Tribunal”, “TEDH” o “Estrasburgo” en referencia a la ciudad francesa en la que se halla) alegando que la prohibición del sacrificio ritual de animales sin un previo aturdimiento que contemplan los decretos aplicables en los dos territorios supone una violación de su libertad religiosa. Razonan que sería difícil, aunque no imposible, para los creyentes judíos y musulmanes sacrificar animales de conformidad con los preceptos de sus religiones u obtener carne de dichos animales. Alegan una vulneración del artículo 9 en relación con el 14 CEDH.

El TEDH arranca indicando que ha habido una interferencia en la libertad religiosa de los demandantes. Dicha interferencia está prevista en la ley, en sentido material, en concreto en los decretos de Flandes y Valonia. Este tribunal observa que la interferencia perseguía la finalidad legítima de la protección del bienestar animal.

A continuación, el TEDH ofrecerá una argumentación muy valiosa desde la perspectiva de la evolución en el reconocimiento de los derechos de los animales, de tal manera que reconocerá que el Convenio no solo protege a las personas, sino también el medio ambiente en el que desarrollan sus vidas, lo que incluye los animales, cuyo bienestar forma parte de lo que actualmente podríamos definir como moral pública. En efecto, el TEDH sostiene que *la protección de la moral pública, a la que se refiere el artículo 9 del Convenio no solo protegerá la dignidad humana en la esfera de las relaciones interpersonales. El Convenio no es indiferente al entorno, el medio ambiente, en el que viven las personas, al que preserva y, en concreto, a los animales, cuya protección ya ha sido considerada por el TEDH, en sentencias anteriores referidas a los límites de la caza o la garantía de los derechos de las asociaciones animalistas. Por ello, el Convenio no puede interpretarse de tal manera que suponga una total y absoluta garantía de los derechos y libertades que contempla sin tener en consideración el sufrimiento animal.*

El TEDH subraya que el concepto de moral es evolutivo, por lo que no observa razón para contradecir al TJUE y al TC, que han dicho que la protección del bienestar animal es un valor ético al que las sociedades democráticas contemporáneas le otorgan una importancia creciente.

El TEDH lo tendrá en cuenta al examinar la legitimidad de la medida con una restricción en la libertad de manifestar la religión. En consecuencia, el TEDH considera que la protección del bienestar animal puede vincularse al concepto de moral pública, que constituye una finalidad legítima en el sentido del artículo 9 del Convenio.

El TEDH expone que, en circunstancias como las acontecidas en este caso, que se refieren a las relaciones entre el Estado y las religiones, no hay un consenso claro en el seno de los Estados miembros. Sin embargo, se da una evolución gradual a favor de una mayor protección del bienestar animal, por lo que debe dotarse a las autoridades

Regap



COMENTARIOS

nacionales de un margen de apreciación que no deberá ser estrecho. A este respecto, la calidad del control parlamentario y judicial de la necesidad de la medida llevado a cabo por el nivel nacional es de particular importancia, especialmente al determinar la aplicación del margen de apreciación relevante.

En relación con la calidad del control parlamentario, los decretos se han adoptado tras una amplia consulta a los representantes de varios grupos religiosos, veterinarios y asociaciones de protección de los animales, y que se han realizado esfuerzos considerables durante un largo periodo de tiempo por parte de los legisladores federal, flamenco y valón de turno con la finalidad de reconciliar los objetivos relativos al bienestar animal y el respeto de la libertad religiosa de la manera más efectiva posible. Los legisladores regionales han realizado una ponderación de los derechos e intereses en un proceso adecuado de análisis normativo. Parece que los dos entes regionales, en sus decisiones, han razonado expresamente a la luz de las exigencias de la libertad religiosa y han examinado el impacto de la medida en esa libertad. El TEDH observa que se ha dado un profundo análisis de proporcionalidad.

En relación con el control judicial de la interferencia, el TEDH verifica que las autoridades internas han examinado la medida de conformidad con el Convenio. El TJUE ha dicho que la imposición de un mecanismo de aturdimiento no letal es un método compatible con el artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En segundo lugar, que el TC ha sostenido la constitucionalidad de los dos decretos en base a una argumentación que, a modo de ver del TEDH, cumple con las exigencias del artículo 9 CEDH.

El TEDH constata que ambos decretos se basan en el consenso científico de que el aturdimiento previo es el medio óptimo de reducción del sufrimiento animal en el momento del sacrificio. No ve razones serias para poner en cuestión esta consideración.

En relación con la alegación de los demandantes de que sería difícil, cuando no imposible, obtener carne de conformidad con las creencias religiosas, el TEDH observa que los gobiernos de Flandes y Valonia no prohíben el consumo de carne de otras regiones, como la de Bruselas, o países en los que el aturdimiento previo a la muerte del animal no es una exigencia legal. Los demandantes no han probado que sea difícil el acceso a dicho alimento.

Por todo ello, el TEDH razona que las autoridades regionales no han excedido su margen de apreciación. Han adoptado una medida que, en principio, está justificada y es proporcionada a la finalidad perseguida: la protección del bienestar animal como un aspecto de la moral pública. Por ello, concluye que no ha habido una violación del artículo 9 CEDH.

En relación con las alegaciones de discriminación, el TEDH dice que el sacrificio ritual de animales se realiza en contextos diferentes a los de los pescadores y cazadores; que la normativa regional les permite alternativas en el proceso de aturdimiento y que no se contemplan diferencias entre los demandantes judíos y musulmanes

por el mero hecho de que los preceptos de ambas comunidades religiosas sean de diferente naturaleza².

3 Prohibición de los símbolos religiosos en las escuelas

La vestimenta es, sin duda, una cuestión importante en el contexto de religiones como la católica, la islámica, la judía, la budista o el sijismo, y no está exenta de conflictos cuando las autoridades limitan su en base a intereses generales que se entiende que deben prevalecer. Por lo regular, estas religiones consideran el recato y la austeridad como una virtud moral, de tal manera que establecerán ciertos códigos concretos y específicos, más o menos rigurosos. Los viernes es habitual ver a hombres musulmanes transitando por las calles del madrileño barrio de Lavapiés con túnicas representativas de las diferentes variantes de la fe islámica. Tampoco será extraño coincidir con varones judíos con la pequeña gorra ritual, denominada kipá, los sábados en los alrededores de las sinagogas. Los Estados en los que la laicidad es un principio constitucional fundamental fijan restricciones a las manifestaciones religiosas, especialmente en establecimientos públicos, con la finalidad de defender la neutralidad y evitar situaciones de posible presión religiosa. Hasta hace bien poco, por ejemplo, la barba no estaba permitida en el Ejército de Turquía, ya que se asocia con una muestra de adscripción a la religión islámica.

No obstante, podrá distinguirse entre los espacios públicos, donde de base primará el principio *pro libertate* y, efectivamente, los establecimientos públicos, como los hospitales o los centros de enseñanza. Así, el TEDH ha dicho en la sentencia de la Gran Sala recaída en el caso *Ahmet Arswlan c. Turquía*, de 23 de febrero de 2010, que portar una prenda expresiva de una religión por la calle no implica una alteración real del orden público, posición diferente a la que adopta en el caso de los centros de enseñanza o de trabajo. Sin embargo, en la sentencia también de la Gran Sala S.A.S. c. *Francia*, de 1 de julio de 2014, el TEDH da por buena la ley francesa por la que se prohíbe ir por la calle con la cara tapada, motivada claramente con la intención de prohibir el burka.

La Decisión de inadmisión recaída en el caso *Mikyás y Otros c. Bélgica*, de 16 de mayo de 2024, se refiere nuevamente al velo islámico³. Las demandantes se quejan de la prohibición de llevar el velo islámico en la escuela, establecida en la Región de Flandes.

En Bélgica, la competencia en materia de educación, igual que sucede con la competencia en materia de bienestar animal, como hemos visto en el caso anterior, está descentralizada en las Regiones en base al artículo 127 de la Constitución. Las tres demandantes son ciudadanas belgas nacidas entre 2001 y 2004 y viven en el

² El profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer tempranamente se ocupó de este tema específico en su trabajo (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 Hay sentencias emblemáticas al respecto, como la dictada en el caso *Leyla Sahin c. Turquía*, de 29 de junio de 2004.

municipio de Maasmechelen. Son musulmanas y dicen que llevan el velo islámico de conformidad con sus creencias religiosas.

En el momento en el que se produjeron los hechos, eran alumnas de escuelas que pertenecían al grupo escolar 14 del municipio, que formaba parte del sistema de educación oficial gestionado por la Comunidad Flamenca. Según el anuario estadístico del curso 2002-2003, el sistema de educación flamenco de dicha categoría afectaba al 17% de la población escolar de la educación primaria y al 22% de la educación secundaria.

En 2009 el consejo educativo de la Comunidad Flamenca decidió extender la prohibición de llevar símbolos religiosos a toda su red. La medida afectaba a todas las actividades escolares excepto a las clases de religión y a las de ética no normativa. Las escuelas a las que asistían las demandantes implementaron esta prohibición.

Cuando las demandantes se matricularon, los padres firmaron la normativa escolar que contenía esta prohibición.

En 2017 los padres de las demandantes, en su capacidad como representantes legales, denunciaron al consejo educativo alegando una violación de la libertad religiosa de sus hijas. El tribunal de primera instancia de Tongeren resolvió que la prohibición era incompatible con el artículo 9 del Convenio. Sin embargo, el tribunal de apelación de Amberes anularía esa decisión al considerar que las alegaciones de las demandantes eran infundadas. En 2020 un letrado del tribunal de casación indicó a las demandantes que, si recurrían, tenían escasas perspectivas de éxito. Las demandantes decidirían, en consecuencia, no recurrir en casación.

Ante el TEDH las demandantes alegan que la prohibición en cuestión infringió sus derechos garantizados en los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 9 (libertad de pensamiento, conciencia y religión), 10 (libertad de expresión) y 2 del protocolo n.º 1 (derecho a la educación), tenido en consideración aislada y juntamente con el artículo 14 (prohibición de discriminación). También dicen que han sido discriminadas en el disfrute de estos derechos.

El TEDH lo admite en relación con el artículo 9 CEDH. No lo admite, sin embargo, en relación con el resto de los preceptos, ya que no fueron alegados en la vía interna.

El TEDH observa que, de conformidad con el artículo 24.1 de la Constitución, el sistema de educación pública debe ser neutral, lo que implica, en particular, el respeto a las convicciones filosóficas, ideológicas o religiosas de los padres y los alumnos.

Con la finalidad de cumplir con la exigencia constitucional, el consejo educativo decidió introducir una prohibición general de llevar símbolos religiosos visibles en sus establecimientos. El Tribunal Constitucional ha entendido que este concepto de neutralidad es compatible con el artículo 24.1.e) de la Constitución. Ofreció razones detalladas para justificar la decisión del consejo teniendo en cuenta el contexto del sistema educativo establecido en la Región Flamenca y los diferentes intereses concurrentes en base al artículo 9 del Convenio. Y es que ciertamente en una lectura conjunta de la totalidad del precepto podría sostenerse una interpretación en sentido diferente, más favorable al principio *pro libertate*, ya que, por ejemplo, contempla expresamente la asignatura de religión, lo que, siguiendo la lógica del TC, no encajaría

con la idea de la educación neutra, aunque se ofrezca meramente con carácter optativo. Valdrá la pena, por ello, reproducir el precepto en su totalidad. Ofrezco la versión en francés que publica el Senado belga en su 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.”

El TEDH, basándose en su jurisprudencia y al margen de la apreciación que poseen los Estados en la regulación de la simbología religiosa en los centros de educación públicos, constata que el concepto de neutralidad del sistema educativo de Flandes, considerado como la prohibición establecida a los alumnos de llevar a clase símbolos religiosos, no supone en sí mismo una vulneración del artículo 9 CEDH y los valores que garantiza.

A este respecto, observa que la prohibición contestada no se limita al velo islámico, sino a cualquier distinción y símbolo visible de las creencias de cada uno, como podría ser un crucifijo o una kipá.

Además, las demandantes han elegido libremente asistir a escuelas del sistema educativo flamenco y deben conocer que los órganos de gobierno competentes tienen

la obligación constitucional de asegurar el cumplimiento del principio de neutralidad en estas escuelas. Estas también fueron informadas por adelantado de las normas aplicables a las escuelas afectadas y han aceptado vincularse.

En la medida en que la prohibición tiene como finalidad la protección de los alumnos de cualquier forma de presión social o proselitismo, el TEDH reitera que es importante asegurar que, en el mantenimiento del principio de respeto del pluralismo y la libertad de los demás, la manifestación por parte de los alumnos de sus creencias religiosas en las instalaciones de la escuela no adquiera la naturaleza de un acto ostentoso. A este respecto, no ve razón para poner en cuestión las consideraciones del consejo educativo y del tribunal de apelación de Amberes en relación con incidentes acontecidos en algunas escuelas del sistema educativo de la Región.

Finalmente, el TEDH no es ajeno a la diferente situación en la que se encuentran los profesores y los alumnos. Mientras que los primeros son símbolos de autoridad, los últimos deben someterse a las restricciones en la expresión de sus creencias. El TEDH insistirá en que la prohibición de los símbolos religiosos entre el alumnado responde a la preocupación de prevenir cualquier forma de exclusión o presión mientras que se respeta el pluralismo y las libertades de los demás.

El Estado dispone de un margen de apreciación para contemplar un sistema educativo en el que los alumnos no lleven símbolos religiosos. El TEDH enfatiza que el pluralismo y la democracia se basan en el diálogo y en el espíritu de compromiso, lo que necesariamente implica cesiones individuales justificadas con la finalidad de mantener y promover las ideas y valores de una sociedad democrática. La restricción impugnada puede considerarse proporcionada a la finalidad legítima perseguida, que consiste en la protección de los derechos y libertades de los demás y el orden público y, por tanto, necesaria en una sociedad democrática. Por todo ello, el TEDH inadmite la demanda.

4 Prohibición del burkini en instalaciones municipales

En el caso *Mikyas y Otros c. Bélgica*, de 16 de mayo de 2024, como he tratado de exponer, el TEDH reproduce la jurisprudencia consolidada en la que se da por buena la prohibición del velo islámico en los centros públicos de enseñanza en aras de la neutralidad. En el caso al que me voy a referir a continuación, en la Decisión de inadmisión *Missaoui y Akhandaf c. Bélgica*, de 24 de septiembre de 2024, el TEDH evita pronunciarse acerca de la prohibición del burkini, una indumentaria inducida igualmente por el entorno islámico, por un problema de carácter procesal, como desarrollaré a continuación. En esta ocasión, la prohibición no se da en un centro público de enseñanza, sino en una piscina municipal.

El burkini o burquini es un traje de baño femenino que cubre el cuerpo, excepto las manos, los pies y la cara, que en ocasiones recuerda al traje de neopreno⁴. Los

⁴ La palabra burkini, como intuirá el lector, conjuga la palabra burka y bikini.

responsables de la piscina municipal de Amberes impidieron el acceso a las demandantes, ya que portaban esta prenda, que está prohibida por un reglamento local.

Las demandantes acudieron ante el presidente del Tribunal de Primera Instancia de Amberes quejándose de la prohibición de llevar un traje de baño que cubre todo el cuerpo por razones religiosas, ya que, a su juicio, supone una discriminación por motivos religiosos. El tribunal rechazó la demanda. El tribunal de apelación desestimó el recurso que interpusieron considerando que la prohibición era proporcionada.

Las demandantes solicitaron la opinión de un letrado del tribunal de casación acerca de sus posibilidades de éxito si recurrían en esta vía. El abogado les dio una opinión negativa, si bien subrayó que algunos de los razonamientos del tribunal de apelación eran criticables. Ellas no interpusieron el recurso. Entonces acudieron ante el TEDH alegando una violación del artículo 9 CEDH en relación con el 14 CEDH.

El TEDH es consciente del importante papel que cumplen los letrados del tribunal de casación en su labor de filtraje de los asuntos. No obstante, recuerda que la opinión de un letrado no es una decisión judicial, por lo que no tiene su naturaleza ni fuerza, sino que se trata de un acto meramente orientativo. Por consiguiente, considera que el hecho de que el tribunal de casación diese una opinión negativa en cuanto a las posibilidades de éxito de las demandantes en esta sede no implica automáticamente que el recurso se desestimase.

En este caso, el TEDH dice que ni el letrado ni las demandantes en sus argumentos ante el TEDH se han basado en jurisprudencia interna ni en otros materiales relevantes que demuestren que dicho recurso estaba abocado al fracaso. En este sentido, el TEDH observa que el tribunal de casación no ha ofrecido todavía una decisión judicial acerca de la conformidad con el ordenamiento interno ni el Convenio de la prohibición del burkini en las piscinas públicas. A este respecto, resalta que el tribunal de casación es el más alto tribunal en la jerarquía judicial que tiene jurisdicción para establecer el derecho y, por consiguiente, sentar jurisprudencia para los casos futuros. El TEDH también comprueba que hay jurisprudencia menor divergente en el orden nacional belga.

En consecuencia, el TEDH considera que la mera opinión negativa de un letrado del tribunal de casación no constituye una razón para impedirles interponer el recurso de casación. Las demandantes no han empleado los recursos judiciales contemplados en el ordenamiento interno para la determinación de si ha habido una violación, por lo que inadmite por no agotamiento de la vía interna.

Por tanto, este caso se diferencia del contenido en la sentencia *Mikyas y Otros c. Bélgica*, de 16 de mayo de 2024, en la que, como he glosado, el TEDH sí admite a pesar de que tampoco se intentó la vía en casación por la opinión negativa de un letrado sobre un supuesto de hecho sobre el que sí habría jurisprudencia constitucional que ratificaba las pocas perspectivas de éxito en casación.

Regap



COMENTARIOS

5 Reflexión final

Las tres resoluciones que he glosado ofrecen ejemplos en los que claramente se observa que la libertad religiosa no es ilimitada, sino que deberá convivir con los intereses generales que expresamente se contemplan en el segundo párrafo del artículo 9 CEDH. Sin embargo, en las tres, se ha dado más importancia a la prevalencia de dichos intereses generales frente a la libertad, obviando el principio *pro libertate*. Da la impresión de que los poderes públicos internos han considerado que el ejercicio de la libertad en las tres situaciones acontecidas plantea problemas de orden público suficientemente cualificados para justificar su restricción, si bien esta solución no se generaliza en la totalidad del Estado, sino que, en base a la distribución de competencias entre entes territoriales y el consiguiente derecho a la autonomía, se da a nivel regional o local⁵.

⁵ Sobre estos y otros temas de libertad religiosa, me remito al libro de Lorenzo Martín-Retortillo Baquer (2011) *Estudios sobre libertad religiosa*. Madrid: Reus.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 68_julio-diciembre 2024 | pp. X369-409
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

Tributación dos excesos de adxudicación

Tributación de los excesos de adjudicación

Excess allocation taxation

68 Regap

Regap



COMENTARIOS

MARÍA DOLORES RIVERA FRADE

Presidenta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ 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 diferentes 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 distintas 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 EL ESTUDIO DE LA TRIBUTACIÓN DE LAS EXTINCIONES DE CONDOMINIO. III. CUESTIONES CONFLICTIVAS EN EL ITP. III.1. NORMATIVA. III.2 EXTINCIÓN COMPLETA DEL CONDOMINIO. III.2 A) Reglas generales. Teoría traslativa o teoría especificativa. III.2 B) ¿Cuándo se produce el exceso de adjudicación del artículo 7.2 B) TRLITPyAJD? III.2 C) Aplicación de la teoría especificativa a las comunidades voluntarias III.2 D) Extinción del condominio que recae sobre bienes indivisibles. III.2 E) Cuando la comunidad recae sobre varios bienes. ¿Una comunidad o varias comunidades? ¿Sistema de formación de lotes o adjudicación a uno con compensación a los demás comuneros? III.2 F) Extinción del condominio que recae sobre bienes divisibles. III.3 EXTINCIÓN PARCIAL DEL CONDOMINIO. III.3 A) Extinción parcial objetiva. III.3 B) Extinción parcial subjetiva. III.4 TRIBUTACIÓN DE LOS EXCESOS DE ADJUDICACIÓN. ITP, NO ISD. IV. CUESTIONES CONFLICTIVAS EN EL IAJD. IV.1 NORMATIVA. IV.2 SUPUESTOS OBJETO DE CONFLICTO.

1 Introducción-Contextualización

En Galicia, se han celebrado recientemente unas jornadas organizadas por la Administración tributaria gallega (Atriga) que han recibido el título de “*Actualización de criterios de actuación en el ámbito tributario autonómico gallego*”. En este ámbito de actuación es abundante la litigiosidad. En los últimos años, la Sala de Galicia ha experimentado un incremento de los recursos en los que se impugnan liquidaciones, o desestimaciones de solicitudes de rectificación, principalmente en sede del impuesto sobre sucesiones, aunque en los dos últimos años el incremento ha sido más acusado en los recursos contra liquidaciones practicadas por el impuesto sobre patrimonio. Esta litigiosidad no es exclusiva de la Sala de Galicia. Otras salas territoriales experimentan una progresión ascendente de este tipo de litigios.

Esta litigiosidad ha dado lugar a la creación de un cuerpo de doctrina judicial, a través de sentencias del Tribunal Supremo (TS) y de las propias salas, que de alguna manera justifica el objetivo que, creo, se ha pretendido alcanzar con la celebración de

las jornadas mencionadas: conocer estos criterios judiciales, debatir sobre ellos y, en su caso, adoptarlos como guía de actuación de la Administración tributaria gallega.

A modo de contextualización, y antes de entrar en el análisis de la cuestión que me corresponde tratar, diré que no son pocos los pronunciamientos judiciales que se han dictado en estos últimos años que inciden directamente en el ámbito de actuación de la Atriga. Me voy a centrar en sentencias del TS y, como prueba de ello, cito las siguientes, que se han pronunciado sobre:

- El cálculo del ajuar doméstico en el impuesto sobre sucesiones. STS 10/03/2020 (ECLI:ES:TS:2020:1619), y posteriores.
- El carácter iniciador del procedimiento, de las actuaciones administrativas desde que se solicita un dictamen de peritos para verificar el valor del bien. STS 1/03/2024 (ECLI:ES:TS:2024:1197).
- La posibilidad de revisar judicialmente el valor obtenido mediante la tasación pericial contradictoria. STS 23/01/2023 (ECLI:ES:TS:2023:157); la caducidad del procedimiento de comprobación de valores por superación del plazo de la TPC. STS 06/11/2023 (ECLI:ES:TS:2023:4586).
- La obligación de visitar los inmuebles objeto de valoración. STS 21/01/2021, STS 30/10/2023 (ECLI:ES:TS:2023:4490), entre otras.
- La aplicación del principio de buena administración en retrasos no atribuibles a la Atriga, sino al TEAR. STS 03/11/2023 (ECLI:ES:TS:2023:4724).
- La obligación de justificar el inicio del procedimiento de comprobación de valores. STS 23/01/2023 (ECLI:ES:TS:2023:184), STS 04/12/2024 (ECLI:ES:TS:2024:5943).
- La no posibilidad de liquidar por ITP el uso de las terrazas en la vía pública en actividad de restauración. STS 13/01/2025 (ECLI:ES:TS:2025:106) y posteriores.

Estos son algunos de los pronunciamientos que no han sido, precisamente, favorables a las administraciones tributarias autonómicas. Pero el TS no siempre ha rechazado determinadas prácticas o criterios de estas administraciones. En otras sentencias los avalan, como ha sido en los siguientes casos:

- El cómputo del plazo de caducidad en el caso de retroacción de actuaciones. STS 23/05/2018 (ECLI:ES:TS:2018:2533 y ECLI:ES:TS:2018:2053).
- El cómputo del plazo de prescripción en el ISD. El heredero fallece sin aceptar ni repudiar la herencia. STS 23/04/2024 (ECLI:ES:TS:2024:2437).

Regap



COMENTARIOS

- El momento en el que se deben cumplir los requisitos para aplicar la reducción del artículo 20.6 LISD. STS 13/11/2024 (ECLI:ES:TS:2024:5510).
- La exigencia a ambos cónyuges del requisito de edad del artículo 20.6 LISD. STS 19/09/2023 (ECLI:ES:TS:2023:3676 y ECLI:ES:TS:2023:3674).
- La desmembración de la titularidad dominical, no aplicación de bonificaciones introducidas con posterioridad al fallecimiento del causante. STS 16/02/2024 (ECLI:ES:TS:2024:890).

Esto es un acercamiento al panorama judicial ante el que nos encontramos. Dentro de este panorama también tienen cabida los pronunciamientos del TS sobre la tributación en las extinciones de condominio.

2 Notas que caracterizan el estudio de la tributación de las extinciones de condominio

comenzaré destacando tres notas que caracterizan el estudio de la tributación de las extinciones de condominio¹:

1. Supone la aplicación e interpretación de normativa civil, que es la que nos permite analizar la verdadera naturaleza jurídica de los actos y negocios jurídicos realizados, tras los cuales se exige el cumplimiento de una obligación tributaria.
2. No se centra en un solo tributo. La duda sobre la tributación de estos negocios jurídicos se extiende a varios impuestos (IRPF, ITP, AJD, IIVTNU, e incluso el IVA).
3. Los escenarios en los que se genera esta duda son muy variados: extinción de comunidades voluntarias, de comunidades hereditarias, de un solo condominio o comunidad, de varios condominios proindiviso, liquidación de una sociedad de gananciales, etc.

Desarrollemos un poco más cada uno de estos caracteres.

2.1 Aplicación e interpretación de normativa civil

La tributación de la disolución o extinción de las situaciones de condominio obliga a los órganos judiciales de la jurisdicción contencioso-administrativa a aplicar e interpretar normativa civil. La normativa tributaria es incompleta a la hora de regular aspectos esenciales de esta tributación, adoleciendo de importantes lagunas. Así lo

¹ Término equiparable al de disolución de condominio, extinción o disolución de situaciones de copropiedad, o división de cosa común. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Eduardo, en su obra *Régimen fiscal de la división de la cosa común en el IRPF*, Tirant lo Blanch, 2021, advierte de la identidad que el legislador civil viene a establecer entre estas categorías, considerando que con ello se confunden sus perfiles.

podemos comprobar, por ejemplo, en la LIRPF (Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas), que nada dice acerca de lo que se deba de entender como “*alteración en la composición del patrimonio*” (art. 33.2 LIRPF), pese a considerar el legislador que no existe alteración en supuestos que además se corresponden con categorías propias del derecho privado, como es la división de la cosa común, la disolución de la sociedad de gananciales, la extinción del régimen económico-matrimonial de participación, la disolución de comunidades de bienes o la separación de comuneros. Tampoco ayuda la normativa tributaria reguladora del ITP-AJD, pues el artículo 7.2 B) del Texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (TRLITPyAJD) no concreta cuáles son los *excesos de adjudicación declarados* sujetos a tributación², remitiéndose a normas del derecho civil para excluir de tributación la adjudicación de bienes adquiridos en concepto de legado, de bienes adquiridos en concepto de mejora, la transmisión por herencia de una explotación económica, o la división de cosa común adquirida por herencia con adjudicación a uno de los comuneros. Y otro aspecto en donde se echa de menos una regulación normativa es el de las extinciones parciales de condominio, lo cual ya ha sido advertido por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) en la Resolución de 21 de febrero de 2023 (BOE 63, de 15 de marzo de 2023) o en la posterior de 25/09/2023 (BOE 261, de 1 de noviembre de 2023): “*El Código Civil sólo regula en rigor la extinción total de la comunidad. El pretendido negocio de «extinción parcial» de comunidad, no aparece tipificado legalmente (...)*”.

En definitiva, al intérprete de la norma tributaria se le exige desarrollar una labor hermenéutica de la normativa civil. Se le exige, en clave civilista y mediante la interpretación de normas civiles, determinar la naturaleza jurídica de hechos, actos o negocios con trascendencia tributaria. Solo de esta manera podrá conocer o acercarse al verdadero significado de términos o expresiones que se emplean en la normativa tributaria, y conocer la naturaleza jurídica de los actos y negocios jurídicos tras los cuales se exige el cumplimiento de las obligaciones tributarias. La LGT así lo impone, al establecer en el artículo 13 que las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez. Esta regla de carácter general se traslada a leyes reguladoras de los diferentes impuestos, como es el caso del TRLITPyAJD³, cuyo artículo 2.1 establece que el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación

² No se pueden equiparar a los que, en palabras del TS en la sentencia de 28 de junio de 1999, denomina *excesos de adjudicación verdaderos*, esto es, a aquellos en que la compensación en metálico, en vez de funcionar como elemento equilibrador de la equivalencia y proporcionalidad que deben presidir toda división o partición de comunidad a costa del patrimonio del adjudicatario, sobrepasa en realidad su interés en la comunidad y viene a constituir, efectivamente, una adjudicación que lo supera en perjuicio del resto de los comuneros.

³ Real decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

que las partes le hayan dado, prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia.

Al tratar el tema de la disolución de las situaciones de condominio, es obligada la aplicación e interpretación de las normas del Código civil (CC) que rigen las comunidades de bienes (arts. 392-406), la partición de la herencia y sus efectos (art. 1051 y siguientes); o la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales (arts. 1392 y siguientes), entre otras. Sin que podamos perder de vista que en la interpretación de todas estas normas, civiles o tributarias, rigen las pautas o reglas de interpretación del artículo 3.1 CC, a las que se remite la LGT, cuyo artículo 12.2 y 3 establece que las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del CC; y que, en tanto no sean definidos por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda.

Si es difícil alcanzar soluciones uniformes en la interpretación de las normas tributarias que se remiten a la normativa civil, la complicación se incrementa si en esa labor hermenéutica concurren especialistas en distintas ramas del derecho –en este caso los tributaristas y los civilistas– y diferentes operadores jurídicos que ni siquiera se ponen de acuerdo en definir lo que es comunidad, o en cuándo estamos ante una comunidad o ante una pluralidad de comunidades, como sucede con la DGT y la DGRN⁴.

De todas las normas civiles sujetas a interpretación en el análisis de la tributación de la extinción de las comunidades de bienes, voy a destacar aquellas que nos proporcionan datos que permiten conocer la finalidad de estos negocios jurídicos. Están, por una parte, los artículos 400 y 401 CC, según los cuales ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad, cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común, y, si se tratare de un edificio cuyas características lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, la división podrá realizarse mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos. Y, por otra parte, está el artículo 1062 CC, según el cual, cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, pero bastará con que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga. Tras el contenido de estos preceptos, se esconde la verdadera finalidad que persigue el legislador al regular las extinciones de condominio, que no es otra que evitar una prolongación indefinida de una situación de indivisión, que ninguno de los comuneros está obligado a soportar, como ha tenido ocasión de señalar el TS en la sentencia de 28 de junio de 1999, o la DGT en la consulta V0198-20, de 28 de enero de 2020, entre otras; así como la DGRN en resoluciones de 11 de noviembre de 2011 y 4 de abril de 2016⁵; y más recientemente la DGSJFP en la

⁴ Antonio Botía y Ana Botía, notarios "Disolución del condominio y Fiscalidad" Admin, 20/02/2019 notariosregistradores.com, consideran que en caso de discrepancia debe prevalecer la opinión de la DGRN sobre la DGT, aunque a renglón seguido reconocen que la DGRN no se quiere manifestar claramente acerca de la naturaleza jurídica de la comunidad.

⁵ "Tradicionalmente nuestro Derecho ha mirado con disfavor las situaciones de comunidad o condominio, por ser antieconómicas, y constituir fuente de litigiosidad. Por ello, la ley facilita su extinción y permite, cuando se trate de bienes indivisibles, la adjudicación a

Resolución de 16 de diciembre de 2021 (BOE 312, de 29 de diciembre de 2021) y la de 21 de febrero de 2023 (BOE 63, de 15 de marzo de 2023), que matiza las anteriores⁶.

La idea o finalidad de no perpetuar esta situación de indivisión, para la que el legislador civil ha arbitrado fórmulas como la posibilidad de pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, es la que va a presidir las consideraciones que se hagan a lo largo de esta exposición, en cuanto sean favorables a excluir de tributación los actos o negocios jurídicos a través de los cuales se materialicen las extinciones de condominio, en sus distintas modalidades, con las excepciones que también se dirán, y con las matizaciones que también se harán.

2.2 Afectación de varios impuestos

Si decimos que la tributación de la disolución de las situaciones de condominio ha generado, y genera, numerosos conflictos, esta conflictividad afecta a varios impuestos, y principalmente al ITP, IAJD e IRPF.

El ITP y el IIVTNU están implicados, pues, para que puedan exigirse, es necesario saber si con la disolución de un condominio se produce o no una transmisión de bienes. Y aquí es donde entran en juego dos teorías enfrentadas: la teoría de la disolución como negocio jurídico de carácter traslativo o la que defiende la disolución como negocio jurídico de carácter declarativo o especificativo.

Sobre el IAJD, las controversias apuntan principalmente a la sujeción a este impuesto de la extinción de los condominios que no tributan por el ITP, y a la determinación de la base imponible, comprobando si se corresponde con el valor total del bien o bienes que formaban parte de la comunidad que se extingue, o con el valor del inmueble en la parte correspondiente al comunero cuya participación desaparece con motivo de la extinción.

Y el IRPF también está implicado, pues la respuesta de los tribunales no ha sido pacífica a la hora de interpretar el alcance de los supuestos regulados en el artículo 33.2 LIRPF (en sede de ganancias y pérdidas patrimoniales), en los que el legislador tributario entiende que no existe alteración en la composición del patrimonio; y sobre todo a la hora de interpretar el significado del último párrafo de este apartado, según el cual estos supuestos no podrán dar lugar, en ningún caso, a la actualización de los valores de los bienes o derechos recibidos.

uno a cambio de abonar a los otros el exceso en metálico, sin que por ello pueda considerarse que se trate de un acto de enajenación, sino meramente de un negocio de naturaleza especificativa con todas las consecuencias que ello lleva implícito (artículos 404 y 1062 del Código Civil)''.

⁶ *''Tradicionalmente nuestro Derecho ha mirado con disfavor las situaciones de comunidad o condominio, por ser antieconómicas (se dificulta la explotación de los bienes y se reduce su valor), y constituir fuente de litigiosidad (mater rixarum), aunque más propiamente podría afirmarse que este disfavor sólo tiene lugar cuando la situación de comunidad no es eficiente económicamente, pues hay supuestos de comunidades funcionales en que la explotación, uso o disfrute «en común» es más eficiente que si este se dividiese. Por ello, y dejando a salvo supuestos especiales, lo cierto es que la ley facilita su extinción y permite cuando se trate de bienes indivisibles la adjudicación a uno a cambio de abonar a los otros el exceso en metálico, sin que por ello pueda considerarse que se trate de un acto de enajenación, sino meramente de un negocio de naturaleza especificativa con todas las consecuencias que ello lleva implícito (cfr. artículos 404 y 1062 del Código Civil y las Resoluciones de 6 de abril de 1962, 2 de enero de 2004, 4 de abril de 2005 y 16 de diciembre de 2021, entre otras)''.*

2.3 Variedad de escenarios

Las dudas que surgen sobre la tributación de la disolución de los condominios no se pueden resolver de manera unívoca y en base a criterios generales, pues los escenarios y la casuística que se presentan son muy variados: extinción de comunidades voluntarias, de comunidades hereditarias, de un condominio, de varios condominios; liquidación de sociedad de gananciales, etc., a los que podemos añadir otros como la extinción de condominios en la que los copropietarios poseen participaciones distintas, o forman parte de ellos bienes indivisibles que se adquirieron en virtud de diferentes títulos, extinción de condominio que recae sobre edificios en régimen de propiedad horizontal, extinción de condominios en los que la compensación no es en metálico, o en que se escoge el sistema de formación de lotes y reparto entre comuneros; extinción parcial de condominios, objetiva, subjetiva, etc. Hay que atender a cada caso en particular. Y, a la pregunta de qué tratamiento fiscal recibe cada uno de estos escenarios, puedo adelantar que la respuesta va a ser diferente en función de si nos encontramos ante una extinción total, con un equilibrio de adjudicaciones y compensaciones, o ante una extinción parcial objetiva o de una extinción parcial subjetiva.

En definitiva, la unión de estas tres notas es lo que explica las dificultades con las que nos encontramos al analizar la tributación de las extinciones de condominio, dificultades que no son exclusivas de la vía judicial –cuando la controversia tributaria se judicializa–, sino que se extienden a las vías administrativa y económico-administrativa, y mucho antes, cuando la escritura de formalización de la extinción de condominio está sobre la mesa del notario, o cuando el asesor fiscal tiene que responder a la pregunta del cliente sobre la fiscalidad jurídica de un negocio de esta naturaleza.

3 Cuestiones conflictivas en el ITP

3.1 Normativa

- Real decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (TRLITPyAJD).
- Real decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del ITPyAJD (TRLITPyAJD).
- Código civil.

–El artículo 7.1 TRLITP-AJD establece que:

“Son transmisiones patrimoniales sujetas:

A) Las transmisiones onerosas por actos «inter vivos» de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas”.

- El artículo 7.2 establece que:

“Se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del impuesto:

B) Los excesos de adjudicación declarados, salvo los que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 821⁷, 829⁸, 1.056 (segundo)⁹ y 1.062 (primero)¹⁰ del Código Civil y Disposiciones de Derecho Foral, basadas en el mismo fundamento.

En las sucesiones por causa de muerte se liquidarán como transmisiones patrimoniales onerosas los excesos de adjudicación cuando el valor comprobado de lo adjudicado a uno de los herederos o legatarios exceda del 50 por 100 del valor que les correspondería en virtud de su título, salvo en el supuesto de que los valores declarados sean iguales o superiores a los que resultarían de la aplicación de las reglas del Impuesto sobre el Patrimonio”.

- El artículo 45.I.B) 3 declara exentas del impuesto:

“Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales”.

- Artículo 10 (base imponible):

“1. La base imponible está constituida por el valor del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda. Únicamente serán deducibles las cargas que disminuyan el valor de los bienes, pero no las deudas aunque estén garantizadas con prenda o hipoteca.

(...)

2. En el caso de los bienes inmuebles, su valor será el valor de referencia previsto en la normativa reguladora del catastro inmobiliario, a la fecha de devengo del impuesto.

⁷ Bienes adquiridos en concepto de legado.

⁸ Bienes adquiridos en concepto de mejora.

⁹ Transmisión por herencia de una explotación económica.

¹⁰ División de cosa común adquirida por herencia, con adjudicación a uno de los comuneros.

No obstante, si el valor del bien inmueble declarado por los interesados, el precio o contraprestación pactada, o ambos son superiores a su valor de referencia, se tomará como base imponible la mayor de estas magnitudes.

Cuando no exista valor de referencia o este no pueda ser certificado por la Dirección General del Catastro, la base imponible, sin perjuicio de la comprobación administrativa, será la mayor de las siguientes magnitudes: el valor declarado por los interesados, el precio o contraprestación pactada o el valor de mercado”.

- Por su parte, el artículo 11.1 B) TRLITPyAJD, bajo el título “Actos equiparados a transmisiones”, establece que:

“Se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de la liquidación y pago del impuesto:

B) Los excesos de adjudicación declarados, salvo los que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 821, 829, 1.056 (segundo) y 1.062 (primero) del Código Civil y disposiciones de Derecho Foral, basadas en el mismo fundamento”.

- El artículo 32.3 TRLITPyAJD, al regular varios supuestos especiales, establece que:

“Tampoco motivarán liquidación por la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas» los excesos de adjudicación declarados que resulten de las adjudicaciones de bienes que sean efecto patrimonial de la disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico, cuando sean consecuencia necesaria de la adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio”.

- Y, del Código civil, transcribimos los siguientes artículos: el artículo 392 CC:

Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas.

A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título.

- El artículo 399 CC:

Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que

- El artículo 400 CC:

Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común.

Esto no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención.

- El artículo 401 CC:

Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina.

Si se tratare de un edificio cuyas características lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, la división podrá realizarse mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos, en la forma prevista por el artículo trescientos noventa y seis.

- El artículo 402 CC:

La división de la cosa común podrá hacerse por los interesados, o por árbitros o amigables componedores, nombrados a voluntad de los partícipes.

En el caso de verificarse por árbitros o amigables componedores, deberán formar partes proporcionales al derecho de cada uno, evitando en cuanto sea posible los suplementos a metálico.

- El artículo 404 CC:

Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio.

- El artículo 406 CC:

Serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia.

- El artículo 1051 CC:

Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división.

Pero, aun cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad.

- El artículo 1061 CC:

En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.

- El artículo 1062 CC:

Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero.

Pero bastará con que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.

Las principales controversias que ha generado la extinción de situaciones de condominio en el ámbito del ITP son las siguientes:

3.2 Extinción completa del condominio

3.2.1 Reglas generales. Teoría traslativa o teoría especificativa

Uno de los hechos imponibles del ITRP son las transmisiones patrimoniales onerosas por actos «inter vivos» (art. 7.2 A). El artículo 7.2 B) TRLITPyAJD nos dice que “Se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del impuesto: Los excesos de adjudicación declarados, salvo los que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 821, 829, 1.056 (segundo) y 1.062 (primero) del Código Civil y Disposiciones de Derecho Foral, basadas en el mismo fundamento”.

Pero, ¿qué se puede entender como excesos de adjudicación declarados?, y ¿cómo interpreta el TS este artículo? La STS de 9 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3634) recoge la jurisprudencia del TS sobre el régimen fiscal de la división de la cosa común, de la que vamos a destacar ahora la sentencia de 28 de junio de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:4571) que recuerda, a su vez, la anterior de 23 de mayo de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:3357).

De estas sentencias se extraen las siguientes reglas generales, que han permanecido en el tiempo, estando vigentes en la actualidad: (i) La división y adjudicación de la cosa común son actos internos de la comunidad de bienes en los que no hay traslación del dominio, de modo que, en consecuencia, por primera transmisión solo puede entenderse la que tiene como destinatario un tercero; y (ii) La división de la cosa común y la consiguiente adjudicación a cada comunero de las partes resultantes en proporción a su interés en la comunidad no es una transmisión patrimonial propiamente dicha –ni a efectos civiles ni a efectos fiscales–, sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente. Con estas afirmaciones, el TS ya tempranamente rechaza lo que conocemos como la teoría traslativa y asume lo que conocemos como teoría especificativa.

La primera regla significa –pensando, de momento, en comunidades que recaen sobre un único bien– que, si lo único que se produce es la extinción de la comunidad porque uno de los comuneros se convierte en el único propietario del bien, compensando al otro u otros comuneros en proporción a la cuota de participación que cada uno de ellos tenga en la comunidad, no hay transmisión del dominio. Y esto nos conduce a la segunda regla, que ya se puede extender a comunidades que recaen sobre varios bienes: la división de la cosa común y la consiguiente adjudicación a cada comunero de las partes resultantes en proporción a su interés en la comunidad no es una transmisión patrimonial propiamente dicha –ni a efectos civiles ni a efectos fiscales–, sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto pre-existente (STS de 28 de junio de 1999).

El matiz “*ni a efectos civiles ni a efectos fiscales*” es importante, pues, si bien existen situaciones o conceptos que figuran tanto en las normas civiles como en las normas tributarias cuyo alcance, o cuyos efectos, civiles o tributarios va a ser diferente¹¹, en el caso de la disolución de las comunidades el TS rechaza la tesis traslativa partiendo de que, *a efectos civiles*, esa división no es una transmisión patrimonial propiamente dicha. Hay autores que discrepan de esta afirmación¹². Por su parte, los notarios Antonio Botía y Ana Botía¹³ distinguen entre los negocios jurídicos con causa particional y los negocios jurídicos con causa dispositiva, considerando los primeros como aquellos en los que su objeto es toda la comunidad e intervienen todos los comuneros en la decisión de disolverla¹⁴. El carácter particional y no dispositivo es la nota que también destaca el TS en la sentencia de 30 de abril de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:2351), para establecer que la disolución de la comunidad de bienes mediante la adjudicación a los comuneros de bienes con valor proporcional a sus respectivas participaciones no

Regap



COMENTARIOS

¹¹ En un supuesto de compraventa de acciones por precio aplazado con pacto de reserva de dominio hasta el íntegro pago del precio acordado, correspondiendo al comprador «el pleno ejercicio de todos los derechos políticos y económicos, incluyendo el derecho de suscripción preferente de nuevas acciones de la sociedad, el TS en la sentencia de 19 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:3199) razona de la siguiente manera: *No es correcto identificar el concepto tributario «alteración patrimonial» en una compraventa con la transmisión del dominio a efectos civiles, entendiendo que inexorablemente sólo cuando se produzca la transmisión del dominio a efectos civiles puede entenderse producida la «alteración patrimonial» a efectos tributarios, porque esa tesis llevaría a legitimar la libre elección por los sujetos pasivos del período o períodos de imputación temporal de los incrementos de patrimonio utilizando las posibilidades que brindan las normas civiles.*

¹² SÁNCHEZ ÁLVAREZ (*Régimen fiscal de la división de la cosa común en el IRPF*) considera que si bien en el Código civil se pueden encontrar artículos que sirvan de apoyo a ambas teorías (arts. 399 y 450 a favor de la tesis declarativa (o también llamada especificativa) y artículos 1068 y 1069 a favor de la tesis traslativa), sin embargo, la tesis que se sustenta en la teoría especificativa no es correcta, y que no es cierto que el CC establezca que la división de cosa común tenga naturaleza meramente especificativa, aunque no niega que se trate de una cuestión controvertida. Considera asimismo que ha sido la normativa tributaria la que ha impactado en el derecho civil, basándose en que históricamente, en el siglo XVI, se comenzó a cuestionar el carácter traslativo de la partición a los solos efectos de evitar el devengo de tributos cuyo hecho imponible consistía en la transmisión de bienes derivada de la partición hereditaria, que luego se extendió a todo tipo de división de cosa común con independencia de que el origen de la comunidad fuese o no hereditario.

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

¹⁴ E incluso en los supuestos del artículo 1062.2 CC (venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños) y 404 CC (*Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los dueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio*) consideran que concurren dos causas (la particional y la dispositiva), debiendo predominar la particional sobre la traslativa, pues lo que motiva la venta es la necesidad de disolver el condominio, y la causa principal es la disolución del condominio.

está sujeta al ITP. Lo esencial es deshacer el condominio y que no se obtenga beneficio alguno ni ganancia patrimonial de ningún tipo para quienes eran los condueños.

En cualquier caso, lo que no se puede negar es que existen dos teorías contrapuestas: la teoría traslativa y la teoría declarativa o especificativa¹⁵. De estas teorías, la segunda es la que ha asumido el TS en sentencias, entre otras, de 20 y 26 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:969, ECLI:ES:TS:2019:105 y ECLI:ES:TS:2019:966), 30 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1824), 9 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2490), 4 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3041), 16 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3271 y ECLI:ES:TS:2019:3665), 30 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3480), 24 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:133), 27 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:135, ECLI:ES:TS:2020:137 y ECLI:ES:TS:2020:222), 30 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:227), 3 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1343), 26 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4167), 17 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4398), 18 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1291) o la de 10 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3585).

La mayor parte de los tribunales, para descartar la tributación de la disolución de comunidades por el ITP, acude al análisis de la expresión del artículo 7.2 B) *Los excesos de adjudicación declarados, salvo...*, diciendo que *“los excesos de adjudicación a que se refiere el art. 7.2.B del TRITPAJD son, en realidad, aquellos en que la compensación, sea en metálico o, como aquí ocurre, en asunción en pago de deudas, funciona cabalmente como elemento equilibrador de la equivalencia y proporcionalidad de las mutuas contraprestaciones del condómino transmitente y el adjudicatario”* (STS de 26 de junio de 2019 - ECLI:ES:TS:2019:2297). Y, entonces, el reconocimiento de que la disolución de las comunidades no tributa por el ITP se basa principalmente en la inexistencia de un exceso de adjudicación. Ello será así siempre que concurren los componentes que conforman la regla general, y, en particular, que la adjudicación con compensación o el reparto de los bienes entre comuneros se haga en proporción a la cuota de participación que tenga cada uno de ellos en la comunidad, y que no se obtenga beneficio ni ganancia patrimonial de ningún tipo para quienes eran los condueños. Como dice el TS en la sentencia de 2 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2012):

“Para que se dé la sujeción al ITP por exceso en la adjudicación es presupuesto ineludible la existencia de ese exceso, esto es, que alguno de los adjudicatarios en la extinción de la comunidad haya obtenido una ventaja o exceso de adjudicación sobre la que en principio le correspondía con arreglo a su título”.

A lo que podemos añadir que solo en ese caso podremos hablar de una transmisión patrimonial, que lo será del exceso producido. En la STS de 11 de abril de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1462), a propósito del supuesto del artículo 7.2 C) TRLITPyAJD¹⁶, el TS sostiene que *“La locución ‘se considerarán’ (Se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del impuesto...) nos conduce a aseverar*

¹⁵ Como la denomina el TEAC (Resoluciones de 7 de junio de 2018 y 1 de octubre 2020, entre otras).

¹⁶ Los expedientes de dominio, las actas de notoriedad, las actas complementarias de documentos públicos a que se refiere el título VI de la Ley hipotecaria y las certificaciones expedidas a los efectos del artículo 206 de la misma ley.

que no estamos en presencia de una transmisión patrimonial propiamente dicha –ni de la manifestación de capacidad económica que indirectamente grava con ella–. Esta aseveración apunta a la importancia de dirigir en estos casos el análisis de la tributación de las disoluciones o extinciones de condominio a la existencia o no de una transmisión del dominio, en lo que inciden los votos particulares a las sentencias de 26 de junio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2297), 16 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3665), 26 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4167) o la de 19 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4894). En estos votos particulares se señala que la valoración de la operación como traslativa del dominio no debe ser el punto de partida, sino el punto de llegada, “*ya que definir qué actuaciones merecen ser consideradas con eficacia traslativa real es una cuestión previa que ha de despejarse para decir si los singulares hechos del actual caso litigioso encarnan o no un negocio sujeto*”, lo que conecta con la afirmación de que tal operación no es una transmisión patrimonial en sentido propio, sino pura y simplemente una especificación de un derecho preexistente (STS de 14 de marzo de 2019–ECLI:ES:TS:2019:960). Otro de los argumentos en los que se sustenta el voto particular consiste en que “*Los impuestos directos gravan la capacidad económica que se exterioriza en la renta que obtiene el sujeto pasivo por cualquier causa (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas –IRPF– e Impuesto sobre Sociedades –ISOC–); o por la mera titularidad de derechos patrimoniales (Impuesto sobre el Patrimonio –IPATR–). Mientras que el Impuesto indirecto sobre Transmisiones Patrimoniales grava la adquisición por el obligado tributario de nuevos derechos de contenido económico que no existían con anterioridad en su patrimonio jurídico; una adquisición que efectúa dicho obligado utilizando la renta que obtuvo con anterioridad, para dar cumplimiento con ella a la contraprestación económica que por él ha sido asumida en el negocio oneroso libremente perfeccionado como título jurídico de esa nueva adquisición*”.

La DGRN no se ha expresado con claridad a la hora de calificar la extinción de una comunidad como un negocio traslativo o declarativo. En resoluciones como la núm. 11312/2018, de 19 de julio (RJ 2018\350), afirmó que se trata de un negocio jurídico a través del cual se termina con la situación de condominio y se constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero, o comuneros, a quien o quienes, se adjudica el bien entero, o cada una de las porciones materiales que resulten de su división, pues nuestro derecho, dejando a salvo supuestos especiales, permite, y aun se facilita, la extinción de la comunidad mediante lo que propiamente constituye una división material de la cosa común, cuando su naturaleza lo permite, o mediante la reunión de todas las cuotas en una sola mano. Y señalaba que esto último puede verificarse a través de cualquier negocio traslativo de dichas cuotas a favor del que queda como titular, y también, cuando se trate de bienes indivisibles, en virtud de la adjudicación a uno a cambio de abonar a los otros el exceso en metálico (o mediante otros bienes o servicios). Pero continuó diciendo lo siguiente: “*sin que por ello pueda considerarse que se trata de un acto de enajenación, sino meramente de un negocio de naturaleza especificativa con todas las consecuencias que ello lleva implícito (cfr. artículos 404 y 1062 del Código Civil (LEG 1889, 27) y las Resoluciones de 6 de abril de 1962, 2 de enero de 2004 (RJ 2004, 712) y 4 de abril de 2005 (RJ 2005, 3603), entre otras*”, para

regap



COMENTARIOS

pasar seguidamente a dudar de su verdadera naturaleza jurídica *“la división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo”*.

La misma duda se mantiene en la actualidad, pues la DGSJFP, en la Resolución de 20 de diciembre de 2022 (BOE núm. 29, de 3 de febrero de 2022), en un supuesto de extinción parcial de condominio, elude pronunciarse al respecto: *“desde el punto de vista de los efectos, prescindiendo de la polémica sobre si la división de la cosa común constituye o no un acto traslativo o dispositivo, o de mero desenvolvimiento del propio derecho originario del comunero que permite la concreción de la cuota sobre un bien individual o una porción material de un bien concreto (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1982, 12 de abril de 2007 y 25 de febrero de 2011, y Resoluciones de 14 de diciembre de 2000, 26 de abril de 2003, 19 de mayo y 26 de julio de 2011) (...)”*. Lo hace, asimismo, en la resolución de 21 de febrero de 2023 (BOE núm. 63, de 15 de marzo de 2023).

3.2.2 ¿Cuándo se produce el exceso de adjudicación del artículo 7.2 B) TRLITPyAJD?

Si regresamos al análisis del exceso de adjudicación como presupuesto para la sujeción al ITP, nos podemos hacer la siguiente pregunta: ¿cuándo se produce ese exceso de adjudicación? En una operación de extinción que consista en la adjudicación de un bien indivisible a uno de los comuneros con compensación en metálico a otro u otros, por el valor de sus respectivas cuotas de participación, o en una operación de extinción de un condominio que recae sobre varios bienes indivisibles en donde se reparten entre los copartícipes con un valor equivalente a sus respectivas cuotas de participación, no deberíamos hablar de un exceso de adjudicación¹⁷, pues en el primer caso, si bien uno de los comuneros gana el dominio exclusivo del bien, sin embargo compensa al otro o a los otros condóminos (en metálico o mediante la entrega de otro bien con valor equivalente a sus respectivas participaciones); y, en el segundo caso, si bien cada comunero gana el dominio exclusivo de uno de los bienes que formaban la comunidad, pierde la participación que tenía en los otros. Lo que sucede es que en estas situaciones sí se habla de exceso de adjudicación, pues el propio artículo 1062 CC establece que, cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros *el exceso* en dinero, lo que ha dado lugar a la creación de dos categorías de excesos de adjudicación: los excesos de adjudicación a que se refiere el artículo 7.2 B) TRLITPyAJD, que se corresponden con los excesos de adjudicación inevitables a que se refiere la DGT (entre otras, consulta V2096-22, de 30 de septiembre), y los excesos de adjudicación verdaderos a que se refiere la STS de 28 de junio de 1999, calificándolos como aquellos en los que

¹⁷ DGT consulta V0578-22: *“La disolución de la comunidad de bienes puede producirse con o sin excesos de adjudicación, lo que ocasionará diferentes consecuencias fiscales en uno u otro caso: 1. Disolución sin excesos de adjudicación. En la disolución del condominio, siempre que ésta se lleve a cabo de tal forma que el comunero no reciba más de lo que le corresponda en proporción de su cuota de participación en la cosa común, sin que se origine exceso de adjudicación, la disolución no constituirá una transmisión patrimonial que deba tributar por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITPAJD (...)”*.

la compensación en metálico, en vez de funcionar como elemento equilibrador de la equivalencia y proporcionalidad que deben presidir toda división o partición de comunidad a costa del patrimonio del adjudicatario, sobrepasa en realidad su interés en la comunidad y viene a constituir, efectivamente, una adjudicación que lo supera en perjuicio del resto de los comuneros.

El TS sigue manteniendo que no hay transmisión gravable en el ITP, ni exceso de adjudicación, cuando uno de los copropietarios se adjudica la totalidad del inmueble, compensando al resto en metálico. La justificación radica en que la extinción del condominio supone tan solo una especificación o concreción de los derechos que ya se tenían antes en la situación de copropiedad (STS de 10 de enero de 2024) y 20/03/2024 (BOE núm. 89, de 11 de abril de 2024).

3.2.3 Aplicación de la teoría especificativa a las comunidades voluntarias

El artículo 7º.2 B) TRLITPyAJD, al excluir de tributación determinados excesos de adjudicación, solo cita unas normas jurídicas que se refieren a las comunidades hereditarias. Pero esto no significa que el indicado precepto no se pueda aplicar a las comunidades voluntarias. De hecho, el artículo 406 CC extiende las reglas concernientes a la división de la herencia a la división entre los partícipes. Y así lo reconoce el TS en la sentencia de 28 de junio de 1999:

“El hecho de que el art. 7º.2.B) de la Ley y Reglamento del Impuesto aquí aplicables solo exceptúe de la consideración de transmisión, a los efectos de su liquidación y pago, “los excesos de adjudicación declarados, salvo los que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 821, 829, 1056 (segundo) y 1062 (primero) del Código civil (...) y entre ellos no se cite precepto alguno regulador de comunidades voluntarias, sino solo de comunidades hereditarias, no constituye argumento en contra de la conclusión precedentemente sentada, habida cuenta que a lo que quiere con ello aludirse es a los excesos de adjudicación verdaderos, esto es, a aquellos en que la compensación en metálico, en vez de funcionar como elemento equilibrador de la equivalencia y proporcionalidad que deben presidir toda división o partición de comunidad a costa del patrimonio del adjudicatario, sobrepasa en realidad su interés en la comunidad y viene a constituir, efectivamente, una adjudicación que lo supera en perjuicio del resto de los comuneros. No hay, pues, tampoco, con esta interpretación, desconocimiento alguno del art. 24 de la Ley General Tributaria –hoy 23.3 de la misma tras la reforma operada por la Ley 25/1995, de 20 de Julio–, cuando veda la utilización del procedimiento analógico para extender, más allá de sus términos estrictos, el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones tributarias (...).”

O, como dice la STS de 30 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3480), entre otras:

“La base normativa de la aplicación de la exoneración de TPO prevista en el 7.2.B) ...a las comunidades de bienes no hereditarias, es la remisión que efectúa el art. 406 del CC al régimen normativo de las divisiones hereditarias, al declarar “[...]

regap



COMENTARIOS

aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia”, remisión que, en lo que ahora nos ocupa, ha de entenderse realizada al artículo 1062, párrafo primero CC, que dispone que, “cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero”.

3.2.4 Extinción del condominio que recae sobre bienes indivisibles

Regla general cuando hay una compensación equivalente en metálico. Artículo 1062 CC. No tributación

La regla general que excluye de tributación por el ITP la extinción de una comunidad aplicando la teoría declarativa o especificativa, está presente –aunque la comunidad recaiga sobre varios bienes, como luego veremos– en los supuestos del artículo 1062 CC, esto es, cuando el condominio recae sobre bienes indivisibles o que desmerezcan mucho por su división, con adjudicación a uno de los comuneros y compensación en metálico al otro u otros comuneros. Como ya se decía en la STS de 28 de junio de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:4571), cuya doctrina ha sido reiterada en otras posteriores:

“Lo que ocurre es que, en el caso de que la cosa común resulte por su naturaleza indivisible o pueda desmerecer mucho por su división –supuesto que lógicamente concurre en una plaza de aparcamiento e incluso en un piso (no se trata de la división de un edificio, sino de un piso, art. 401 del Código civil)–, la única forma de división, en el sentido de extinción de comunidad, es, paradójicamente, no dividirla, sino adjudicarla a uno de los comuneros a calidad de abonar al otro, o a los otros, el exceso en dinero –arts. 404 y 1062, párrafo 1.º, en relación este con el art. 406, todos del Código civil–”.

Y, en línea con lo que hemos afirmado anteriormente, la sentencia continúa diciendo que:

“esta obligación de compensar a los demás, o al otro, en metálico no es un “exceso de adjudicación”, sino una obligación consecuencia de la indivisibilidad de la cosa común y de la necesidad en que se ha encontrado el legislador de arbitrar procedimientos para no perpetuar la indivisión, que ninguno de los comuneros se encuentra obligado a soportar”.

La extinción del condominio mediante la adjudicación a uno de los comuneros de un bien indivisible (por ejemplo, una vivienda)¹⁸ de la que ya era titular dominical del 50%, a cambio de su equivalente en dinero, no está sujeta al ITP, puesto que tal

¹⁸ Aunque la DGT, por ejemplo, consulta V0578-22, de 21 de marzo, llega a cuestionar el carácter indivisible de las viviendas como regla general, al decir que “este Centro Directivo no puede indicar a priori si una vivienda determinada constituye un bien indivisible o que desmerecería mucho por su división, pues esta circunstancia constituye una cuestión de hecho que debe ser apreciada en cada caso concreto para su calificación jurídica correcta”, a continuación reconoce que los tribunales económico-administrativos vienen considerando a los inmuebles como ‘un bien que, si no es esencialmente indivisible, sí desmerecería mucho por su división’ y que así lo entiende igualmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de junio de 1999 “en el caso de que la cosa común resulte por su naturaleza indivisible o pueda desmerecer mucho por su división –supuesto

operación no es una transmisión patrimonial en sentido propio, sino pura y simplemente una especificación de un derecho preexistente (STS de 14 de marzo de 2019–ECLI:ES:TS:2019:960). En estos casos, en los que además el CC en el artículo 404 no emplea la palabra *precio*, sino *indemnización*, lo que equivale a una verdadera compensación, no se puede hablar de compra ni de permuta de cuotas, sino simplemente de la obligada equivalencia que ha de guardar la división de la cosa común (arts. 402, 1061 y 1062 del CC). Y no es necesario que las cuotas de participación de los comuneros sean idénticas. Lo que importa es que la compensación sea proporcional a la participación de cada comunero en la comunidad.

Extensión de la regla general de no tributación a otros supuestos:

- **En la liquidación de la sociedad de gananciales.** STS de 9 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3634):

“La convención por virtud de la cual un cónyuge adquiere su mitad indivisa –e indivisible–, de la que ya poseía la otra mitad indivisa por razón de la comunidad que se extingue, compensando en su estricta parte al otro en el valor de tal mitad, no constituye un exceso de adjudicación y, por ende, una transmisión patrimonial en sentido propio, susceptible de gravamen bajo la modalidad del impuesto sobre transmisiones patrimoniales”.

- **En la extinción de una comunidad ordinaria constituida por un matrimonio en régimen de separación de bienes.** STS de 12 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3083):

“Resulta indiferente el concreto régimen económico matrimonial vigente, sin excluirse, pues, el de separación de bienes, siempre que algunos de los bienes, o todos, fueran disfrutados en condominio. Prueba de esa aplicación a cualesquiera de los distintos regímenes es que tales excesos de adjudicaciones, si derivan del cambio de régimen económico, también quedan favorecidos por el caso de no sujeción, según el citado art. 32.3 RITP”.

Los excesos de adjudicación están específicamente regulados en el artículo 7.2.B) del TRLITPyAJD, al margen de que provengan de una disolución matrimonial o de otras causas de división de la cosa común.

- **Cuando la adjudicación se hace a favor de dos copartícipes unidos en matrimonio en régimen de gananciales.**

Aunque el artículo 1062 CC diga que, cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, el hecho de que la adjudicación se haga a favor de dos copartícipes unidos en matrimonio y, por tanto, para su sociedad de gananciales, no impide

que lógicamente concurre en una plaza de aparcamiento e incluso en un piso (no se trata de la división de un edificio, sino de un piso, artículo 401 CC)'.

la aplicación de la regla de no tributación, pues la sociedad de gananciales que resulta adjudicataria del inmueble ya era titular de otro porcentaje en las fincas comunes a título dominical (STS de 9 de julio de 2019-ECLI:ES:TS:2019:2490).

- **Cuando el pago se hace parte en metálico y en parte por la entrega de bienes (muebles o inmuebles) propiedad exclusiva del comunero que se queda con el bien sobre el que recaía la comunidad.**

El TEAC, en la resolución de 17 de septiembre de 2015 (Recurso de alzada en unificación de criterio 3910-2015), rechazó esta forma de pago en interpretación de lo dispuesto en el artículo 1062 CC *“a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero”*. Este es el criterio que ha venido defendiendo la DGT, entre otras en la consulta V0198-20, de 28 de enero. SÁNCHEZ ÁLVAREZ¹⁹ sostiene que de esta resolución se desprende que la DGT estima que, para considerar que la división de la cosa común tiene un mero efecto especificativo, debe atenderse tanto a aspectos cuantitativos, materiales o finalistas, como a criterios cualitativos y formales, pues no solo es importante llegar a un resultado de equidistribución, sino también cómo se llega a dicho resultado. Y, en estos casos, solo pueden compensarse los excesos de adjudicación con metálico extracomunitario, pero no con bienes en especie que no formen parte de la comunidad.

Pero, como dice el TS en la sentencia de 30 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3480), si la justificación de que en las disoluciones de comunidades no existe una transmisión, sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente de manera que se sustituye la cuota de participación que uno de los comuneros tenía sobre el bien por su equivalente económico, esta compensación se puede materializar no solo con metálico, sino con otros bienes. Lo que importa es que se haya extinguido el condominio y que el reparto sea equivalente en cuanto valor de las cuotas de participación de los comuneros y, en definitiva, que los condueños no hayan obtenido beneficio ni ganancia patrimonial.

- **Cuando el pago se hace mediante la asunción de un préstamo hipotecario del mismo importe que el valor del bien inmueble.**

Supuesto en el que el pago no se hace en metálico, sino mediante la asunción de un préstamo hipotecario del mismo importe que el valor del bien inmueble; es decir, se adjudica un bien indivisible a uno de los comuneros que, como consecuencia de lo pactado, se subroga en el préstamo hipotecario que grava la finca. La asunción del importe de la deuda hipotecaria pendiente constituye una compensación en metálico (STS de 16 de octubre de 2019-ECLI:ES:TS:2019:3271). La DGT aceptó esta forma de compensación en las consultas vinculantes V1494-11, de 9 junio, y V2367-10, de 28 de octubre: *“también tiene la consideración de compensación en metálico la asunción por el adjudicatario de la parte de deuda del otro copropietario en el préstamo hipotecario común”*.

¹⁹ ITP en la división de la cosa común. Aspectos controvertidos. Análisis crítico y ejemplos prácticos.

- Cuando los copartícipes poseen distinto porcentaje de participación en varios inmuebles sobre los que recae la comunidad, y la compensación se hace mediante entrega de metálico, asunción de deuda hipotecaria, y entrega de otros bienes inmuebles. STS de 30 de octubre de 2019.

El artículo 1062 CC no establece restricción alguna ni cuota al respecto, solo que haya condominio y que la cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, sea cual sea el porcentaje de participación en la comunidad. Lo importante –repetimos– es que se haya extinguido el condominio, recibiendo uno de los comuneros la parte equivalente sustitutiva de su cuota ideal en ambos condominios, sin que ninguno de los condueños haya obtenido beneficio ni ganancia patrimonial.

3.2.5 Cuando la comunidad recae sobre varios bienes. ¿Una comunidad o varias comunidades? ¿Sistema de formación de lotes o adjudicación a uno con compensación a los demás comuneros?

- ¿Una comunidad o varias comunidades?

Cuando son varios bienes los que pertenecen a varios propietarios, las situaciones que se presentan pueden ser muy variadas y necesitarán una respuesta individualizada, poniendo especial interés en las circunstancias que rodean la disolución acordada por los comuneros.

En el caso de que los copropietarios decidan extinguir esa situación de copropiedad, la pregunta que nos podemos hacer es si nos encontramos ante una sola comunidad que comprende todos los bienes sobre los que se comparte esa titularidad (lo que se conoce como patrimonio colectivo), o ante varias comunidades, una por cada bien que les pertenece *pro indiviso*, o una por cada bien o grupo de bienes que se hayan adquirido en distintas fechas y con orígenes diferentes. La respuesta puede condicionar la solución en los casos de extinción parcial, o los de extinción total según haya sido el sistema escogido por los comuneros para llevar a cabo la extinción.

En el caso analizado en la sentencia del TSJ de Galicia de 22 de enero de 2020 (ECLI:ES:TSJGAL:2020:26), se trataba de extinguir la situación de copropiedad (dos hermanos) que recaía sobre dos bienes indivisibles adquiridos en fechas diferentes, acordando los comuneros que cada uno de ellos se atribuía uno de los bienes. La Administración tributaria sostenía que se había producido un exceso de adjudicación partiendo de que existían dos comunidades, y entonces en cada una de ellas se debía adjudicar un bien a cada propietario con compensación al otro por el valor de su cuota de participación. La sentencia estimó el recurso declarando la validez del sistema de reparto escogido por los comuneros, razonando lo siguiente:

“Aunque admitimos como más correcto que existen dos comunidades, consideramos que el artículo 1062 CC debe ser interpretado –como sucede en otros muchos supuestos adaptándolos a la realidad tributaria– en el sentido de que la compensación del exceso en metálico debe ser equiparada a la compensación en valor, ya que otro resultado sería injusto. Si el recurrente y su hermano realizaran

regap



COMENTARIOS

la disolución de cada comunidad con recíprocas compensaciones en metálico, el resultado (final) sería el mismo que el obtenido con la atribución directa de la titularidad plena de cada inmueble a cada comunero sin compensaciones en dinero”.

Pero, así como en la situación examinada se consideró válido el sistema de extinción del condominio escogido por los comuneros, en una situación semejante de cotitularidad sobre dos inmuebles indivisibles en donde la extinción se hizo mediante la adjudicación de ambos bienes a uno de los comuneros con compensación al otro, este sistema de extinción también se consideró correcto. Este es el caso resuelto por el TS en la sentencia de 30 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3480), en el que dos personas eran propietarias en *pro indiviso* de un local y una vivienda, adjudicándose a una de ellas ambos inmuebles, compensando el adquirente al otro comunero parte en metálico y parte mediante entrega de otro inmueble que le pertenecía en pleno dominio al 100%. El TS sostiene que lo que resulta trascendente es, por un lado, que los bienes inmuebles resulten indivisibles, y, por otro lado, que no sea posible un procedimiento de distribución entre los copropietarios distinto al de adjudicación a uno solo de los condóminos, lo que en todo caso también hubiese exigido una compensación para mantener el equilibrio que correspondía a cada uno de ellos en la comunidad.

En la STS de 12 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2012), en un supuesto en el que los inmuebles que formaban parte de la comunidad se repartieron entre dos de los cuatro comuneros, compensando a los demás en su participación en ella, no se apreció la existencia de un exceso de adjudicación (al menos que debiese tributar por el ITP) al no resultar justificado que la disolución de la comunidad se pudiera llevar a cabo mediante otras adjudicaciones por lotes proporcionales. Esto sucede, por ejemplo, cuando la situación de copropiedad no comprende bienes suficientes que permita adjudicarlos a cada uno de los herederos, imposibilitando la formación de lotes mínimamente proporcionales, o también cuando se trata de fincas registrales diferentes pero que realmente constituyen una única finca que comparten instalaciones comunes (motor de elevación de agua y una única balsa, y un único almacén distribuidor de las conducciones de hierro, de riego y canalizaciones), que es el caso analizado en la sentencia del TSJ de Murcia de 29 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TSJMU:2018:2332).

Y en una sentencia más reciente, STS 26/04/2024 (ECLI:ES:TS:2024:2217), en un caso en el que la comunidad formada por dos hermanos, que recaía sobre tres bienes indivisibles (dos adquiridos por compraventa y uno adquirido por donación de su abuela), el TS entendió que no había exceso de adjudicación con el reparto y compensaciones efectuadas. En esta sentencia, el TS señala que resulta estéril, desde el punto de vista fiscal, la polémica sobre la existencia de una o varias comunidades de bienes. En el ámbito civil se reconoce el llamado patrimonio colectivo.

En definitiva, lo importante en la extinción del condominio es que los conductores no hayan obtenido beneficio ni ganancia patrimonial al recibir partes equivalentes sustitutivas de sus cuotas ideales.

La DGT se abre paso a admitir la existencia de varias comunidades de bienes, y la no tributación en el ITP de extinciones de condominio en las que se acuda al sistema de formación de lotes, y reparto de los bienes inmuebles entre los comuneros, incluso cuando son insuficientes para repartirlos entre ellos. Ese es el supuesto de hecho al que responde la DGT en la consulta V2096-22, de 30 de septiembre (tres comuneros y dos bienes a repartir, y se extingue cada comunidad adjudicando un inmueble a cada comunero y al tercero se le compensa el dinero), considerando que los excesos de adjudicación que resulten de la disolución de cada comunidad son excesos inevitables, aunque la compensación no sea en dinero, sino en otros inmuebles que se tienen en común, y que no están sujetos a la modalidad de TPO, abandonando con ello la DGT el criterio que venía manteniendo de que en estos casos lo que se producía era una permuta de cuotas entre comuneros, sujetas a aquel impuesto.

- **¿Sistema de formación de lotes o adjudicación a un comunero con compensación a los demás? Artículo 1061 CC**

La adjudicación de bienes indivisibles a uno de los comuneros con compensación a los demás ¿es una alternativa al sistema de formación de lotes, o este es la alternativa al otro sistema de extinción? Según dice el TS en la sentencia de 30 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3480):

“Por lo que se refiere a si era posible distribuir de manera alternativa los bienes entre ambos copropietarios, debemos apuntar que la indivisibilidad de cada bien –individualmente considerado– no tiene por qué impedir que el reparto o adjudicación de los bienes entre los comuneros se pueda hacer, por ejemplo, mediante la formación de lotes lo más equivalentes posibles, evitando en lo posible los excesos de adjudicación, criterio éste que viene a asumirse en la reciente consulta vinculante de la Dirección General de los Tributos V1855-19, de 16 de julio de 2019”.

Y añade que lo que resulta trascendente a estos efectos es que, por un lado, los bienes inmuebles resulten indivisibles y, por otro lado, para el caso de que existan varios bienes en copropiedad, no sea posible un procedimiento de distribución entre los copropietarios, distinto al de adjudicación a uno solo de los condóminos. Lo que se viene exigiendo en estos casos es que resulte inevitable la adjudicación a uno solo de los condóminos con exceso de adjudicación a compensar.

La tesis de esta sentencia fue acogida por la DGT en la consulta V0578-22, de 21 de marzo, en la cual, en un supuesto en que el consultante y sus dos hermanos poseían varios inmuebles en común adquiridos en distintos momentos y por distintos títulos, unos por compraventa, otros por donación y otros por herencia de sus padres, todos adquiridos por terceras partes, queriendo disolver el *pro indiviso*, realizaron tres lotes de igual valor adjudicando un lote de inmuebles a cada hermano. La DGT, después de decir que *“la determinación de si la concurrencia de una pluralidad de bienes propiedad de las mismas personas supone la existencia de una o varias comunidades de bienes constituye una cuestión de hecho sobre la que este Centro Directivo no puede pronunciarse con carácter definitivo, y que deberá ser valorada, en su caso, en las actuaciones de comprobación e inspección de la Administración Tributaria competente para la gestión*

regap



COMENTARIOS

del tributo”, finaliza concluyendo que “los excesos de adjudicación que resulten en la disolución de cada comunidad, excesos inevitables, aunque la compensación no sea en dinero sino en otros inmuebles que tienen en común, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo anteriormente expuesta, no estarán sujetos a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas. Por tanto, la disolución de cada comunidad tributará únicamente por la modalidad de actos jurídicos documentados”, lo que supone un pronunciamiento semejante al que se recoge en la consulta V2096-22.

En otras palabras, lo que se viene exigiendo en estos escenarios es que, bien se emplee un sistema u otro (adjudicación con compensación, o formación de lotes), bien se entienda que nos encontremos ante una comunidad o más de una comunidad, lo verdaderamente relevante es que se haya extinguido el condominio, que no se hayan producido excesos de adjudicación –verdaderos–, y no se demuestre que con otro sistema de adjudicación se conseguiría un reparto más equitativo, evitando o minorando en lo posible los excesos de adjudicación; y, en definitiva, como recuerda la STS de 30 de octubre de 2019, que el negocio jurídico haya perseguido con claridad el ejercicio de una facultad de división de la cosa común, en la que se especifican los derechos que corresponden al comunero que transmite sus participaciones, recibiendo este una parte equivalente sustitutiva de sus cuotas, y, finalmente, que los condueños no hayan obtenido beneficio ni ganancia patrimonial, lo que hace que no tengan que tributar por ITP y sí por IAJD. Incluso en el caso analizado por la STS de 30 de octubre de 2019, se admitió que la compensación fuera con la entrega de otro bien propiedad exclusiva de la comunera adjudicataria.

De lo que se trata, entonces, es de buscar un sistema o mecanismo de disolución de la comunidad que consiga un equilibrio de equivalencia y proporcionalidad de las contraprestaciones. Esto se podrá conseguir, atendiendo a las circunstancias de cada caso, bien mediante la adjudicación a uno o varios comuneros compensando en metálico, o con otros bienes, a los demás comuneros, bien mediante la formación de lotes que integren en la medida de lo posible bienes homogéneos o de valor equivalente a las cuotas de participación, esto es, *equivalentes y proporcionales atendido el conjunto de los bienes* (STSJ Andalucía, sede Sevilla, de 28 de septiembre de 2017–ECLI:ES:TSJAND:2017:8852), y la posibilidad de hacer o no un reparto distinto que responda en mejor medida a los citados principios.

Eso sí, cuando la Administración tributaria comprueba la validez del sistema de reparto con formación de lotes y comprueba si se ha producido o no un exceso de adjudicación, no puede perder de vista la utilidad o destino económico de los bienes sin que pueda imponer a los comuneros un reparto que carezca de lógica económica, según las particularidades de los bienes. Así se ha dicho en la STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:1830). Con motivo de la disolución de una sociedad de gananciales, a la esposa se le adjudicó una vivienda en Madrid, una plaza de garaje y un vehículo, y al esposo, una vivienda en la costa gallega, una embarcación de recreo y una motocicleta. La Administración sostenía que con este reparto no se guardaba el equilibrio general de los lotes, lo que sí se conseguiría con la adjudicación a la esposa de la embarcación y la moto, y que con ello se rebajaría la

compensación en metálico y se haría un reparto más equitativo. Sin embargo, la Sala consideró que el reparto que proponía la Administración resultaba antieconómico dadas las particularidades de los bienes, pues la esposa carecía de titulación para pilotar tanto la embarcación como la moto, y la adjudicación le obligaría a venderlas, y, de no hacerlo, obligaría al esposo a afrontar los gastos inherentes a una embarcación que ya no utilizaba.

- **Comunidades que tienen su origen en momentos distintos o en virtud de distintos actos jurídicos.**

Recordando que la idea o finalidad de no perpetuar la situación de indivisión es la que preside las consideraciones que se hacen a lo largo de esta exposición, y que entonces, como se ha adelantado, lo verdaderamente relevante es que se haya extinguido el condominio recibiendo cada comunero una parte equivalente sustitutiva de su/s cuota/s, no podremos apreciar un exceso de adjudicación en los casos en que las compensaciones se hacen con bienes de comunidades que tienen su origen no solo en momentos distintos (STSJ de Galicia de 22 de enero de 2020-ECLI:ES:TSJGAL:2020:26), sino también en virtud de actos jurídicos diferentes, de manera que no se podrá exigir la tributación por ITP cuando las compensaciones se hacen con bienes que pertenecen a comunidades que tienen su origen en momentos distintos y en actos jurídicos diferentes.

Si admitimos que la compensación se puede hacer no solo en metálico, sino mediante la aportación de otros bienes aunque sean propiedad exclusiva del comunero que debe compensar a los demás (STS de 30 de octubre de 2019), no podremos exigir la tributación por ITP de las disoluciones en las que el reparto de bienes conlleve la entrega a los comuneros de *la cantidad exacta correspondiente a su cuota de participación, siendo indiferente que lo hagan en metálico o (...) en especie, con una mayor participación en otro inmueble*, y, por tanto, aunque el inmueble se hubiese adquirido en virtud de un título jurídico diferente a aquel en cuya virtud se adquirió el bien o los bienes que entran en el mismo reparto. Así lo ha asumido la DGT en la consulta V0578-22, de 21 de marzo, que, como hemos visto, admite la extinción del condominio mediante la realización de lotes de igual valor formados con inmuebles en común adquiridos en diferentes momentos y por distintos títulos, que se repartieron entre los condóminos.

3.2.6 Extinción del condominio que recae sobre edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal

Como dice la STS de 16 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2881), la adjudicación de un bien (indivisible) a uno de los condóminos, que ya era titular dominical de una cuota de dicho bien, a cambio de su equivalente en dinero, no está sujeta al ITP. Esta doctrina parte de un presupuesto esencial, y es el de la indivisibilidad del bien y de que resulte inevitable la adjudicación a uno solo de los condóminos, esto es, que no sea posible un procedimiento de distribución entre los copropietarios distinto al de adjudicación a uno solo de los copropietarios, de suerte que, de producirse un exceso de adjudicación, la compensación en dinero opere como un elemento equilibrador de

Regap



COMENTARIOS

la equivalencia y proporcionalidad de las mutuas contraprestaciones del condómino transmitente y el adjudicatario, en relación con la participación de cada uno.

En el caso de los edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal, el TS, en la sentencia de 16 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2881), considera que tienen naturaleza divisible, confirmando el criterio del TSJ de Madrid en la sentencia dictada por la sección novena el 15 de marzo de 2018. En ella se analiza el caso de un edificio de cuatro plantas que pertenecía *pro indiviso* a 15 propietarios, y en el que una persona jurídica adquirió una parte alícuota del dominio. Tres meses después se procedió a la extinción de la comunidad, adjudicándose la totalidad del inmueble a aquella persona jurídica a cambio de compensaciones dinerarias a los demás partícipes. La Sala de Madrid, bajo la consideración de que todo el edificio, distribuido en pisos y otras dependencias susceptibles de uso privativo, es esencialmente divisible, salvo que se advierta que concurra causa que lo impida –que no era el caso–, consideró que la adjudicación a uno de los comuneros –en las anteriores circunstancias– se trataba de un sistema incorrecto, pues *“de ningún modo puede entenderse que la atribución de las viviendas y locales a distintos propietarios minore el valor del inmueble ni, por supuesto, que lo haga inservible para el fin a que está destinado”*. Por su parte, el TS en la sentencia de 16 de septiembre de 2020 respondió que, *en interpretación del artículo 7.2 B) TRLITPyAJD, los excesos derivados de la disolución de una comunidad de propietarios sí que están sujetos al impuesto en los supuestos que puedan evitarse o, al menos, minorarse con una adjudicación distinta, respetando los principios de equivalencia y la división de la cosa común y de proporcionalidad en la adjudicación efectuada y el interés o cuota de cada comunero.*

Sin embargo –aunque bajo los mismos parámetros–, se ha admitido como excesos de adjudicación que no podían tributar por el ITP la adjudicación a varios comuneros de un edificio que pertenecía a 20 propietarios. La Administración entendía que se había producido un exceso de adjudicación. Este es el caso resuelto por la Sala de Galicia en la sentencia de 10 de diciembre de 2020 (ECLI:TS:ES:TSJGAL:2020:7116). Se trataba de un edificio próximo a la ruina que necesitaba una rehabilitación integral, y la alternativa propuesta por la Administración (división jurídica entre los 20 propietarios de las tres viviendas independientes resultantes de la división horizontal) conducía a mantener la situación de *pro indiviso* con las dificultades que podía acarrear en la rehabilitación del edificio, por lo que se estimó el recurso, admitiendo la fórmula de extinción acordada por los comuneros, considerando que los excesos de adjudicación no tenían que tributar por el ITP.

3.2.7 En la comprobación del exceso de adjudicación: ¿valor declarado o valor de referencia?

En la disolución de las comunidades de bienes hemos visto que no se producirán excesos de adjudicación –o al menos no de los que deban tributar por el ITP– si cada comunero recibe una parte equivalente sustitutiva de sus cuotas, y no obtengan beneficio o ganancia patrimonial alguna. Para que ello sea posible, si se trata de dos bienes inmuebles indivisibles a repartir entre dos comuneros, su valor tiene que ser

idéntico; si el sistema empleado es la adjudicación del inmueble a uno, con la asunción de un préstamo hipotecario, o compensación en especie, el importe del préstamo o del otro bien o bienes que se entregan en compensación tiene que ser igual que el valor del bien inmueble adjudicado a uno de los comuneros; y, si el sistema escogido es el de la formación de los lotes lo más equivalentes posibles, los lotes tienen que ser de igual valor. Si tenemos en cuenta ahora que la base imponible del ITP, en el caso de los bienes inmuebles, se calculará según el valor de referencia previsto en la normativa reguladora del catastro inmobiliario, a la fecha de devengo del impuesto (art. 10 TRLITPyAJD, en la redacción dada por la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal), el valor de referencia será el valor que, según afirma la DGT, es el que se debe tener en cuenta a la hora de comprobar si se produce o no un exceso de adjudicación.

Todos teníamos grandes esperanzas en que, con la introducción del valor de referencia por la Ley 11/2021, iban a desaparecer gran parte de los problemas que giran en torno a la valoración de los inmuebles y, con ello, gran parte de la litigiosidad que genera. Pero me temo que no va a ser así. Y no tanto porque el artículo 10.3 de la TRLITPyAJD prevé la posibilidad de impugnar este valor cuando se recurra la liquidación o con ocasión de la solicitud de rectificación de la autoliquidación, sino por el resultado a que conduce su aplicación en los casos en que el valor de referencia sea superior al declarado por los comuneros, porque se podrán ver obligados a reajustar las compensaciones para evitar una tributación por ITP del exceso de adjudicación, y elevará en su caso de la ganancia patrimonial en el IRPF.

La DGT, en la consulta V0143-22, de 28 de enero, en el caso de dos comuneros dueños *pro indiviso* de dos inmuebles cuyos valores de referencia arrojaban una diferencia entre ellos de 20.000 euros que preguntaban a la DGT si, en caso de entender que se trata de una disolución de condominio y, dado que cada uno de los comuneros se quedaba con un inmueble sin tener que pagar al otro ninguna cantidad de dinero –al considerar que los inmuebles eran de valor equivalente–, ¿qué valor debería tomarse para efectuar la liquidación, el de adquisición o el valor referenciado según el catastro?

La DGT, en respuesta a esta consulta, después de reproducir el criterio del TS sobre el cumplimiento de los requisitos de indivisibilidad, equivalencia y proporcionalidad en la disolución simultánea de varias comunidades –lo que dará lugar a la tributación por el IAJD y no por el ITP–, añade que:

“la base imponible será el valor declarado del documento notarial que, si se determinase en función del valor de bienes inmuebles, no podrá ser inferior al valor de referencia previsto en la normativa reguladora del catastro inmobiliario. Si conforme a dichos valores se produjese un exceso de adjudicación, si este no fuera objeto de compensación, deberá tributar como donación conforme al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, sin perjuicio de que los interesados, de no estar conformes con el valor de referencia, soliciten la rectificación de la autoliquidación en los términos expuestos en el artículo 10 del Texto Refundido”.

regap



COMENTARIOS

Un apunte a este criterio es que ese exceso de adjudicación no podrá tributar como donación, conforme a lo resuelto por el TS en la STS de 12 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3083), como se recordará más adelante.

3.3 Extinción parcial del condominio

3.3.1 Extinción parcial objetiva

- **Varios condominios, extinción de uno de ellos. STS de 17 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4367).**

Esta sentencia analiza un supuesto de hecho en el que dos hermanos habían adquirido por herencia varios bienes indivisibles y uno de esos bienes fue adjudicado a uno de ellos, que compensó al otro en metálico, permaneciendo en la comunidad el resto de fincas en proindivisión de ambos hermanos. El TS considera que este supuesto puede ser incardinado en la previsión de la “*adjudicación a uno*” contenida en el artículo 1062 CC, y que el negocio jurídico realizado no es meramente traslativo de dominio, sino extintivo de una situación de condominio, concurriendo la salvedad recogida en el artículo 7.2.B) TRLITPyAJD, pues existe la adjudicación a un comunero con finalidad extintiva del condominio.

El TS sostiene que el caso analizado en la sentencia de 17 de diciembre de 2020 es diferente al resuelto en la STS de 26 de junio de 2019, que se refiere a un supuesto de extinción parcial subjetiva de condominio en el que cuatro copropietarios sobre un bien proindiviso se ven reducidos a dos, manteniéndose la copropiedad sobre el bien indiviso. En la sentencia de 17 de diciembre de 2020 se ofrece una justificación a la tributación por el ITP de los supuestos de extinción parcial subjetiva, al decir, en relación con el caso analizado en la de 26 de junio de 2019, que, “*por tanto, no se produce la “adjudicación a uno” que es la previsión contenida en el artículo 1062.1 del Código Civil y a la que se remite el citado artículo 7.2 B del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, ni existe una adjudicación a un comunero con finalidad extintiva del condominio: el negocio jurídico realizado es meramente traslativo del dominio*”.

3.3.2 Extinción parcial subjetiva

La respuesta es diferente en el caso de extinción parcial subjetiva. No es lo mismo que se reduzca el número de inmuebles y se extinga la comunidad que recaiga sobre alguno de ellos que que se reduzca el número de comuneros pero manteniendo una situación de comunidad. Lo que entiende el TS es que en estos casos el comunero que sale de la comunidad está vendiendo su cuota a los demás comuneros, que pasan a tener una participación superior sobre el bien en común.

A esto podría añadirse que, si en los demás casos entendemos que no existe una transmisión patrimonial (siempre y cuando exista un equilibrio entre las compensaciones y las adjudicaciones), es porque con este negocio jurídico se pone fin a

una situación de comunidad, y esto no sucede en los casos en los que la comunidad permanece, aunque con un número inferior de copropietarios.

- **Condominio en el que cuatro copropietarios sobre un bien proindiviso se ven reducidos a dos, manteniéndose la copropiedad sobre el bien indiviso. Cesión o enajenación de cuotas. Tributación ITP.**

El TS, en la sentencia de 26 de junio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2297), fijó como doctrina de interés casacional que la calificación tributaria en este caso es la de una convención que supone la adjudicación a dos de los comuneros de una participación superior a la que inicialmente tenían en la comunidad de propietarios, con una contraprestación onerosa, que era la correlativa obligación de asumir el pago de la deuda garantizada con hipoteca sobre el bien. Y que se trata de un hecho imponible sujeto a la modalidad de TPO del artículo 7.2.B) del ITP-AJD, exceso de adjudicación declarado, que no puede acogerse a la previsión contenida en el artículo 1062, en relación con el artículo 406, ambos del CC, por lo que no concurre la exoneración de tributación por el hecho imponible TPO, recogida en el artículo 7.2.B), párrafo primero, del TRITPAJD.

Esta sentencia se remite, a su vez, a lo ya resuelto en la sentencia de 12 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8729), negando que en estos casos podamos hablar de división de la cosa común con exceso de adjudicación no sujeto.

“Desde luego que en esta conclusión no es irrelevante, como un elemento interpretativo, el alcance de la expresión “adjudicarse a uno” que utilizan el art. 1062 del CC, y en parecidos términos el art. 1056, párrafo segundo, del CC, a lo que se refiere el art. 7.2.B del TRITPAJD, que resultarían aplicables a la división entre partícipes de comunidad de bienes por remisión del art. 406 del CC. Pero además del elemento de interpretación gramatical, lo realmente relevante es que en el negocio jurídico examinado no existe, en absoluto, el ejercicio de una facultad de división de la cosa común, en la que se especifiquen los derechos que correspondían al comunero que transmite su participación, recibiendo éste una parte equivalente sustitutiva de su cuota ideal. Tampoco existe una adjudicación a un comunero con finalidad extintiva del condominio. El negocio jurídico realizado es estrictamente traslativo del dominio, y no extintivo de una situación de condominio. Con la transmisión, o por decirlo con la expresión legal, el exceso adjudicado a otro u otros comuneros, cuando la comunidad se mantiene, aunque con menor número de miembros, no se ejercita un supuesto derecho de “salida” de la comunidad por el condueño que transmite su participación. Los condóminos que transmiten su participación indivisa en la cosa común ejercitan estrictamente su derecho de disposición sobre la cuota, ideal que les corresponde, derecho que incluye, entre otras facultades, la de su enajenación, ya sea a favor de terceros –con la posibilidad de retracto legal por los demás comuneros (art. 1522 del CC)– o a favor de todos o cualquiera de los comuneros”.

El criterio que se recoge en ambas sentencias lo mantuvo el TS en sentencias posteriores, citando entre las últimas la de 19 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4894).

regap



COMENTARIOS

En ella se resuelve el caso de una comunidad formada por cuatro personas que pasó a una situación de solo dos condóminos por cuanto dos de ellos cedieron su tercio de propiedad a los otros dos, pasando estos a obtener la mitad indivisa, cada uno sobre el bien, y compensando económicamente a los primeros.

Si atendemos exclusivamente a la tesis finalista en el análisis de la verdadera naturaleza jurídica de las operaciones llevadas a cabo por los comuneros, podemos compartir con el TS que el condominio permanece y, por tanto, con tales operaciones no se persigue el ejercicio de una facultad de división de la cosa común, o de extinción de la comunidad, sino de cesión de cuotas entre comuneros en virtud de la facultad de disposición de su cuota que les confiere el artículo 399 CC, y en donde los comuneros que permanecen en la comunidad aumentan su participación.

Pero, si el análisis se hace desde otras perspectivas, la solución final puede variar. Esto ocurre si entendemos que la salida de un comunero representa el ejercicio de un derecho que le confiere la propia ley, pues existe una previsión legal (art. 400 CC) según la cual ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad, y cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común. Es verdad que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1062 CC, cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero en las comunidades de bienes no todos los comuneros, por las razones que sean, estarán dispuestos a aceptar esa forma de disolver la comunidad, y sí en cambio a compensar al comunero que sale con el valor de su participación, manteniendo la comunidad entre los demás, sin correr el riesgo de que el comunero que quiera salir de ella ejercite la acción de división y se proceda a la venta del inmueble en pública subasta, con admisión de licitadores extraños. Desde esta perspectiva, se podría defender que en estos casos no se produce una verdadera transmisión o una cesión de cuotas, siempre y cuando la compensación que reciban no vaya más allá del equivalente a las cuotas ideales que tenían sobre el bien o los bienes. Desde esta perspectiva, ninguno de los comuneros habría obtenido un beneficio o una ganancia patrimonial, y lo que se habría producido sería la especificación de un derecho preexistente. Cuestión distinta es que los comuneros reciban una compensación superior a la que les corresponde.

En los supuestos en que el condominio permanece, si bien reducido en el número de los copropietarios originarios, y en donde el incremento de la participación de los que quedan en la comunidad se corresponde con la adjudicación de la parte correspondiente de los comuneros que dejan de pertenecer a la comunidad²⁰, la DGRN (Resolución de 19 de julio de 2018) entiende que no se altera la naturaleza del negocio jurídico –que es meramente particional–, convirtiéndose en un acto de enajenación, por cuanto asistimos al nacimiento de una nueva comunidad sobre los bienes adjudicados. En una disolución de este tipo se produce una extinción de la comunidad originaria y, al mismo tiempo, si se adjudican los bienes al grupo de los antiguos comuneros, se produce “una nueva situación de comunidad sobre objeto distinto o una simple reducción del número de comuneros iniciales”. En la misma

²⁰ Supuesto contemplado en la STS de 26 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4167).

resolución, la DGRN dice que en estos casos no existe un acto de enajenación, sino de un negocio de naturaleza especificativa.

La postura de la DGRN se expresa en resoluciones como las de 4 de abril de 2016 y 2 de noviembre de 2018, y otras más recientes como la de 21 de febrero de 2023 (BOE 63, de 15 de marzo de 2023). Y es la siguiente:

«A la vista de esta doctrina, si el acto no produce la disminución de miembros de la comunidad, sino simplemente la alteración de las cuotas de los mismos, no cabrá calificarlo de acto de disolución, porque no existirán elementos suficientes para distinguirlo de la simple transmisión de cuotas. Sin embargo, todo acto, aunque no implique reducción de los miembros de la comunidad, por propia naturaleza, puede entenderse encaminado al cese final de la situación de comunidad y, aunque no se logre dicho efecto totalmente, si el acto tiende naturalmente a dicho resultado, podrá ser calificado de disolución.

Así pues, entre los supuestos de disolución, podemos considerar como ejemplos los siguientes:

a) En una comunidad que comprende varios bienes, los partícipes adjudican uno o varios bienes a alguno de ellos, en propiedad exclusiva, en pago de sus derechos en la comunidad, subsistiendo la comunidad entre los restantes partícipes no adjudicatarios sobre el resto de los bienes no adjudicados, con reajuste de las cuotas entre estos últimos. Sería un caso similar al que en el ámbito de la partición hereditaria recoge el artículo 80.1.c del Reglamento Hipotecario;

b) En una comunidad de bienes integrada por varias fincas, se forman lotes que se adjudican a grupos de partícipes diferenciados, recibiendo dichos grupos de adjudicatarios los lotes en comunidad proindiviso;

c) En una comunidad sobre un bien indivisible, material o económicamente, los copropietarios acuerdan adjudicarlo en proindiviso a varios de ellos, que compensan en metálico a los no adjudicatarios, y

d) En una comunidad sobre un solo bien, los titulares de algunas de las cuotas, pero no de todas, entre ellos se adjudican las cuotas de que son titulares, recibéndolas uno o varios de ellos que compensan en metálico a los demás».

La calificación de los casos de extinción parcial subjetiva por salida de comuneros que se ven compensados por los demás según el valor de sus cuotas, como un acto de naturaleza especificativa, es la que mantienen los magistrados del TS que emitieron los votos particulares en sentencias como las de 26 de junio de 2019 y 19 de diciembre de 2022. En la STS de 26 de noviembre de 2020, los votos particulares se alinearon con el voto particular emitido por uno de los magistrados que formaban parte de la sala que dictó la sentencia recurrida, sentencia del TSJ de Madrid sección cuarta, de 8 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TSJM:2017:12262).



Los notarios Antonio Botía y Ana Botía²¹ consideran que, en caso de discrepancia, debe prevalecer la opinión de la DGRN sobre la DGT. Aunque a reglón seguido reconocen que la DGRN no se manifiesta claramente acerca de la naturaleza jurídica de la comunidad, consideran que, cuando un comunero o comuneros sale de la comunidad, permaneciendo esta con los demás, nos encontramos ante una verdadera extinción del condominio y, por tanto, no podría tributar por el ITP, pues la salida de un comunero que es compensado por la cuota que antes tenía en ella se trata de un negocio que constituye un paso más para conseguir la extinción total del condominio. Esta tesis vendría avalada por la DGRN, según la cual, en los supuestos de disoluciones de condominio, reducción de comuneros, disoluciones parciales de comunidad, nos encontramos ante un negocio especificativo o dispositivo en función de su causa y objeto (y no de las personas), y entonces tendrá naturaleza especificativa si lo que se consigue es reducir la comunidad sobre el bien que constituye su objeto.

Incluso, los notarios Antonio y Ana Botía, en el caso del artículo 1062.2 CC –que permite vender una finca indivisible y repartir el dinero si no hay acuerdo sobre cómo adjudicarla–, consideran que se trataría de un negocio con una doble causa: en la relación entre vendedor y comprador la causa sería la transmisión del dominio a favor de este. Y en la relación entre los vendedores habría otra causa, que sería poner fin a la comunidad. Y a su juicio debe prevalecer la causa particional sobre la traslativa, por cuanto es la necesidad de disolver el condominio lo que motiva la venta y no al revés.

Ahora bien, todas estas afirmaciones se hacen en consideración a los posibles efectos civiles que puedan producir tales situaciones, como lo es a efectos de comprobar el cumplimiento de los requisitos de capacidad, o para comprobar si es necesaria la autorización judicial del artículo 166 CC si hay menores.

Por su parte, el notario J.M. Juárez²², en el caso de la segregación de una finca en dos, con adjudicación de una parte a tres comuneros y otra parte a otros dos comuneros en proporción a su cuota de participación en la comunidad, considera que este negocio jurídico, desde el punto de vista civil, se trata de una extinción del condominio, de una disolución de la comunidad, originando nuevas comunidades, en contra de la postura manifestada por la DGT en la consulta V1918-2022, de 8 de septiembre, según la cual lo que existe aquí es una permuta de cuotas.

Los casos de extinción parcial subjetiva por salida de varios comuneros que se ven compensados por los demás según el valor de sus cuotas, J.M. Juárez los considera como “*auténticas extinciones parciales subjetivas de condominio*” y, por tanto, como actos declarativos, determinativos, y especificativos, que solo pueden incidir en el AJD si se formalizan en escritura pública y cumplen los restantes elementos conformadores de la sujeción por dicha modalidad. Junto a estas auténticas extinciones de condominio, según J.M. Juárez, estarían los supuestos de falsa extinción parcial subjetiva de condominio: cuando el acuerdo de disolución no lo han tomado todos los copropietarios, sino solo algunos, transmitiendo las cuotas entre ellos, porque

²¹ “Disolución del condominio y Fiscalidad” Admin, 20/02/2019 notariosyregistradores.com.

²² J.M. Juárez, informe fiscal de febrero 2022. *Defensa de las extinciones parciales subjetivas de condominio*. 28 de febrero de 2023.

entonces aquí lo que existiría en realidad es una venta por precio en dinero de la cuota indivisa. Este también sería el caso contemplado en la STS de 19 de diciembre de 2022, o en las STS de 16 de octubre de 2019 y 17 de diciembre de 2020.

Considera J.M. Juárez²³ que en la extinción parcial subjetiva también existe una auténtica disolución parcial de comunidad, siempre que concurren los siguientes requisitos: primero, que al comunero que abandona la comunidad y en pago de su cuota se le adjudican bienes de la comunidad equivalentes a su haber teórico en ella; y, segundo, que los comuneros que permanecen en la comunidad sigan en ella, manteniendo su cuota respecto de los bienes no adjudicados al comunero saliente acrecentada en proporción a la misma con la prorrata proporcional del comunero saliente.

3.4 Tributación de los excesos de adjudicación. ITP, no ISD

La STS de 12 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3083) ha resuelto esta cuestión, explicando que a los excesos de adjudicación en casos de división de la cosa común es aplicable el TRLITPyAJD y su reglamento, lo cual descarta la caracterización del exceso de adjudicación como donación, así como su gravamen en tal concepto, al faltar, entre otros requisitos, el *animus donandi*. Y es que los excesos de adjudicación están específicamente regulados, con carácter general, esto es, al margen de que provengan de una disolución matrimonial o de otras causas de división de la cosa común, en el artículo 7.2.B) del TRLITPyAJD, excluyéndolos por tanto del ámbito objetivo del impuesto sobre donaciones (ISD).

IV. CUESTIONES CONFLICTIVAS EN EL IAJD

4.1 Normativa

- TRLITPyAJD y su reglamento, Real decreto 828/1995.
- El artículo 4 del TRLITPyAJD establece que:

“A una sola convención no puede exigírsele más que el pago de un solo derecho, pero cuando un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquéllas, salvo en los casos en que se determine expresamente otra cosa.”
- El artículo 27 del TRLITPyAJD, al regular el hecho imponible de este impuesto (art. 67 del reglamento), sujeta a gravamen los documentos notariales.
- El artículo 30.1, al regular la base imponible (art. 69.1 del reglamento), establece, en lo que aquí interesa, que:

²³ Admin, 23/01/2017. La tributación en el ITP y AJD de las disoluciones de la comunidad.

“En las primeras copias de escrituras públicas que tengan por objeto directo cantidad o cosa valuable servirá de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa (...)

Cuando la base imponible se determine en función del valor de bienes inmuebles, el valor de estos no podrá ser inferior al determinado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de este texto refundido (cuyo apartado 2 dispone que: En el caso de los bienes inmuebles, su valor será el valor de referencia previsto en la normativa reguladora del catastro inmobiliario, a la fecha de devengo del impuesto...).”

- **El artículo 31.2, al regular la cuota tributaria (arts. 71 y 72 del reglamento), establece lo siguiente:**

“Las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del artículo 1 de esta Ley, tributarán, además, al tipo de gravamen que, conforme a lo previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, haya sido aprobado por la Comunidad Autónoma.

Si la Comunidad Autónoma no hubiese aprobado el tipo a que se refiere el párrafo anterior, se aplicará el 0,50 por 100, en cuanto a tales actos o contratos”.

- **El artículo 61 del reglamento (Disolución de comunidades de bienes) dispone que:**

“1. La disolución de comunidades que resulten gravadas en su constitución se considerará, a los efectos del impuesto, como disolución de sociedades, girándose la liquidación por el importe de los bienes, derechos o porciones adjudicadas a cada comunero.

2. La disolución de comunidades de bienes que no hayan realizado actividades empresariales, siempre que las adjudicaciones guarden la debida proporción con las cuotas de titularidad, sólo tributarán, en su caso, por Actos Jurídicos Documentados”.

4.2 Supuestos objeto de conflicto

- ¿Vulneración de la prohibición de doble imposición? ¿El artículo 7.2 B) recoge un supuesto de sujeción, pero de exención del ITP, que impediría la tributación por el IAJD?

La sentencia de 13 de julio de 2017 del TSJ de Andalucía, con sede en Sevilla, interpretando la STS de 28 de junio de 1999, sostuvo la siguiente tesis:

“(…) su doctrina tiene un carácter eminentemente civil, pero no obstante fundamenta la inexistencia de transmisión en el derecho abstracto preexistente de los condóminos y afirma que por tanto no se producen efectos civiles ni fiscales. Empero en el orden tributario, la interpretación que debe hacerse de la sentencia no es la de que no haya existido transmisión, sino que la misma no puede tener efectos fiscales, pues la excepción del 7.2.B del R.D.Leg. 1/1993 ha de interpretarse no como un supuesto de no sujeción, sino de sujeción en la que concurre exención, por lo que no puede gravarse como acto jurídico documentado. Con arreglo a la doctrina expuesta ha de confirmarse la resolución impugnada y coincidir con la misma en que la operación realizada debe incluirse en el concepto de exención, en tanto que la adjudicación no produce efectos civiles, ni tributarios, por lo que no debe tributar por el concepto de ITPAJD, so pena de infringir el principio de prohibición de doble imposición del art. 31.2. del R.D.Leg.1/1993”.

Sin embargo, este criterio no fue avalado por el TS, que ya desde la sentencia de 14 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:960), a la que le siguieron otras muchas²⁴, considera que, si no estamos, como es el caso, ante una transmisión onerosa “*inter vivos*”, no resulta aplicable dicho precepto en ninguno de sus apartados, dado que no tiene acomodo en ninguno de los supuestos definidos en el apartado 1 del artículo 7, particularmente su letra A), ni tampoco ante ninguno de los previstos en el apartado 2 del mismo precepto, en particular en su letra B), puesto que *no se ha producido ningún exceso de adjudicación (ni sujeto ni no sujeto)*. No se tributará, por tanto, por la modalidad de TPO. Sí se tributará por la modalidad de AJD.

- **Tributación por la cuota fija y por la cuota gradual.**

El TS, en las sentencias citadas en el anterior apartado, sostiene que la tributación por el IAJD lo es no solo por la cuota fija (art. 31.1 TRLITPyAJD), sino también por la cuota gradual, puesto que concurren todos los requisitos previstos en el artículo 31.2: nos hallamos ante i) la primera copia de una escritura pública; ii) que tiene por objeto cantidad o cosa valuable; iii) que contiene acto o contrato inscribible en el Registro de la Propiedad; y iv) que no está sujeto al impuesto sobre sucesiones y donaciones, ni a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, ni a la modalidad de operaciones societarias del propio ITPyAJD.

²⁴ Citando como ejemplo las de 26 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1058), 9 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2490), 16 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:9603271), 27 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:137) y (ECLI:ES:TS:2020:135), 30 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:227) y 18 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1291).

- **Cuando se otorga una escritura pública de declaración de obra nueva, división horizontal y atribución de bienes a los condóminos. Una sola convención.**

Conforme a lo dispuesto en el artículo 4 del TRLITPyAJD, a una sola convención no puede exigírsele más que el pago de un solo derecho. Pero, cuando un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquellas, salvo en los casos en que se determine expresamente otra cosa.

Cuando en una misma escritura pública se formaliza la declaración de obra nueva, la división horizontal y la atribución de bienes a los condóminos, o estas dos últimas operaciones, ¿se deben girar dos liquidaciones, gravando por un lado la declaración de obra nueva y, por otro lado, la división horizontal con adjudicación de inmuebles? ¿O la división horizontal por un lado y la adjudicación del bien por otro? La respuesta ha de ser negativa, pues el acto de declaración de obra nueva y de división horizontal, o solo este si es el único que antecede al de adjudicación de los bienes, se consideran como antecedente inexcusable de la división material de la cosa común, de modo que en estos casos solo se produce una convención.

El TS, en la STS de 12 de noviembre de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:6670), en línea con lo resuelto en la sentencia anterior de 4 de abril de 1977, ha dejado clara la siguiente distinción: cuando la división horizontal se trata de una escritura autónoma, en cuyo caso está sujeta al IAJD, o cuando la división horizontal va seguida, sin solución de continuidad, por la adjudicación de los diferentes bienes de manera individualizada a los miembros de la comunidad de propietarios titular proindiviso del edificio, pues esta operación no es más que un antecedente inexcusable de la división material de la cosa común, y por tanto, al existir una sola convención, solo se podrá practicar una liquidación:

“(...) la división horizontal no entraña desaparición de la situación de comunidad precedente e incluso –añadimos nosotros– se produce habitualmente por las Empresas promotoras y constructoras sin que exista ningún condominio, como preparación, mediante el documento público y la inscripción registral, de la posterior enajenación de las viviendas y locales del edificio y en tales casos, es decir, cuando se trata de una escritura autónoma, está sujeta al impuesto de Actos Jurídicos Documentados, pero cuando la división horizontal va seguida, sin solución de continuidad, por la adjudicación de los diferentes pisos y locales de manera individualizada a los miembros de la comunidad de propietarios titular proindiviso del edificio, no es más que un antecedente inexcusable de la división material de la cosa común, integrándose en la figura que la Ley invocada asimila a la disolución de sociedad.

En efecto, si resulta posible otorgar una escritura de división horizontal sin que se altere la titularidad común o exclusiva del inmueble, no lo es practicar la división material del edificio y adjudicar los pisos y locales a los comuneros sin haber realizado antes la división horizontal de los mismos y cuando esta se produce

en el mismo acto de la disolución de la sociedad a que legalmente se equipara la disolución del condominio, no puede gravarse por ambos conceptos”.

El TEAC asumió este criterio en resoluciones como la de 11 de julio de 2019 (JT 2019\912). Ya lo venía haciendo en resoluciones anteriores, como la de 21 de julio de 1999 (JT 1999\1931).

El TS, en la sentencia de 18/10/2023 (ECLI:ES:TS:2023:4278), apreció la división horizontal como antecedente inexcusable de la división material de la cosa común, razonando que:

“En los supuestos en los que en un mismo documento notarial se formaliza la división en régimen de propiedad horizontal y la extinción del condominio pre-existente con adjudicación a los comuneros de su porción, a los efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad de actos jurídicos documentados, sólo procede que se liquide por la extinción del condominio al ser la división horizontal una operación antecedente e imprescindible de la división material de la cosa común”.

La DGT ha venido manteniendo la postura de que existen dos convenciones: entre otras, consulta vinculante V2185/21, de 30 de julio (JT 2021\1048); y otras anteriores como la V3313/15, de 27 de octubre (JUR 2016\16626). Aunque la DGT no siempre se ha pronunciado de esta manera, pues en consultas más antiguas, como la V1446/2001, de 11 de julio, se acogió al criterio del TS fijado en la sentencia de 12 de noviembre de 1998. Y acabó concluyendo que *“si efectivamente la división de la propiedad horizontal y la adjudicación de los pisos y locales a los comuneros se realizó, sin solución de continuidad, en un solo acto jurídico, resulta posible girar una sola liquidación por el gravamen de Actos Jurídicos Documentados”.*

- Cuando se otorga una escritura pública de segregación y de disolución de la comunidad de bienes. Una sola convención.

El propio TEAC, en la Resolución de 11 de julio de 2019 (JT 2019\912), considera aplicable la doctrina sentada por el TS en la sentencia de 12 de noviembre de 1998 a los casos en los que en una misma escritura pública se documenta una segregación y una extinción de proindiviso de la finca segregada, cuyas nuevas fincas independientes se adjudican en el mismo acto junto a la finca resto matriz a los copartícipes, pero con una salvedad, y es que en ese caso el TEAC entendió que la segregación de la finca finalmente adjudicada a una de las entidades era requisito inexcusable para, mediante su adjudicación en pleno dominio, extinguir la comunidad, pero no lo era en cambio el acto de creación por segregación de las otras dos fincas adjudicadas a la otra entidad, que debía considerarse como un acto conveniente o necesario para otros fines, pero no inexcusable para la extinción del proindiviso, ya que hubiera bastado segregar una finca y adjudicar dicha finca a un titular y el resto de la finca matriz al otro titular. Por ello, la segregación de esas dos fincas debía tributar por AJD.

El TS, en la sentencia de 23/09/2024 (ECLI:ES:TS:2024:4704), sentó la siguiente doctrina: *“En el caso de que en una escritura pública se formalice tanto la disolución y*



extinción de una comunidad de bienes dedicada a una actividad empresarial como la segregación y adjudicación de los bienes que la conforman, debe apreciarse la existencia de una única convención a efectos de su gravamen y, por tanto, debe tributarse solo por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la modalidad de operaciones societarias". Y esta doctrina fue reiterada en la posterior de 18/11/2024 (ECLI:ES:TS:2024:5625).

- **Aplicación de la doctrina de la STS de 12 de noviembre de 1998 a los casos en los que se otorgan escrituras sucesivas.**

Para aplicar la citada doctrina y evitar la consideración de dos convenciones, y por tanto de dos hechos imposables, no es necesario que la segregación y adjudicación, o la división de la propiedad horizontal y la extinción de la comunidad, se realicen en una sola escritura, sino que puede aplicarse cuando esos negocios jurídicos se plasman en escrituras independientes pero sucesivas. La sentencia dictada por el TSJ de Galicia el 20 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TSJGAL:2017:8516) sostiene que *"en lo que aquí nos interesa, si consideramos que la operación instrumentalizada, de efectuarse en un único documento, sería objeto de un solo tributo por aplicación de la sentencia de 12 de noviembre de 1998, no hay razón consistente para concluir que la mera documentación en dos escrituras sucesivas genere el devengo de dos impuestos"*.

- **Cuando se otorga una escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales y de disolución de la comunidad de bienes existente sobre un inmueble indivisible. Una sola convención.**

Así lo dice el TS en la sentencia de 9 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3634):

"(...) en los supuestos en los que en un mismo acto se formalice la disolución de una comunidad de bienes o ganancial y la extinción del condominio preexistente sobre un inmueble, con adjudicación a un comunero, solo procede que se liquide por el gravamen de actos jurídicos documentados la extinción del condominio, sin poder hacerlo por la disolución de los gananciales, al tratarse esta última de una operación antecedente e imprescindible de la división material de la cosa común; de forma que sólo cabrá una liquidación única por la modalidad gradual de actos jurídicos documentados por el concepto de extinción del condominio, y no por la división horizontal".

- **Cuando se otorga una escritura pública de disolución de una comunidad de bienes dedicada a una actividad empresarial, y la segregación y adjudicación de bienes que la conforman.**

En estos casos, el TS también entiende que hay una sola convención. En la sentencia de 23/09/2024 (ECLI:ES:TS:2024:4704) sienta el siguiente criterio: *"En el caso de que en una escritura pública se formalice tanto la disolución y extinción de una comunidad de bienes dedicada a una actividad empresarial como la segregación y adjudicación de los bienes que la conforman, debe apreciarse la existencia de una única convención a efectos de su gravamen y, por tanto, debe tributarse solo por el Impuesto*

sobre *Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la modalidad de operaciones societarias*”, doctrina seguida en otras sentencias posteriores, como las de 26/09/2024 (ECLI:ES:TS:2024:4701 y ECLI:ES:TS:2024:4699).

- **La base imponible no se puede calcular sobre el valor de la totalidad del inmueble, sino sobre el de la parte que se adquiere ex novo.**

El TS, en sentencias de 9 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3634) y 20 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:966), ha señalado que:

“la extinción del condominio como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales, con adjudicación a uno de los cónyuges comuneros de un bien indivisible física o jurídicamente, cuando previamente ya poseía un derecho sobre aquél derivado de la existencia de la comunidad en que participaba, puede ser objeto de gravamen bajo la modalidad de actos jurídicos documentados, cuando se documenta bajo la forma de escritura notarial, siendo su base imponible la parte en el valor del referido inmueble correspondiente al comunero cuya participación desaparece en virtud de tal operación y, en este asunto, del 50 por 100 del valor del bien, como declaró el TEAR de la Comunidad Valenciana, en criterio ratificado por la Sala de instancia”.

En la primera de ellas, se pronunciaba sobre la conformidad a derecho de una liquidación en concepto de IAJD con motivo de una escritura de liquidación de gananciales y de la extinción de la comunidad de bienes existente sobre una vivienda que pertenecía con carácter común a un matrimonio, siendo ambos cónyuges dueños cada uno de la mitad indivisa, declarando que:

“la convención por virtud de la cual un cónyuge adquiere su mitad indivisa –e indivisible–, de la que ya poseía la otra mitad indivisa por razón de la comunidad que se extingue, compensando en su estricta parte al otro en el valor de tal mitad, no constituye un exceso de adjudicación y, por ende, una transmisión patrimonial en sentido propio, susceptible de gravamen bajo la modalidad del ITP”.

Partiendo de este criterio, el TS, en sentencias posteriores, como las de 18 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1291), 3 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1343), 30 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:227), 27 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:135), 24 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:13), 16 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3271) y 9 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2490), entre otras, sostiene que:

“Ello permite inferir racionalmente, con toda lógica, que el valor de lo que se documenta en una convención de esta clase no puede equivaler al de la totalidad del bien, inmueble en este caso, que es objeto de división, sino sólo el de la parte que se adquiere ex novo y sobre el que estrictamente recae la escritura pública”.

- **¿Puede gravar el IAJD una resolución judicial, inscribible en el registro de la propiedad, que resuelve sobre la división de una cosa común?**

Regap



COMENTARIOS

Esta cuestión ha quedado imprejujada en la STS de 7 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3298). En el Auto de 7 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3298), el TS admitió un recurso de casación considerando como cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia la siguiente:

“Precisar si la división de una cosa común efectuada por subasta judicial voluntaria y documentada en una resolución judicial legalmente inscribible en el registro de la propiedad puede ser gravada por la modalidad de Actos Jurídicos Documentados (documentos notariales) del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, pese a que el referido documento no reviste carácter de escritura ni otro documento notarial”.

El Auto de 7 de octubre de 2020 justificaba la admisión del recurso en que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS había dictado diversas sentencias referidas al gravamen de extinción del condominio por la modalidad de AJD (documentos notariales), como la de 14 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:960), pero que estas resoluciones se refieren a la documentación en escritura pública notarial de la disolución de la cosa común, sin que se haya resuelto sobre el gravamen por el citado tributo en función de la clase de documento, esto es, de la extinción del condominio efectuada por virtud de subasta judicial voluntaria y documentada en un título judicial.

Sin embargo, como he adelantado, la cuestión quedó imprejujada, pues la STS de 7 de octubre de 2020 apreció una discordancia entre la cuestión de interés casacional delimitada en el auto de admisión y el presupuesto fáctico a enjuiciar:

“En este caso, pronunciarnos sobre una hipotética sujeción al gravamen de una resolución judicial, cuando ninguna referencia a la misma se hace en sentencia, sino que se habla expresamente de escritura pública de división, cuando aún entendiésemos que realmente se está refiriendo al Decreto de la Secretaria Judicial, y llegásemos a la conclusión de que no está sujeto este al gravamen de actos jurídicos documentados, dicha declaración no podría dar lugar a acoger, a la postre y como jueces de instancia, la nulidad de la resolución del TEAR en esta cuestión, en tanto que como se ha dicho la reclamación y la resolución del TEAR resultan extrañas a este gravamen y, por consiguiente, a la devolución de la suma abonada por actos jurídicos documentados, al parecer, solicitada en su día por la recurrente y de forma paralela al procedimiento de comprobación objeto de estos autos. Se impugnó una liquidación por transmisiones patrimoniales por un posible exceso de adjudicación, al margen de todo punto a la procedencia o no del gravamen por actos jurídicos documentados y, en su caso, al derecho a la devolución a favor de la parte recurrente”.

Simplemente debemos añadir que el recurso de casación se interponía contra la sentencia dictada por el TSJ de Murcia de fecha 29 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TSJMU:2018:2332), en un recurso en el que, ante la dificultad de realizar lotes de los bienes que integraban una comunidad, los comuneros optaron por llevar a cabo una subasta judicial voluntaria para hacer el reparto de acuerdo con los

precios de mercado, subasta en la que uno de los comuneros se adjudicó todos los bienes pagando a los demás su participación (los bienes les pertenecían proindiviso a partes iguales) en metálico, de conformidad con los artículos 404 y 1062 CC.

Esta sentencia finalizaba diciendo en el FD 3.º que:

“A otra conclusión llega sin embargo la Sala al entender que la escritura de división debe tributar por Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, como el propio actor entendió al presentar su autoliquidación, aunque ahora diga lo contrario y solicite la devolución de ingresos indebidos. Al contrario de lo que dice en la demanda es evidente que se dan los requisitos para que se produzca el devengo y el hecho imponible de este impuesto. Además del otorgamiento de una escritura pública, es evite que ésta tiene contenido valuable y acceso al Registro de la Propiedad conforme a lo dispuesto en el art. 61 del Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y 30 y siguientes LITP”.

- Valor de referencia en el IAJD.

La DGT, en la consulta V2496-23, de 18 de septiembre, analiza un caso de extinción de un condominio formado por 27 propietarios, que recae sobre una vivienda. La extinción de condominio se hizo mediante adjudicación a un copropietario (5%) que compensa a los demás. Adquiere el 95%. Características del inmueble: año de construcción, 1976; en mal estado, requiere de una reforma integral para poder habitarlo. Valor pactado: 45.000 €, valor de referencia: 90.468,85 €.

La DGT responde de la siguiente manera:

“Se va a disolver la comunidad de bienes que existe sobre un inmueble y se va a adjudicar el inmueble al consultante que va a compensar con dinero al resto de los comuneros. La operación quedará sujeta a la modalidad de actos jurídicos documentados, cuya base imponible, con independencia de la valoración que hayan dado los comuneros, se deberá determinar según lo establecido en el artículo 30 del TRLITPAJD y conforme al artículo 10 del mismo por la parte que el consultante adquiere, el 95 por 100 del inmueble; es decir, deberá constar como base imponible el 95 por 100 del valor de referencia y liquidar por ese valor; posteriormente, si el consultante considera que la determinación del valor de referencia ha perjudicado sus intereses legítimos, podrá impugnar la autoliquidación y solicitar su rectificación en los términos establecidos en el artículo 10 del TRLITPAJD”.

regap



COMENTARIOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 68_julio-diciembre 2024 | pp. 411-449
Santiago de Compostela, 2024
[https://doi.org/ 10.36402/regap.v68i1.5283](https://doi.org/10.36402/regap.v68i1.5283)
© **Francisco De Cominges Cáceres**
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 27/03/2024 | Aceptado: 27/03/2025

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

68 Regap

Xurisprudencia contencioso-
administrativa

**Jurisprudencia contencioso-
administrativa**

Contentious-administrative
jurisprudence

Regap



COMENTARIOS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES
Magistrado (Galicia, España)
f.cominges@poderjudicial.es

1 Administración local

1.1 Pleno organizativo tras las elecciones municipales. A falta de acuerdo, el alcalde puede prorrogar las dedicaciones exclusivas y retribuciones de la corporación anterior

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG), en su sentencia de 19 de febrero de 2025 (rec. 216/2024, ponente: Sánchez Romero), ratifica el criterio del juzgado de instancia, conforme al cual, si tras las

elecciones municipales el pleno de la nueva corporación no es capaz de alcanzar un acuerdo sobre el número de dedicaciones exclusivas y las retribuciones del nuevo equipo de gobierno, el alcalde puede prorrogar las de la corporación anterior. La sentencia concluye 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 Obligación de los ayuntamientos de más de 20.000 habitantes de disponer de su propio servicio de bomberos. Legitimación activa de un trabajador municipal para exigir la implantación del servicio

La sentencia del TSJG de 29 de enero de 2025 (rec. 10/2024, ponente: Bolaño Piñeiro) confirma la condena al Ayuntamiento de Redondela (Pontevedra) a constituir un servicio municipal, propio, de prevención y extinción de incendios.

Concluye en primer lugar que el actor ostenta legitimación activa suficiente para poder ejercitar esa pretensión, toda vez 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 cuanto al fondo, reproduce la motivación de la sentencia apelada, en estos términos:

<<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 presupuestos municipales por insuficiencia manifiesta de la partida destinada a la subvención del transporte colectivo urbano de viajeros (bonobús)

La sentencia del TSJG de 28 de febrero de 2025 (rec. 7128/2024, ponente: López López) anula el acuerdo plenario del Ayuntamiento de A Coruña aprobatorio de los presupuestos municipales para 2024, respecto de la partida de 7,9 millones de euros establecida para cubrir la diferencia entre la tarifa común de transporte colectivo urbano (1,30 euros) y la bonificada, según el perfil del usuario del bonobús.

Condena a dicha Administración local a incrementar el importe destinado al descuento del 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 el tribunal en que el Ayuntamiento *“sí disponía de datos suficientes para elaborar un presupuesto ajustado al verdadero volumen previsible de ese gasto (...) pues 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 El secretario del pleno de un ayuntamiento de gran población carece de competencia para dictar actos administrativos en general y para efectuar la convocatoria de una mesa de negociación de personal en particular

Así lo determina el TSJG en su sentencia de 18 de diciembre de 2024 (rec. 395/2023, ponente: Bolaño Piñeiro), confirmatoria en apelación de la sentencia de instancia, en la que se resuelve un conflicto entre el secretario general del Pleno del Concello de Vigo, una concejala del equipo de gobierno y la secretaria de administración (habilitada general), a propósito de la convocatoria de una mesa de negociación en materia de personal.

Incide esta sentencia, reproduciendo la 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>>. Por lo que dicho secretario no puede convocar, por sí solo, una mesa de negociación, ni aprobar su orden del día.

Por otra parte, concluye también que la convocatoria de dicha mesa de negociación, con su orden del día, es un acto de mero trámite no recurrible.

1.5 Los policías locales en prácticas carecen de derecho a dietas por el período de formación en la Academia Galega de Seguridade Pública

La sentencia del TSJG de 26 de marzo de 2025 (rec. 281/2024, ponente: Sánchez Romero) confirma la desestimación de la reclamación de dietas formulada por policías locales en prácticas por los gastos de manutención, alojamiento y desplazamiento que han de asumir durante su fase formativa en la Academia Galega de Seguridade Pública (Agasp) de A Estrada. Incide el TSJG en esta sentencia 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 verbales sin expediente de contratación. Inaplicabilidad de la normativa de contratos públicos

El TS, en su sentencia de 24 de febrero de 2025 (rec. 6295/2021, ponente: Calvo Rojas) establece la siguiente doctrina jurisprudencial:

<<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>>.

Se avanza así en la determinación del régimen jurídico aplicable a los encargos verbales encomendados por autoridades o funcionarios con omisión total y absoluta del procedimiento de contratación administrativa.

Con esta sentencia del alto tribunal parece quedar claro, en primer lugar, que el abono de la indemnización que corresponda a quien con buena fe haya cumplido el encargo a satisfacción de la Administración (enriquecimiento injusto) no se puede encauzar mediante el mecanismo de la revisión de oficio de contratos nulos (regido por la normativa de contratación pública). En consecuencia, se habría de formalizar, en principio, bien mediante el sistema del reconocimiento extrajudicial de créditos (procedimiento problemático por su escasa regulación), bien mediante el de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

Y, en segundo lugar, que el *dies a quo* o de inicio del cómputo de los intereses por la demora en el pago del precio ha de tomar como referencia no la fecha de presentación de la factura, o de la reclamación de la deuda, sino la del reconocimiento expreso de la misma por la Administración.

2.2 La concesionaria de la autopista AP-9 solo puede exigir el pago de los “peajes en sombra” a la Administración del Estado.

Así lo ha determinado el TSJG en su sentencia de 14 de marzo de 2025 (rec. 7101/2024, ponente: Villares Naveira), en la que, confirmando el criterio de su anterior sentencia de 15 de junio de 2022 (rec. 7140/2021), libera a la Xunta de Galicia de abonarle a Autopistas del Atlántico Concesionaria Española (Audasa) 12,3 millones de euros reclamados en compensación por los peajes en sombra de determinados tramos de la AP-9 correspondientes a las anualidades de 2020 y 2021. Concluye la 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 precios.

La sentencia del TSJG de 31 de octubre de 2024 (rec. 7043/2024, ponente: López López) estima el recurso promovido por una constructora frente a la desestimación por la Xunta de Galicia de su solicitud de revisión de precios de un contrato de obras, por sobrecoste de materiales, al amparo del Real decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo.

La sala analiza exhaustivamente lo dispuesto en dicha norma, en relación con la Orden HFP/1070/2022, de 8 de noviembre, que lo desarrolla, y el régimen general de revisión de precios establecido en la normativa general de contratación pública, incidiendo en lo siguiente:

<<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 bienes de valor histórico. Naturaleza jurídica de la “comisión de sabios” que fija el justiprecio. Imputación de intereses de demora a la Administración municipal expropiante

El TS, en su sentencia de 22 de julio de 2024 (rec. 4118/2023, ponente: Lesmes Serrano), analiza la naturaleza de la “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 en el artículo 78 de la Ley de expropiación forzosa para la tasación pericial del justiprecio en la expropiación de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico, a propósito de la expropiación por el Ayuntamiento de A Coruña en el Castro de Elviña.

El alto tribunal concluye que:

<<(…) esta singular Comisión, constituida 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 de las resoluciones del Jurado de Expropiación de Galicia. Valoración de suelo rústico: factor global de localización

La sentencia del TSJG de 30 de septiembre de 2024 (rec. 7023/2023, ponente: López López) estima el recurso promovido por un particular frente a un acuerdo del Xurado de Expropiación de Galicia sobre valoración del justiprecio de la expropiación de determinadas fincas de suelo rústico en la Red Natura 2000, para la construcción de un parque eólico.

La sala comienza desgranando los parámetros de control de este tipo de resoluciones, incidiendo en que, para poder vencer la presunción de acierto que recae sobre los jurados de expropiación, el 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 el caso concreto concluye 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” (FI) que se ha empleado para la fijación de su justiprecio desde el momento en que ese parámetro (FI, 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

Regap



COMENTARIOS

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 está exigiendo 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 y urbanismo

4.1 Parques eólicos. Fraccionamiento de proyectos para eludir garantías ambientales. Requisitos del trámite de información pública

El TSJG, en una serie continuada de sentencias (relacionadas en números anteriores de esta revista), anuló diversas autorizaciones de la Xunta de Galicia otorgadas para la instalación o ampliación de parques eólicos. Entre otros motivos, al apreciar en la mayoría de los casos la concurrencia de tres defectos cumulativos:

En primer lugar, por la necesidad –a su entender– de que los informes preceptivos se recaben y obtengan antes del inicio del trámite de información pública del proyecto y estudio de evaluación ambiental (no subsanándose el defecto si se emiten después).

En segundo lugar, al considerar que la reducción de la fase de exposición pública del proyecto y estudio ambiental a solo 15 días, amparada en la disposición adicional 1ª.4 Ley 8/2009, de 22 de diciembre, reguladora del aprovechamiento eólico en Galicia (actuaciones declaradas de “interés especial”), vulnera el artículo 6.7 de la Directiva 2011/92, de 13 de diciembre, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (modificada por la Directiva 2014/52), en el que –con efecto directo– se exige un plazo mínimo de 30 días.

En tercer lugar, por la indebida segregación en fraude de ley, como parques independientes de pequeña entidad aparente, de ámbitos mucho más amplios que realmente conforman una unidad, sometida a normativa ambiental más restrictiva.

El TS en sus sentencias de 21 de marzo de 2025 –dos– (recs. 7213/2023 y 3716/2024, ponentes: Román García y Huet de Sande) se pronuncia de nuevo sobre las dos primeras cuestiones controvertidas, en sentido discrepante con la sala de instancia. No obstante la última palabra sobre dicha disquisición la tendrá el Tribunal de Justicia

de la Unión Europea. Ha admitido a trámite la cuestión prejudicial C-461/24 “Petón do Lobo”, planteada por el TSJG a 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 dos sentencias del TS dan un paso más y resuelven por primera vez la tercera cuestión controvertida (fragmentación de los proyectos), en sentido contrario al TSJG, fijando la siguiente doctrina jurisprudencial:

<<- 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 del concreto supuesto planteado:

<<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>>.

Regap



COMENTARIOS

4.2 Entidades de colaboración ambiental de la Comunidad Autónoma de Galicia: Indevida privatización de los procedimientos de evaluación ambiental.

La sentencia del TSJG de 7 de marzo de 2025 (rec. 7266/2023, ponente: Villares Naveira) declara la nulidad parcial del Decreto de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Vivenda de la Xunta de Galicia núm. 102/2023, de 15 de junio, por el que se regulan las entidades de colaboración ambiental (ECA) y se crean el Registro de Entidades de Colaboración Ambiental de la Comunidad Autónoma de Galicia y el Banco de personas expertas en evaluación ambiental (DOG núm. 125, de 03/07/2023).

Considera la sala que esta regulación de las ECA supone una privatización parcial, indebida, de los procedimientos de evaluación 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”*, la redacción del artículo 27 del decreto es incompatible con el artículo 9.2. del Estatuto básico del empleado público y el artículo 8.1. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Incide en que no constan *“mecanismos de control realizados por funcionarios públicos sobre la actuación de estas empresas en el procedimiento en concreto”*, lo que aboca a que las decisiones que han de adoptar las autoridades públicas *“sean simples ratificaciones, sin posibilidad de contraste”*. De manera que el 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”*.

La sentencia incide en que todas esas funciones 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”*. De esta forma, advierte que la propuesta que contienen los informes elaborados por la 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 manera que, así concebida, *“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”*. La 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 la jurisprudencia *“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”. Y 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 infraestructura de transporte de energía eléctrica por vulnerar la normativa de protección del patrimonio cultural de Galicia y del medio ambiente

El TSJG, en su sentencia de 31 de marzo de 2025 (rec. 7331/2022, ponente: Villares Naveira), estima el recurso del Ayuntamiento de Rois (A Coruña) frente a la autorización autonómica concedida para la instalación de una nueva línea eléctrica de alta tensión entre Lousame y Tivo, respecto de un tramo que atraviesa el Castro Lupario y el Camino Portugués a Santiago de Compostela, afectando también a varios pazos.

La Sala entiende que el entorno geográfico por el que discurrirá la infraestructura “debió ser considerado y analizado en la evaluación de impacto ambiental en su conjunto, no solo examinando sus elementos individualmente”. Incide en el vínculo existente entre el Castro Lupario y el Camino 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” (...).

Concluye, tras valorar el resultado de la prueba practicada en el proceso, y muy especialmente un dictamen del Consello da Cultura de Galicia, que el trazado de la nueva línea de alta tensión vulnera lo dispuesto en la normativa de protección del patrimonio cultural y del paisaje.

4.4 Naturaleza y contenido de los proyectos de urbanización

La sentencia del TSJG de 18 de diciembre de 2024 (rec. 4.962/2024, ponente: Martínez Quintanar) confirma en apelación la desestimación de un recurso promovido contra la aprobación de un proyecto de urbanización del Ayuntamiento de Vigo.

Realiza un interesante análisis sobre la naturaleza jurídica, contenido y límites de los proyectos de urbanización, con las siguientes conclusiones:

- Los proyectos de urbanización (PU) carecen de capacidad innovadora sobre el planeamiento detallado que ejecuta. No pueden alterar el trazado, ni la configuración de los viales y espacios públicos establecidos en el planeamiento.

Regap



COMENTARIOS

- Para resolver las posibles contradicciones o imprecisiones detectadas, deben primarse los parámetros de texto escrito sobre los gráficos, así como la realidad material existente.
- No hay la obligación de incluir en el PU dotaciones y equipamientos públicos que deban ser objeto de un proyecto constructivo independiente, aprobado ulteriormente mediante autorización diferenciada y autónoma al PU (escuela infantil, aparcamiento subterráneo, etc.).
- El PU debe respetar la normativa de accesibilidad, garantizando los itinerarios peatonales adaptados.

5 Personal

5.1 La duración del permiso de maternidad superior al de paternidad establecida en la Ley de empleo público de Galicia no incurre en discriminación

Así lo ha determinado el TSJG en su sentencia de 5 de diciembre de 2024 (rec. 269/2024, ponente: Fernández Barrio). La sala rechaza la pretensión del actor de que se extienda su permiso de paternidad de 16 semanas, a las 22 semanas que la referida Ley gallega 2/2015 le reconoce al permiso de maternidad del personal autonómico y 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 del concurso de méritos en los procedimientos selectivos de estabilización de personal temporal. Puntuación excesiva de los servicios prestados en la Administración convocante

La sentencia del TS de 26 de septiembre de 2024 (rec. 6920/2023, ponente: Murillo de la Cueva) ratifica la anulación de las bases de un procedimiento selectivo de estabilización de personal convocado por el Servicio Galego de Saúde (Sergas) por puntuar de manera muy superior el mérito de experiencia en el propio Sergas frente al obtenido en los sistemas sanitarios de otras comunidades autónomas. Declara, como doctrina jurisprudencial, 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 Personal interino ocupando plaza vacante. No procede su cese mientras el puesto no sea cubierto por funcionario de carrera. Abuso en la temporalidad. Derecho indemnizatorio

El TSJG, en su sentencia de 12 de febrero de 2025 (rec. 372/2023, ponente: Seoane Pesqueira), analiza el régimen jurídico aplicable al personal funcionario interino que ocupa plaza vacante.

Concluye, en primer lugar, que no puede ser cesado en tanto en cuanto no se cubra efectivamente su puesto por funcionario de carrera mediante el procedimiento legalmente establecido.

En segundo lugar, considera que la prolongación de su vínculo temporal ha resultado 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

Regap



COMENTARIOS

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>>.

Por último, analiza pormenorizadamente el régimen transitorio de los nuevos derechos indemnizatorios reconocidos al personal interino en el artículo 2.6 del Real decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público; y de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, a la que dio lugar; concluyendo su inaplicabilidad 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 Legitimación pasiva de concejales de la oposición para reforzar la defensa judicial del ayuntamiento personándose como codemandados

El TS, en su sentencia de 11 de marzo de 2025 (rec. 1069/2022, ponente: Bandrés Sánchez-Cruzat), reconoce la legitimación pasiva de quien era concejal de la oposición en el Ayuntamiento de O Porriño (Pontevedra), para personarse como codemandado, en defensa de los intereses municipales, en un proceso de reclamación de cantidad promovido contra dicha Administración. Fija el siguiente criterio jurisprudencial:

<<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 Concejal 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 legitima 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 codeemandada, 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

regap



COMENTARIOS

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 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

El TS, en su sentencia de 25 de marzo de 2025 (rec. 8024/2021, ponente: Bandrés Sánchez-Cruzat), clarifica el sistema especial de medidas cautelares positivas, dirigidas al pago de la deuda al contratista, establecido en el artículo 217 del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF) –actual artículo 199 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público–, con la siguiente 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 frente a parques eólicos. Principio de prevención. Apariencia de buen derecho. Inexigencia de caución

El TS, en su Auto de 2 de abril de 2025 (rec. 632/2024, ponente: Huet De Sande), estima la solicitud de medida cautelar formulada por la Asociación Petón do Lobo y

suspende el acuerdo del Consejo de Ministros de autorización del parque eólico de Moeche (A Coruña) –BOE de 28/08/2024–.

El auto comienza realizando un interesante análisis genérico sobre los principios que deben regir la tutela cautelar en la materia de los parques eólicos, combinando el de prevención y protección del medio ambiente con la ponderación de los valores ambientales en conflicto (afección al medio natural del concreto ámbito en el que se construirá la infraestructura vs. objetivo de la UE de descarbonización mediante la implantación de energías renovables). También sobre el parámetro de la apariencia de buen derecho a considerar en esta materia, con referencia específica a varios precedentes.

Sobre el caso concreto determina, en primer 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 también, en segundo lugar, que la evaluación ambiental del proyecto incurrió aparentemente en una grave deficiencia al omitir un análisis riguroso 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>>.*

Concluye así la procedencia de la 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).

Regap



COMENTARIOS

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 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 la: <<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>>.

Y exime a la asociación demandante de la obligación de constituir una 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 Responsabilidad patrimonial

7.1 Caída en ruta de senderismo por el río Tambre. Determinación de la Administración responsable. Relación de causalidad

El TSXG, en su sentencia de 26 de febrero de 2025 (rec. 7078/2024, ponente: López López), desestima la demanda indemnizatoria formulada frente a la Xunta de Galicia y al Concello de Noia por la responsabilidad patrimonial derivada de la caída en altura de una mujer (con resultado de muerte) mientras paseaba por la “ruta de senderismo del río Tambre”.

La sentencia concluye, en primer término, 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,

regap



COMENTARIOS

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 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 la inexistencia de responsabilidad administrativa, con estas consideraciones:

<<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 resbaladidad, 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>>.

Regap



COMENTARIOS

7.2 Responsabilidad patrimonial por mala praxis de la Administración sanitaria. Prohibición de regreso lógico.

El TSJG, en su sentencia de 28 de enero de 2025 (rec. 7143/2024, ponente: López López), desestima una reclamación indemnizatoria por defectuosa atención médica del Sergas, al considerar insuficientemente acreditada la “antijuridicidad” del daño. Se sostiene 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>>.

8 Sanidad

8.1 Inconstitucionalidad parcial de la modificación de 2021 de la Ley de salud de Galicia, de incorporación de medidas frente a pandemias

La sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 136/2024, de 5 de noviembre de 2024 (ponente: Campo Moreno, incluye voto particular), declara la nulidad parcial de la modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, aprobada por la Ley 8/2021, de 25 de febrero, en el contexto de la pandemia del covid-19, para incorporar determinadas medidas preventivas en crisis sanitarias, medidas como el aislamiento de personas enfermas, el confinamiento domiciliario, el internamiento en centro hospitalario o el sometimiento obligatorio a vacunación.

El TC descarta, en primer lugar, que dichas medidas constituyan supuestos de suspensión de los derechos fundamentales del artículo 55.1 CE reservados a la declaración del estado de excepción o el estado de sitio. Rectifica su doctrina anterior, establecida en la STC 148/2021, de 14 de julio (sobre la declaración del primer estado de alarma aprobada por el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo), concluyendo ahora 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, el TC aprecia que esta modificación de la ley gallega sí vulnera, en buena parte, la reserva de ley orgánica establecida en el artículo 81.1 CE, al efectuar restricciones esenciales sobre los derechos fundamentales a la integridad personal (art. 15 CE), a la libertad deambulatoria (art. 17 CE), a la intimidad personal (art. 18.1 CE), a la libertad de circulación (art. 19 CE) y al derecho de reunión (art. 21.1 CE). Declara así la nulidad de los artículos 38.2.b); letras c), d), e) y f) del artículo 41 bis; parte de la letra c) del artículo 42 bis; las letras d) y e) del artículo 42 bis, y las letras b) y c) del art. 43 bis de dicha Ley 2/2008, modificada por la Ley 8/2021.

Insiste el TC en que la declaración de inconstitucionalidad *<<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>>* por las Cortes Generales.

8.2 Delimitación de funciones del personal enfermero

El TS, en su sentencia de 18 de diciembre de 2024 (rec. 5017/2022, ponente: Fonseca-Herrero Raimundo), referida a Galicia, clarifica las funciones del personal enfermero del servicio de urgencias sanitarias 061, concluyendo 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>>.

Con la siguiente 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.

Regap



COMENTARIOS

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 en esos 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 de las pruebas obtenidas ilícitamente por vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio

El TS, en su sentencia de 23 de diciembre de 2024 (rec. 5663/2023, ponente: Navarro Sanchís), estima el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado frente a una sentencia del TSJG.

Analiza los límites a la invalidación de unas pruebas obtenidas con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, atribuida al auto que autorizó la entrada y registro en domicilio del obligado tributario, cuando tal apreciación se sustenta en la aplicación de un criterio jurisprudencial establecido con posterioridad a la firmeza de la resolución judicial de autorización. Concluye 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, conlleva la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio.(...).

en el caso que enjuicamos 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 de la tasa por instalación de redes de transporte de energía eléctrica. Nulidad del régimen de cuantificación

El TSJG, en su sentencia de 7 de enero de 2025 (rec. 4031/2024, ponente: Recio González), declara la nulidad parcial de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Viveiro reguladora de la tasa por el aprovechamiento especial del dominio público local por instalaciones de transporte de energía eléctrica, en cuanto a su sistema de cuantificación.

Aplica la última jurisprudencia establecida por el TS sobre esta materia, concluyendo que la 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 Ayudas para contratos predoctorales

La sentencia del TSJG de 26 de febrero de 2025 (rec. 427/2024, ponente: Seoane Pesqueira) ratifica la conformidad a derecho de la adjudicación por la Universidad de Santiago de Compostela de las ayudas para contratos predoctorales, con estas consideraciones:

<<(…) 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 Acuerdo de modificación/unificación de los grados académicos impartidos en escuela universitaria. Falta de legitimación activa para su impugnación

El TSJG en su sentencia de 26 de febrero de 2025 (rec. 104/2025, ponente: Fernández Barrio), desestima el recurso interpuesto por un profesor frente a un acuerdo de la Escuela Técnica Superior de Ingeniería de Caminos, Canales y Puertos de la Universidad de A Coruña, de modificación/unificación de grados académicos impartidos.

Regap



COMENTARIOS

Considera, en primer lugar, que el recurrente carece de legitimación 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 legitimación activa. (...)>>.

En segundo lugar, concluye que los defectos formales denunciados por el actor frente al órgano colegiado que adoptó el acuerdo impugnado son de escasa entidad, por lo que carecen de relevancia invalidante.

Regap

Recensiones

3



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 68_julio-diciembre 2024 | pp. 443-446
Santiago de Compostela, 2024
[https://doi.org/ 10.36402/regap.v68i1.5289](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 Relaciones Laborales
Universidad de Santiago de Compostela

1 Una visión general de la obra

El libro ante el cual nos encontramos tiene su origen en dos estudios previos realizados por la profesora Sonia Rodríguez-Campos González. De la lectura de la nota preliminar se desprenden los dos motivos que impulsan a la autora a realizar el trabajo sobre el que versa esta recensión: una incuestionable relevancia del turismo en la realidad socioeconómica nacional y la falta de estudios en la doctrina en torno a la red de Paradores. Bajo esta premisa, se somete a análisis este modelo de la intervención pública directa en dicho sector del derecho privado, a través de un

estudio jurídico-administrativo que profundiza en aspectos teóricos y prácticos de los Paradores en España.

El trabajo se inicia con un prólogo firmado por el profesor Lavilla Rubira, quien ofrece una breve introducción al estudio y dedica unas palabras de reconocimiento al destacado trabajo de la autora, así como a su trayectoria académica y profesional.

2 Estructuración

El cuerpo principal del estudio se estructura en cuatro partes diferenciadas, en las cuales se profundiza en sendos aspectos de los Paradores.

La primera parte de la obra recibe el título de «Administración Pública y Paradores. Los fundamentos» y está compuesta por los cuatro primeros capítulos.

El primero de ellos se titula «Introducción al sector público». En este capítulo se pone de manifiesto la pronunciada necesidad de cubrir el vacío –previamente– existente en la doctrina en relación con los Paradores, algo que, como señala la autora, resulta paradójico por cuanto el turismo desarrolla un papel fundamental en nuestra economía. Este primer capítulo concluye con una breve síntesis introductoria respecto a las diferentes empresas públicas que han intervenido en el turismo hasta la transformación en el año 1990 de la Administración Turística Española (ATE) en una sociedad estatal con la denominación de Paradores de Turismo de España, S.A.

El capítulo segundo lleva por título «La red de Paradores en la historia del turismo español». A través de este capítulo, se complementa la aproximación histórica iniciada en el capítulo anterior, la cual culmina en la actualidad con la clasificación (entre regionales o históricos) y caracterización de esta cadena hotelera pública.

El capítulo tercero responde a la denominación «La Administración turística del Estado». En él la autora distingue tres etapas históricas diferentes en la historia de la Administración general turística del Estado y concluye introduciendo al lector en dos órganos de especial relevancia a los cuales se les dedica el resto del capítulo: el Instituto de Turismo de España (Turespaña) y Paradores de Turismo de España S.M.E., S.A., sobre los cuales se exponen unas líneas generales acerca de su régimen jurídico.

El capítulo cuarto se titula «La diversa actividad administrativa en materia turística: el caso de los Paradores». En él se analiza el caso de los Paradores como una manifestación de actividad de gestión económica en la cual el Estado actúa como empresario hostelero, en competencia con el resto de partícipes privados, al amparo del ejercicio de libertad de empresa que confiere a la Administración el apartado segundo del artículo 128 de la CE.

La segunda parte de la obra, que tiene como rúbrica «El marco constitucional», está compuesta por el conjunto de capítulos que abarcan desde el quinto al octavo.

El capítulo quinto se titula «Referencia a las bases de la intervención administrativa en la economía» y aborda una perspectiva distinta de los Paradores, centrándose en su significación económica en cuanto a su consideración como intervencionismo público en la economía. Partiendo de esta premisa, la autora ofrece una breve

introducción a cuestiones que serán abordadas *a posteriori*, pero que orbitan en torno a la perspectiva económica, constitucionalidad y los límites de la intervención estatal en el mercado.

El capítulo sexto lleva por rúbrica «Los Paradores de turismo como ejercicio de la iniciativa pública en la actividad económica». En él se tratan los orígenes de estos establecimientos, cuyo inicio se remonta a la dictadura de Primo de Rivera, época en la que surgieron, además de los Paradores, diferentes modelos de intervencionismo público en España. Asimismo, se reflexiona sobre el encaje normativo de la finalidad a la que responden estos emplazamientos hoteleros, tanto en el ámbito supranacional con el TFUE como en el nacional en la CE.

El capítulo séptimo se titula «Bienes y derechos constitucionales implícitos en la realidad de los Paradores». La autora enumera los distintos intereses públicos que justifican la actividad de la red de Paradores, entre los que se encuentran, por citar algunos de ellos: desarrollo de un producto turístico de calidad, facilitar la recuperación del patrimonio histórico, promover la tradicional gastronomía regional, etc.). Simultáneamente, dichos fines son vinculados con sendos bienes de relevancia constitucional, como, por ejemplo, con la preservación del patrimonio histórico-artístico de titularidad estatal en cumplimiento del mandato del artículo 46 de la CE o la difusión de la cultura, conocimiento y respeto del medio natural conforme al primer precepto del artículo 44 de la CE, entre otros.

El capítulo octavo lleva por denominación «El complejo fundamento competencial de la titularidad del Estado». En este capítulo se reflexiona en torno a la titularidad estatal de la red de Paradores y cómo dicha titularidad y actividad gestora se encuadran dentro del ámbito de la discrecionalidad política de los órganos generales del Estado, sin perjuicio de su adecuación o ajuste a las reglas jurídico-públicas establecidas bajo el marco de las competencias de ordenación que ostentan las diferentes comunidades autónomas.

La tercera parte de la obra se titula «La ordenación jurídica de la red» y está compuesta por los capítulos noveno y décimo, siendo este el último capítulo de la obra.

El capítulo noveno lleva por nombre «Actuación administrativa bajo formas de derecho privado e incidencia en el sector turístico». En él la autora ofrece una serie de consideraciones acerca del «*recurso al derecho privado en la forma de actuación por parte de la Administración*», las diferentes manifestaciones y una serie de ejemplos actuales de este fenómeno en el marco nacional.

El capítulo décimo, en lo que respecta a su contenido en esta tercera parte, lleva por título «Régimen jurídico de la red de Paradores». En este se exponen los antecedentes a la configuración actual de los Paradores como sociedad mercantil de titularidad pública, así como el estudio de esta fórmula. La autora completa el estudio del régimen jurídico de los Paradores con un breve, pero interesante, análisis de derecho comparado centrado en el caso de Portugal y las Pousadas.

La cuarta parte del libro también forma parte del capítulo décimo, y se titula «Balance y perspectivas». El contenido de este capítulo constituye una suerte de conclusiones en las que la autora recapitula y concluye diversas cuestiones abordadas

a lo largo de la obra, ofreciendo una visión global y reflexiva sobre el modelo de la red nacional de Paradores, manteniendo la perspectiva jurídico-administrativa.

3 Reflexión personal

La obra que aquí se recensiona posee un enfoque eminentemente jurídico que permitirá al lector profundizar en el régimen jurídico de esta singular figura del derecho administrativo: la red nacional de Paradores. La profesora Rodríguez-Campos González va un paso más allá al incorporar –con notable resolución– perspectivas e ideas complementarias al contenido jurídico de la obra, como una sintética aproximación histórica a determinados puntos clave de la historia y evolución de los Paradores, así como algunas notas sobre la significación económica que supone este modelo administrativo de carácter comercial. Este conjunto consolida la obra como una aportación única en la doctrina, de plena actualidad y relevancia, situando a la autora como investigadora de referencia para todo aquel interesado en la 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.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. As propostas de colaboración coa *Revista Galega de Administración Pública* remitiranse a través da plataforma electrónica dispoñible na seguinte ligazón: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. Os traballos deberán ser remitidos antes do 15 de maio e do 15 de novembro, para os dous números ordinarios. As datas de remisión e aceptación figurarán nun lugar visible da revista.
3. Os traballos enviados deberán cumprir as seguintes condicións:
 - a) Ser inéditos e non estaren incluídos en procesos de avaliación doutras publicacións.
 - b) Estar redactados en galego, español, portugués, francés, italiano, inglés e alemán.
 - c) Conter un número de entre 30.000 e 40.000 caracteres (40 páxinas como máximo) para os traballos redactados como “estudos”; e dun máximo de 15.000 (non máis de 30 páxinas) para os editados como “comentarios e crónicas”.
4. Os traballos que se propoñen para a súa publicación como artigos deberán incluír, por esta orde:
 - a) Un título descritivo do contido. Xunto co nome, apelidos, profesión ou cargo do/a/s autor/a/es/as, o nome da institución de adscrición, o país da institución e o enderezo electrónico do/a/s autor/a/es/as.
 - b) Un resumo (dun máximo de 120 palabras) no idioma en que se presenta o texto principal e a súa tradución ao inglés, de non ser esta a lingua utilizada na súa redacción.
 - c) Unha relación dun mínimo de cinco palabras clave, e un máximo de dez, que identifiquen as materias sobre as que versa o texto principal, e a súa versión ao idioma inglés, de non ser esta a lingua empregada na súa redacción.



- d) Sumario seguindo a estrutura da CDU.
(Exemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).
 - e) O corpo principal do texto.
 - f) A bibliografía.
5. Os traballos deberán ser coidadosamente revisados pola(s) persoa(s) responsable(s) da súa autoría no tocante ao estilo, e respectarán ademais os seguintes requisitos:
- a) Todos os traballos deberán ser presentados a un espazo e medio, con formato de fonte *Times New Roman*, tamaño 12.
 - b) As notas figurarán a pé de páxina, gardarán unha numeración única e correlativa para todo o traballo e axustaranse ao seguinte modelo:
 - LIBRO: AUTOR, *Título da publicación*, núm. edición, lugar da publicación, editor, ano, páxina.
 - AUTOR, "Título do artigo", *título da fonte* (revista ou outra colectiva), número, ano, páxinas.
- c) A bibliografía deberá conter con exactitude toda a información dos traballos consultados e citados (autoría, título completo, editor, cidade e ano de publicación; de se tratar dunha serie, serán indicados o título e o número do volume ou a parte correspondente).
 - d) Os documentos, fontes ou bases de datos publicados na Internet deberán indicar o URL respectivo, sinalando a data de consulta. Por exemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26 de setembro de 2013)
6. Dereitos de autoría. Unha vez que o Consello Editorial acepte publicar calquera material (artigo ou recensión) recibido, os dereitos exclusivos e ilimitados para reproducir e distribuír os traballos en calquera forma de reprodución, idioma e país serán transferidos á Escola Galega de Administración Pública (EGAP).

PROCESO DE SELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ORIGINALES

La selección de los textos responderá a criterios de originalidad, novedad, relevancia y rigor. Los originales que no se atengan estrictamente a las normas de publicación que se indican a continuación serán devueltos a los autores para su corrección antes de su envío a los evaluadores. Una vez que la Secretaría compruebe el cumplimiento de las normas de publicación, los autores recibirán aviso del recibo de los originales remitidos con la indicación de la duración aproximada del proceso de evaluación. Los textos serán sometidos a la revisión de dos expertos ajenos al equipo editorial (doctores u otras personas de reconocido prestigio) siguiendo el sistema para el anonimato de doble ciego. El resultado de la evaluación podrá ser positiva, positiva con modificaciones o negativa. En caso de que los evaluadores propongan modificaciones de forma motivada en la redacción del original, será responsabilidad del equipo editorial –una vez informado el autor– el seguimiento del proceso de reelaboración del trabajo. En el supuesto de no ser aceptado para su edición, el original será devuelto a su autor junto con los dictámenes emitidos por los evaluadores. Antes de su publicación, los autores recibirán por correo electrónico la versión definitiva del artículo para hacer las correcciones oportunas de las pruebas de imprenta en el plazo de quince días.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. Las propuestas de colaboración con la *Revista Galega de Administración Pública* se remitirán a través de la plataforma electrónica disponible en el siguiente enlace: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. Los trabajos deberán ser remitidos antes del 15 de mayo y del 15 de noviembre, para los dos números ordinarios. Las fechas de remisión y aceptación figurarán en un lugar visible de la revista.
3. Los trabajos enviados deberán cumplir las siguientes condiciones:
 - a) Ser inéditos y no estar incluidos en procesos de evaluación de otras publicaciones.
 - b) Estar redactados en gallego, español, portugués, francés, italiano, inglés y alemán.
 - c) Contener un número de entre 30.000 y 40.000 caracteres (40 páginas como máximo) para los trabajos redactados como "estudios"; y de un máximo de 15.000 (no más de 30 páginas) para los editados como "comentarios y crónicas".
4. Los trabajos que se proponen para su publicación como artículos deberán incluir, por este orden:
 - a) Un título descriptivo del contenido. Junto con el nombre, apellidos, profesión o cargo del/de la/s autor/a/es/as, el nombre de la institución de adscripción, el país de la institución y la dirección electrónica del/de la/s autor/a/es/as.
 - b) Un resumen (de un máximo de 120 palabras) en el idioma en que se presenta el texto principal y su traducción al inglés, si no es ésta la lengua utilizada en su redacción.
 - c) Una relación de un mínimo de cinco palabras clave, y un máximo de diez, que identifiquen las materias sobre las que versa el texto principal, y su versión al idioma



inglés, si no es ésta la lengua usada en su redacción.

d) Sumario siguiendo la estructura de la CDU. (Ejemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).

e) El cuerpo principal del texto.

f) La bibliografía.

5. Los trabajos deberán ser cuidadosamente revisados por la(s) persona(s) responsable(s) de su autoría en lo tocante al estilo, y respetarán además los siguientes requisitos:

a) Todos los trabajos deberán ser presentados a un espacio y medio, con formato de fuente *Times New Roman*, tamaño 12.

b) Las notas figurarán a pie de página, guardarán una numeración única y correlativa para todo el trabajo, y se ajustarán al siguiente modelo:

- LIBRO: AUTOR, *Título de la publicación*, núm. edición, lugar de la publicación, editor, año, página.

- AUTOR, "título del artículo", *Título de la fuente* (revista u otra colectiva), número, año, páginas.

c) La bibliografía deberá contener con exactitud toda la información de los trabajos consultados y citados (autoría, título completo, editor, ciudad y año de publicación; si se trata de una serie, serán indicados el título y el número del volumen o la parte correspondiente).

d) Los documentos, fuentes o bases de datos publicados en Internet deberán indicar el URL respectivo, indicando la fecha de consulta. Por ejemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26 de septiembre de 2013)

6. Derechos de autoría. Una vez que el Consejo Editorial acepte publicar cualquier material (artículo o reseña) recibido, los derechos exclusivos e ilimitados para reproducir y distribuir los trabajos en cualquier forma de reproducción, idioma y país serán transferidos a la *Escola Galega de Administración Pública* (EGAP).

SELECTION AND EVALUATION PROCESS OF ORIGINALS

The selection of texts that will be included in the *Galician Magazine of Public Administration* is based on the following criteria; originality, novelty, relevance and accuracy. Original texts that do not meet requirements listed below will be returned to the authors to be corrected before being submitted for evaluation. Once originals have been received and checked that comply with publication requirements, the Secretary will confirm that the original texts have been received and give an estimated date to be accepted. Texts will be reviewed by two (Phd or equivalent) experts from out of the editorial board. Evaluation process will be anonymous to ensure the independence in the selection. The texts will be evaluated as accepted, accepted with modifications or rejected. In the case the text is accepted with modifications, the publishing team will be in charge of following up the resubmission of the text (author will be informed). In the case of the text being rejected, the original will be returned to the author together with the evaluation assessment. Before the text is published the author will receive by email a final copy to make any changes on the final edition if needed in the next fifteen days.

PUBLICATION REQUIREMENTS

1. Proposals of collaboration with the *Galician Magazine of Public Administration* will be through the electronic platform available at the following link: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. The original texts will be received before 15th of May and of May and before 15th of November for the two annual issues. Dates of reception and acceptance will appear in a visible place of the magazine.
3. The texts should meet the following requirements:
 - a) Be original and not being included in any other evaluation process.
 - b) Be written in Galician, Spanish, English, German, Portuguese, Italian or French.
 - c) Constraining a number between 30.000 and 40.000 characters (40 pages at the most) for the works written out as "Studies"; and of a maximum of 15.000 (in the more than 30 pages) for the ones edited as "Comments and Chronicles".
4. The works proposed as articles will include in the following order:
 - a) A title describing contents together with name, surnames, profession, position, name and country of the institution, and email address of the author(s).
 - b) A summary (maximum of 120 words) in the language in which the main text is submitted and translation to English language if this wasn't the language of choice.
 - c) A minimum of five key words, and a maximum of ten, stressing the contents of the main text. They will be translated to the English language if this wasn't the language of choice.
 - d) Index would follow a CDU structure. (Example: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).



- e) Text's main body.
 - f) Bibliography.
5. The works should be checked carefully by the author(s) in regards with style. In addition, the originals should comply with the following requirements:
- a) All the works will have to be presented to a space and to a half, with format of source *Times New Roman*, size 12.
 - b) Notes will appear as footnotes and keeping a correlative numeration in all the work. Notes should be adjusted to the next model:
 - BOOK: AUTHOR, *Title of the publication*, number. Publish, place of publication, editor, year, page.
 - AUTHOR, "Title of the article", *Title of the source* (magazine or review), number, year, pages.
 - c) Bibliography must include all information sources consulted and mentioned in the work (authorship, completed title, editor, city and year of publication; should the source belong to a serie, the number of the volume will be also included).
 - d) Documents, online sources and/or databases will contain its URL and date of last. For example: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26th September 2013)
6. Author's copyright. Once the Editorial Team decides to publish any text (article or review), the exclusive and unlimited rights to reproduce and distribute these pieces works in any form of reproduction, language and country will be transferred to the Galician School of Public Administration (EGAP).

